

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Sérgio Augusto Pereira Lorentino

**ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA UMA TEORIA PRÓPRIA DOS
CONTRATOS DE CONSUMO**

Belo Horizonte

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Sérgio Augusto Pereira Lorentino

**ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA UMA TEORIA PRÓPRIA DOS
CONTRATOS DE CONSUMO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L868e Loretino, Sérgio Augusto Pereira
Elementos fundamentais para uma teoria própria dos contratos de consumo /
Sérgio Augusto Pereira Loretino. Belo Horizonte, 2016.
195 f.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Atos jurídicos. 2. Contratos. 3. Sociedade de consumo. 4. Defesa do
consumidor. 5. Direito civil. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 351.824.5

Sérgio Augusto Pereira Lorentino

**ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA UMA TEORIA PRÓPRIA DOS
CONTRATOS DE CONSUMO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Área de concentração: Direito Privado

Prof. Dr. **Leonardo Macedo Poli** - PUCMinas (Orientador)

Prof. Dr. **Lucas Alvarenga Gontijo** - PUCMinas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. **Cesar Augusto de Castro Fiuza** - PUCMinas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. **Daniel Rivorêdo Vilas Boas** - FUMEC (Banca Examinadora)

Prof. Dr. **Sávio de Aguiar Soares** - AGE-MG (Banca Examinadora)

Prof. Dr. **Vitor Salino de Moura Eça** - PUCMinas (Banca Examinadora - Suplente)

Prof. Dr. **Walsir Edson Rodrigues Júnior** - PUCMinas (Banca Examinadora -
Suplente)

Belo Horizonte, MG, 17 de dezembro de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a todos aqueles com quem tive a honra de desfrutar da experiência humana; alguns por mais e outros por menos tempo; alguns de maneira mais e outros de maneira menos intensa. Especialmente, esta obra é dedicada a:

Antônio e Graça, meu pai e minha mãe, os quais amo sem medida;

Estelamaris, para mim, Estela; companheira de todas as horas. Te amo;

Lara Lorentino, minha filha;

Bruna e Cleo, que junto com Estela, formam minha “tropa de elite”;

Kelma e Lucília, pela fraternidade que nos une;

Samarah, João Augusto, Antônio Netto e Chiara, sobrinhos queridos;

Anilga Lang e Brulino Postal, meus queridos velhinhos do sul;

Neto, Distevo, Ricardo e Wivi, meus cunhados e amigos.

Às memórias de meus avós paternos, **João Lorentino e Maria Mazon**, e de meus avós maternos, **José Augusto e Edith Pereira**, esta última que me deu o prazer de desfrutar de muitos dos seus cem anos de vida e que partiu em meio à construção desta obra;

À memória de meu tio **Silvio**, cujas petições me deram uma pista de que caminho deveria seguir;

Por fim, dedico esta obra aos **meus alunos(as) e ex-alunos(a)**, principais destinatários das inquietações aqui publicadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a **Deus**, sobre todas as coisas.

Registro meus sinceros agradecimentos ao Professor Doutor **Leonardo Poli**, coordenador do Programa de Doutorado em Direito da PUC Minas, meu orientador no doutoramento e, além disso, dileto amigo.

Não poderia deixar de agradecer aos colegas de doutorado, Professor **Vinícius Pinheiro Marques** (UFT), grande amigo com quem dividi de forma bem próxima as angústias e alegrias do doutoramento e aos queridos Professores **Aloísio Alencar Bolwerk** (UFT), e **Maria Leonice Berezowisk** (UFT).

Agradeço ao Advogado **Anenor Ferreira Silva**, meu amigo, pela colaboração que sempre me ofertou.

Analisar o contrato enquanto prática implica entendê-lo com um elemento indissolúvelmente ligado à sociedade na qual ele existe. As razões para tal afirmação são bastante triviais à medida que não se concebe uma relação contratual sem instituições estabilizadoras, regras sociais, valores, economia e linguagem. Em outras palavras, não existe contrato fora do contexto de uma dada matriz social que lhe dá significado e lhe define as regras. (Ronaldo Porto MACEDO JR, 1998, p.151-152)

[...] o contrato não pode mais configurar-se como o reino da vontade individual, a expressão directa da personalidade de seu autor, exposto, por isso, a sofrer, de forma imediata, os reflexos de tudo quanto pertence à esfera daquela personalidade e daquela vontade; para servir o sistema de produção e da distribuição de massa, o contrato deve, antes, tornar-se, tanto quanto possível, autónomo da esfera psicológica e subjectiva em geral de seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objectivas do mercado: o contrato deve transformar-se em *instrumento objectivo e impessoal*, para adequar-se à objectividade e impessoalidade do moderno sistemas de relações económicas.

(Enzo ROPPO, 2009, p. 309)

RESUMO

O trabalho batizado como *Elementos fundamentais para uma teoria própria dos contratos de consumo* é uma tese apresentada ao Programa de Doutorado em Direito Privado, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e que almeja comprovar a impropriedade de utilização da figura do negócio jurídico para disciplinar os contratos de consumo. Valendo-se de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, a pesquisa parte da observação de que a teoria do negócio jurídico, atualmente vigente no Brasil, apesar de ter logrado diversos avanços após a Constituição Federal e no início do século XXI, especialmente com o advento do Código Civil de 2002, que a fizeram mais sociabilizada, ainda permanece lastreada na atuação da liberdade do sujeito, o qual, em sendo detentor de autonomia, pode decidir por celebrar ou não celebrar contratos, assim como moldar o conteúdo desses, disso decorrendo valor jurídico-obrigacional. Entretanto, o estudo da sociedade de consumo demonstra que, na verdade, a lógica da liberdade não pode ser aplicada às relações de consumo, especialmente ao consumidor, pois este não atua no mercado guiado pelo poder da autonomia, mas sim pela necessidade que demonstrar ter em relação aos produtos e serviços necessários a uma vida digna. Por isso, tanto a Teoria do Negócio Jurídico quanto a Teoria Geral dos Contratos são tidas como inapropriadas para a tarefa de regência dos contratos de consumo. Conseqüentemente, é apontada a necessidade de uma teoria própria capaz de reconhecê-lo como fenômeno distinto dos contratos privados em geral e que, a partir disso, desenvolva mecanismos jurídicos ligados às suas peculiaridades. Um paradigma importante, nesse sentido, é o estudo das *relações contratuais de fato*, decorrentes de *comportamentos sociais típicos*, que oferecem reflexões importantes sobre o comportamento do consumidor em situações como a do tráfego massificado de determinados serviços. Dessa forma, são ofertados elementos fundamentais para a construção da Teoria dos Contratos de Consumo, assentados na pressuposição do contrato de consumo como promotor de funcionalidade humanizadora e constitucional, que resulta, por fim, em uma definição do contrato de consumo, dotado-o de singularidades capazes de diferenciá-lo do contrato *lato sensu* de que cuida o Direito Privado.

Palavras-chave: Negócio jurídico. Contratos. Teoria Geral. Crítica. Sociedade de Consumo. Contratos de consumo. Teoria própria. Elementos fundamentais.

ABSTRACT

This research named *Fundamental elements for an proper theory of consume contracts* is the thesis presented to the PhD Program in Private Law, at Pontifícia Universidade Católica of Minas Gerais - PUC Minas. It aims at confirming the impropriety of using the “legal business” to discipline the consumer contracts. Drown on a bibliographic and jurisprudential review, the research is based on the observation that the current Brazilian legal business theory, although being developed after the Federal Constitution, and in the beginning of 21st century, is still supported by the subject’s freedom of actuation, who, as the titleholder of the autonomy, is able to decide for celebrating or not the contracts, as well as shape their content, deriving from this the juridical obligational value. Nevertheless, the study of consumer society shows that, actually, the logic of freedom cannot be applied to consumer relations, especially to the consumer, because he does not act in a market guided by the autonomy power, but by the necessity of showing relation to the products and services needed for a worthy life. Because of that, both, the legal business and contracts’ general theory, is considered inappropriate for ruling consumer contracts. Consequently, the need of a proper theory, capable of recognizing consumer contracts as a distinct phenomenon of the private contracts in general, is presented. In addition, legal mechanisms connected to its peculiarities are shown. An important paradigm, in this sense, is the study of *fact contractual relations*, due to their *typical social behavior*, that offers important reflections about the consumer’s behavior on situations like the massive traffic of certain services. In this way, some fundamental elements for creating consumer contracts are approached, based on the presupposition of the consumer contract as the promoter of a human and constitutional functionality, which results, at the end, in a definition of consumer contract, giving it a single capacity of making it different from the *lato sensu* contract, which is approached by private law.

Key words: Legal business. Contracts. General Theory. Critical. Consumer Society. Proper Theory. Fundamental Elements.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 O DOGMA DO NEGÓCIO JURÍDICO E O CONTRATO	23
2.1 Aspectos conceituais do negócio jurídico.....	24
2.2 O negócio jurídico no Direito brasileiro	32
<i>2.2.1 O negócio jurídico e a teoria geral dos contratos</i>	<i>42</i>
<i>2.2.1.1 O contrato.....</i>	<i>48</i>
2.2.1.1.1 Liberdade de contratar	54
2.2.1.1.2 Liberdade contratual.....	59
2.2.1.1.3 Liberdade de contratar e liberdade contratual nos contratos de consumo .	61
2.2.1.1.4 Um epítome acerca do atual estágio dos negócios jurídicos e dos contratos no direito brasileiro	63
3 ATIVIDADE CONTRATUAL DE CONSUMO.....	67
3.1 Sociedade de consumo	70
<i>3.2.1 Consumir enquanto ato de necessidade.....</i>	<i>75</i>
<i>3.2.1.1 Necessidades forjadas</i>	<i>76</i>
<i>3.2.1.2 Ausência de liberdade de contratar e de liberdade contratual.....</i>	<i>79</i>
4 O PARADOXO ENTRE A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E A ATIVIDADE CONTRATUAL DE CONSUMO.....	83
4.1 A inação da teoria contratual em relação ao fenômeno consumerista	85
<i>4.1.1 Os problemas do descompasso entre a realidade e o Direito posto.....</i>	<i>91</i>
<i>4.1.1.1 O contrato de consumo como atividade não negocial.....</i>	<i>94</i>
4.1.1.1.1 Por uma teoria própria dos contratos de consumo	103
5 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA UMA TEORIA PRÓPRIA DOS CONTRATOS DE CONSUMO	109
5.1 Promoção dos Direitos Humanos.....	110
<i>5.1.1 O contrato de consumo como fator promocional do mínimo existencial</i>	<i>112</i>

5.2 Promoção da norma constitucional.....	118
5.2.1 O contrato de consumo e os Objetivos Fundamentais.....	121
5.2.2 Contrato de consumo e os Direitos Fundamentais.....	125
5.2.2.1 <i>Direito fundamental à proteção</i>	129
5.2.2.1.1 <i>Devido processo legal jurisdicional e a busca pela paridade de armas....</i>	130
5.2.2.1.2 <i>Direito fundamental à razoável duração do processo.....</i>	154
5.3 Concepção não negocial dos contratos de consumo.....	162
5.3.1 O contrato de consumo como comportamento social típico	166
5.3.2 A rejeição do contrato de consumo como fonte de obrigações	170
5.3.2.1 <i>O alcance da finalidade dos contratos de consumo como pressuposto obrigacional.....</i>	172
5.3.2.1.1 <i>O papel referencial do contrato de consumo no processo obrigacional ...</i>	176
5.3.3 Reconhecimento e definição do contrato de consumo	178
6 CONCLUSÃO	179
REFERÊNCIAS.....	184

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa acadêmica pode decorrer de muitos impulsos, que vão desde o gosto pela investigação, que é, ou pelo menos deveria ser, inerente ao espírito do pesquisador, até o sentimento de inconformismo, este último, não exclusivo, mas típico da pesquisa na área jurídica. São justamente estes dois impulsos que animam a presente pesquisa.

No que pertence ao gosto pela investigação, ao se analisarem os contratos de consumo e o tratamento jurídico dado a eles pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência, ou seja, pelos cenários onde substancialmente o Direito se faz matéria, sempre pareceu incoerente pressupor que os contratos de consumo fossem tratados dentro da mesma lógica com que são tratados os contratos regidos pela civilística tradicional.

Os contratos de consumo constituem um fenômeno nascido na contemporaneidade, portanto, muito tempo depois do que o momento social e histórico que fez construir as estruturas dos contratos em geral. Logo, se *ubi societas, ibi jus*, apenas o fosso histórico que os separam já indica uma forte probabilidade de que a incoerência notada se traduza em um regramento jurídico equivocado dos contratos de consumo.

A investigação sobre a questão colocada tem como ponto de partida o estudo da Teoria Geral dos Contratos, donde se avança inexoravelmente para o estudo da Teoria do Negócio Jurídico, desde sua concepção, oriunda do Direito germânico (pandectista), cuja influência remonta à romanização do Direito na Europa, até sua entrada no Direito Brasileiro, por força do Código de 1916, chegando-se ao cenário atual ditado pelo Código Civil de 2002.

A doutrina do Negócio Jurídico e da Teoria Geral do Contrato são estudadas a partir de obras clássicas dos gêneros, relacionando-se à vinculação da noção de contrato com a de negócio jurídico.

Destaca-se, também, a abordagem do tema sob o enfoque jurisprudencial, a partir do estudo de paradigmas recentes do Superior Tribunal de Justiça. Especial relevo é dado pela pesquisa ao estudo da função que a vontade (autonomia da vontade e autonomia privada) exerce na construção do negócio jurídico e dos

contratos, e em que grau ela é decisiva para a construção do vínculo obrigacional entre os contratantes.

Após delinear a relação do negócio jurídico com o contrato, e do papel da vontade na consecução dos primeiros, o estudo parte para a análise da sociedade de consumo, no intento de proporcionar uma comparação entre a sociedade que inspirou a construção do negócio jurídico, com aquela em que os contratos de consumo são atualmente realizados.

Nesse sentido, é analisada a condição do consumidor nesta quadra da história e suas características essenciais que o tornam um sujeito vulnerável sob diversos ângulos, mas principalmente no que diz respeito à sua mais completa dependência dos bens e serviços disponíveis no mercado de fornecimento.

Adiante, são cotejadas as realidades que pressupõe o negócio jurídico e que pressupõe o contrato de consumo, razão pela qual, chega-se à conclusão de que há uma incongruência entre a Teoria do Negócio Jurídico, Teoria Geral dos Contratos em relação com a realidade em que ocorrem os contratos de consumo. Eis, portanto, o problema central que é enfrentado na presente obra.

O negócio jurídico foi concebido em meio a uma filosofia individualista, alimentada pela atuação e pelos interesses da burguesia liberal. Desse modo, a palavra de ordem no âmbito dos contratos era a do consensualismo. No entanto, os ideais sociais que ganharam força na contemporaneidade, inclusive no Brasil, por força da Constituição de 1988, fizeram com que o negócio jurídico tivesse seu papel original afetado, notadamente pela mitigação da atuação da vontade individual.

Indaga-se, portanto, se o contrato de consumo pode atuar em um cenário alimentado por construções jurídicas que remontam a uma sociedade não mais condizente com aquela verificada contemporaneamente, de contratos massificados e de automatização comportamental do consumidor.

Indaga-se, ainda, quais são os caminhos para que os contratos de consumo sejam regidos de conformidade com a sua realidade social?

Assim, a análise crítica se estende à doutrina, jurisprudência e, até mesmo, ao próprio Código de Defesa do Consumidor, o qual pressupõe o contrato de consumo como um ato volitivo, decorrendo da manifestação da vontade, conseqüências obrigacionais em detrimento do consumidor.

O estudo avança apontando para a necessidade de que seja construída uma teoria própria para os contratos de consumo e que tenha por missão, primeira, o reconhecimento do consumidor como um sujeito singular que carece, por conseguinte, de um tratamento jurídico adequado à sua singularidade, algo que o Direito Civil (comum) não faz, por ser uma construção generalista das relações negociais.

No intento de se construir uma teoria própria para os contratos de consumo são fornecidos elementos fundamentais para tal construção jurídica, redimensionando tanto a concepção como o papel do contrato na contemporaneidade.

Tais elementos fundamentais são concebidos a partir do enfrentamento dos temas afetos aos contratos de consumo sob a ótica Constitucional (dignidade humana, funcionalidade distributiva e viabilizadora do mínimo existencial, construção de uma sociedade justa, etc.), dos Direitos Fundamentais de proteção jurisdicional (com enfoque na paridade armas, dentro do Processo Civil e na razoável duração do processo, como medida necessária ao atendimento das necessidades imediatas dos consumidores) e, por fim, do Direito das Obrigações, este último promovendo um redimensionamento do contrato de consumo como fonte de obrigações.

Ao cabo, é ofertado um conceito de contrato de consumo, que visa sintetizar os elementos da realidade social em que ele ocorre, bem como os aspectos consequenciais jurídicos decorrentes desta assimilação fática, à luz da Constituição Federal, da prevalência dos direitos humanos e do afastamento do contrato de consumo da base do negócio jurídico.

2 O DOGMA DO NEGÓCIO JURÍDICO E O CONTRATO

Não seria possível estudar o universo dos contratos privados sem que houvesse uma passagem obrigatória pelo construto do negócio jurídico. Por isso, antes mesmo de tecer qualquer consideração sobre o contrato – que vem a ser a razão de ser do presente trabalho – será o negócio jurídico analisado sob diversos aspectos, inclusive aqueles de cunho social e histórico, que foram os responsáveis pela sua caracterização, enquanto instituto jurídico.

O estudo do Direito anda de mãos dadas com o estudo dos fenômenos da sociedade já que *ubi societas, ibi jus*. Credo-se nesta afirmação, mister ser faz compreender a relação do negócio jurídico com a realidade social que o originou.

É possível afirmar em linhas gerais que a razão para a existência do negócio jurídico sempre esteve ligada à necessidade de regular a atuação dos particulares dentro de um contexto relacional marcado pelo exercício da liberdade. A partir do agir livre, os indivíduos poderiam estipular normas privadas capazes de reger suas relações. É, pois, no Estado liberal, que a figura do negócio jurídico vicejou.

O Estado liberal pode ser definido como o produto de diversos movimentos. Dentre eles, como bem observa Antonio Carlos Wolkmer, tem-se que:

Fatores como o renascimento, a reforma, o processo de secularização, as transformações econômico-mercantis e o progresso científico favoreceram o advento de uma cultura liberal-individualista. Os princípios norteadores da concepção político-social liberal-individualista definem-se prontamente com o advento do sistema comercial capitalista e com a organização social da burguesia individualista. (WOLKMER, 1999, p. 25)

Dentro de um modelo individualista, típico do Estado liberal, o negócio jurídico propicia ou talvez recepciona o exercício da liberdade na medida em que através dele os indivíduos podem estabelecer uma ordem privada relativamente imune à interferência pública. Disso decorre, por exemplo, a noção de *segurança jurídica* fundada no paradigma do *ato jurídico perfeito*.

Por negócio jurídico, pois, entende-se "[...] toda declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece." (AMARAL, 2014, p. 409).

Fica evidente que o negócio jurídico é desenvolvido no plano da liberdade: as partes se sujeitam ao que é estipulado por elas mesmas. Cabe ao Direito, dentro do modelo liberal, proteger o acordo de vontades, salvo se este estiver em confronto com o Direito. Logo, como aponta Francisco Amaral, "[...] o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato, o seu símbolo." (AMARAL, 2014, p. 410).

Daí porque a relevância da compreensão do negócio jurídico de maneira que, a partir de seu estudo, será possível traçar uma abordagem crítica de sua relação com os contratos de consumo e, especialmente, com o modelo de relações contratuais contemporâneas.

2.1 Aspectos conceituais do negócio jurídico

A dogmática civilista se ocupa de acontecimentos relevantes para o Direito, pois nem tudo o que ocorre no mundo tem repercussão jurídica. Dessa forma, o Direito parte selecionando os acontecimentos que terão repercussão jurídica e que constituirão o seu objeto de incidência. Há, pois, uma divisão entre aquilo que interessa e aquilo que não interessa ao mundo do Direito.

Para Emílio Betti, a primeira divisão que se faz é a dos *atos jurídicos*. Estes são os que têm relevância para o Direito que atua para "[...] constituir, modificar ou extinguir, poderes e vínculos, ou as qualificações e posições jurídicas." (BETTI, 1969, p. 20).

Tem-se, portanto, que determinados acontecimentos do mundo dos fatos são identificados e reconhecidos pelo Direito de forma que ao desenvolverem-se no plano da realidade operam efeitos jurídicos determinados. Tais acontecimentos são verdadeiros tipos ou espécies de acontecimentos a que o Direito atribui um plexo de potencialidades jurídicas. Está-se a falar daquilo denominado como *fattispecie*:

[...] procuremos dar-nos conta, antes de mais nada, do modo como funciona a norma de direito em relação à realidade social. A norma jurídica, considerada no seu arranjo lógico, consta de uma previsão e de uma disposição correspondente. Isto é, prevê, em abstracto e em geral, hipóteses de facto, classificadas por tipos e, ao mesmo tempo, orientadas segundo as directivas de uma valoração jurídica - hipóteses que, em terminologia técnica, são denominadas *fattispecie* - e estabelecendo um tratamento apropriado, relacionando com elas, através de uma síntese normativa, como se fossem "efeitos", situações jurídicas correspondentes. (BETTI, 1969, p. 17-18).

Os fatos jurídicos constituem um universo de diversidade enorme. Nascer, morrer, contratar, transformar a matéria bruta em produtos e utensílios, plantar, colher, construir, destruir, criar a arte, sujeitar-se ao tempo e a ação da natureza, tudo isso pode ser fato jurídico.

Na visão de Pontes de Miranda,

O mundo jurídico confina o mundo dos fatos (materiais, energéticos, econômicos, políticos, de costumes, morais, artísticos, religiosos, científicos), donde as múltiplas interferências de um no outro. O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que lograram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram à dimensão jurídica, ao *jurídico*, é o mundo jurídico. (MIRANDA, 1983a, p. 183)

Como visto, o universo compreendido pelo conceito de fato jurídico é inesgotável. É evidente, pois, que neste universo está o negócio jurídico, bem como o contrato e o contrato de consumo. Tradicionalmente o critério adotado pela doutrina e pela própria lei para separar tais figuras do generalismo do fato jurídico é a adoção da ação humana como critério distintivo da espécie jurídica.

Limongi França, de maneira bastante objetiva, divide os fatos jurídicos em três partes, quais sejam (a) os fatos de ordem natural, tais como o nascimento e a morte, (b) os fatos que decorrem das ações humanas, a exemplo do contrato e da responsabilidade civil por dano e (c) os fatos mistos que estão a agregar elementos da natureza e da ação humana, tal como o domicílio, misto da residência, como fato natural e do ânimo de residir definitivamente, como elemento volitivo. (FRANÇA, 1991, p. 124)

No tocante à espécie dos fatos que decorrem das ações humanas, por englobarem os contratos e, portanto, por importarem especialmente a este estudo, desatacam-se os chamados *atos jurídicos*. Assim, conceitualmente ato jurídico: "É toda manifestação lícita da vontade, que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito". (FRANÇA, 1991, p. 125).

Vicente Ráo, em obra cujo título é justamente **Ato jurídico**, ao conceituá-lo, avalia que:

Consiste, pois, o ato jurídico na declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida direta e imediatamente à consecução

dos resultados práticos, individuais e sociais, produzidos pelos efeitos que o ordenamento lhe confere. (RÁO, 1961, p.30)

A partir de Ráo é possível server como boa parte da doutrina clássica conceitua ato jurídico. Por exemplo, para Henri Capitant, ato jurídico é "manifestação exterior da vontade feita para adquirir, transmitir, modificar ou extinguir direitos e que produz o efeito querido por seu autor, porque o direito sanciona esta manifestação de vontade." (CAPITANT, apud RÁO, 1961, p.30).

De outro lado, ato jurídico é para Ludwig Enneccerus, "a realização querida ou pelo menos previsível de um resultado exterior." (ENNECCERUS, apud RÁO, 1961, p.31).

Não dissonante é o entendimento do conceito de ato jurídico, a partir do que pode ser notado pela conceituação formulada por Carlos Ducci Claro: "Los 'actos jurídicos' son actos humanos conscientes y voluntarios, destinados a producir un efecto jurídico predeterminado y querido por el autor." (CLARO, 2005, p.235).

Por seu turno, Roberto de Ruggiero afirma que atos jurídicos são "[...] ações humanas (positivas ou negativas) mediante as quais se opera sobre o mundo externo e se produz uma modificação que tem importância para o direito [...]".(RUGGIERO, 1999a, p. 313).

A partir das conceituações expostas, insta consignar que entre o conceito de fato e ato jurídicos o traço distintivo está mesmo na participação humana qualificada pela vontade. Mas a vontade pode, por sua vez, contemplar uma infinidade de aspectos. Está-se a falar de atos que podem decorrer de vontade humana voltados para um fim específico ou não. Serpa Lopes afirma:

Dentro da órbita do fato jurídico, surge o ato jurídico. Se contiver um ato de vontade deliberado para a criação, modificação ou extinção de um direito, toma, nesse caso, o aspecto de negócio jurídico, ou então apresenta-se contendo uma vontade menos enérgica em relação a seus fins. Neste último caso, são atos jurídicos lícitos, determinando conseqüências jurídicas *ex lege*, independente de terem sido ou não queridas. (SERPA LOPES, 1961, p. 400).

O negócio jurídico, destarte, encontra-se acomodado dentro da categoria do ato jurídico em que o elemento volitivo desenvolve papel fundamental em sua concretização. Observa-se, a partir do que expõe Serpa Lopes, que a vontade atuante nos atos jurídicos qualificados como negócios jurídicos, não apenas é

direcionada a uma finalidade específica, mas, também, determina a gênese de direitos e obrigações desejadas pelas partes.

Vale registrar que a doutrina do negócio jurídico é uma construção substancialmente alemã, de índole positivista e voltada para atuação dentro do modelo de Estado liberal. No aspecto positivista reside a justificativa do negócio jurídico como sendo uma tipificação jurídica e, quanto ao aspecto relativo à sua genética liberal, está a justificativa do negócio jurídico como criação jurídica fundada na liberdade. Para Francisco Amaral:

A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial. Artífices desse processo foram, depois de Savigny, Windscheid e Dernburg, inserindo-se tal figura no Código Civil alemão. (AMARAL, 2014, p. 415).

Por tais razões, o negócio jurídico é categoria de ato jurídico, cuja estrutura fundamental está assentada no exercício da liberdade. Esta afirmação pode ser bem observada a partir da doutrina jurídica alemã, como dito, berço do negócio jurídico. Assim, para Ludwig Enneccerus,

El derecho privado vigente concede al hombre un amplio poder para formar por su propia voluntad (exteriorizada) sus relaciones jurídicas, poniéndolas así en armonía con las necesidades e inclinaciones persolanales. El medio que sirve a este efecto es la emisión de una declaración de voluntad, esto es, una exteriorización de la voluntad privada dirigida a un efecto jurídico. Esta declaración de voluntad, por sí sola o en unión de otras declaraciones de voluntad y de otras partes del supuesto de hecho puestas en movimiento por la voluntad, es reconocida como base del efecto jurídico querido. A este supuesto de hecho total, querido o puesto em juego por la voluntad, lo llamamos negocio jurídico. (ENNECCERUS, 1953a, p. 55-56).

Deve ser considerado que a vontade é o elemento que anima e vivifica o negócio jurídico. É, desse modo, um de seus elementos fundamentais. No entanto, é preciso que esta vontade esteja voltada para um fim, que é "[...] a condição objetiva requerida pelo direito para dar atuação à vontade." (RUGGIERO, 1999a, p. 320).

Portanto, ao lado da vontade encontra-se como elemento fundamental do negócio jurídico a sua finalidade ou *causa*. Não pode a vontade se prestar a todo e

qualquer desiderato. Fosse assim, o Direito não cumpriria o seu papel de ser um limitador da atuação humana em sociedade.

É claro que a vontade das partes somente ganha relevo se, e somente se, estiver em compasso com o que puder ser reconhecido pelo Direito. É esta a razão que levou Giuseppe Stolfi a afirmar que "[...] la intención de los individuos debe ser dirigida, en fin, a dar vida no a una relación cualquiera, sino a una relación jurídica que sea protegida por el derecho, y dentro de éste por el derecho positivo." (STOLFI, 1959, p. 6-7).

Observe-se na definição que o efeito pretendido pelas partes não é qualquer um; deve ser qualificado pela sua juridicidade, deve ter efeitos jurídicos, ou seja, reconhecidos pelo Direito.

No mesmo sentido, Francisco Amaral, ao tratar da causa como sendo o elemento por de trás da vontade negocial, discorre que:

[...] a causa seria o "propósito das partes e alcançarem a finalidade prática tutelada pelo ordenamento jurídico", combinando-se, assim, a "vontade específica e concreta dos agentes com o esquema preestabelecido na norma jurídica". (AMARAL, 2014, p. 471-472)

De fato, o negócio jurídico deve estar alinhado não apenas com a norma jurídica vigente, mas, também, com o próprio ideal de justiça que do Direito se extrai, especialmente os princípios que estão a orbitar as relações privadas.

Obviamente não pode a vontade exercer um papel ilimitado na consecução do negócio jurídico. Por isso mesmo, não se fala em *autonomia da vontade*, que remete aos valores do liberalismo individualista, mas em *autonomia privada*, que representa o exercício da liberdade dentro de um contexto de regulação jurídica. (POMPEU, 2012, p.74).

Nos dizeres de Emilio Betti, acerca da autonomia privada e de sua relação com o negócio jurídico,

Ele é o acto pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (acto de autonomia privada): acto ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função económico-social que lhe caracteriza o tipo (típica, neste sentido). (BETTI, p. 1969, 107-108)

Pode ser dito que a autonomia privada é poder do indivíduo de autorregulamentação de seus interesses com os do seu concidadão, à luz dos

regramentos jurídicos do Estado e no intuito da "[...] *função prática que lhe caracteriza o tipo* [...]" (BETTI, p. 1969, p.106).

Francisco Amaral, na linha de Betti, conceitua a autonomia privada como sendo "[...] uma esfera de atuação de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece[...]". Ao fim de seu raciocínio, Amaral assevera que o "[...] negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato, o seu símbolo." (AMARAL, 2014, p. 409-410).

A toda evidência, o negócio jurídico afigura-se como sendo um ato jurídico qualificado pelo exercício da vontade motivada e interessada por/em uma finalidade ou efeito prático específico, tutelada pelo Direito estatal. Serpa Lopes, portanto, deixa claro que no negócio jurídico "[...]prepondera a *manifestação da vontade* destinada diretamente a dar vida a uma relação jurídica tutelada pelo direito." (SERPA LOPES, 1961, p. 405).

De fato, conceitualmente, observa-se uma homogeneidade quanto ao fato de o negócio jurídico caracterizar-se por uma possibilidade de exercício vigiado da vontade, sendo certo que o traço distintivo entre ato jurídico e negócio jurídico é que, no segundo, há o direcionamento da vontade para a consecução de efeitos jurídicos queridos, pretendidos consciente e voluntariamente pelas partes. Como anota Caio Mário, o negócio jurídico deve apresentar uma finalidade jurídica "[...] *assente na obtenção de um resultado efetivamente querido pelo agente*". (PEREIRA, 2014, p.402).

Dentro da homogeneidade conceitual do negócio jurídico, exsurge, todavia, uma dualidade de opiniões que tem como ponto principal justamente o elemento central do negócio, qual seja, a vontade direcionada a um fim específico querido, pretendido pelas partes. Não que haja uma discórdia sobre o elemento central. Na verdade, o ponto de divergência está em como se aferir a vontade direcionada a um fim específico querido, pretendido pelas partes. Em cena, pois, estão a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklarugstheorie*).

Para *Willenstheorie* importa a vontade interna do indivíduo, ou seja, o desejo, a vontade presente no seu íntimo e que o move em direção ao ato negocial para com o outro. Assim, tem-se que, de acordo com o que aponta Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, "a teoria da vontade protege, sem dúvida, os interesses do

declarante na medida em que obsta a que um negócio jurídico produza efeitos que o declarante não quis ou não visou." (MIRANDA, 1991, p. 24).

Já para a *Erklarugstheorie* o que importa é a declaração efetivamente exteriorizada. De fato, nos dois casos, há sempre a necessidade de exteriorização da vontade. No entanto, para a teoria da declaração, observa-se que:

Nos negócios "inter-vivos", ao contrário daqueles outros, as declarações atuam, não como simples meios de prova, sinais sensíveis de reconhecimento ou exteriorização de uma vontade, de outro modo incompreensível, mas como autênticos meios de ligação, de liames que vinculam o declarante às obrigações assumidas com a sua declaração. (FERRARA, Francesco apud MIRANDA, 1991, p. 25).

Assim, de um lado, a teoria da vontade viabiliza os interesses do negociante declarante, enquanto que a teoria da declaração atende aquele a quem a declaração expressada – no mais das vezes formalmente escrita – beneficia.

É óbvio que, sob uma perspectiva pragmática do negócio jurídico, ou seja, a de enlçar as partes em um vínculo obrigacional *desejado*, as duas teorias têm falhas gravíssimas, visto que, de um lado, a *Erklarugstheorie* pode transformar-se em instrumento de dominação daquele que se encontra em posição definidora dos contornos gramaticais do negócio jurídico; fazendo prevalecer o poder do mais forte.

Porém, de outro lado, a *Willenstheorie* parece, principalmente aos olhos positivistas liberais, se revestir de pouca segurança jurídica, na medida em que fará com que o negócio jurídico esteja sempre vulnerável às incertezas do real querer dos negociantes.

Acerca da dicotomia entre as teorias da vontade e da declaração, Antônio Junqueira de Azevedo pontua:

Em resumo, analisando o negócio jurídico no plano da existência, vê-se logo que a vontade não faz parte dele; o que ocorre é que declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir efeitos (plano da validade e da eficácia). Com esta visão, o problema muda completamente de figura. Será apenas uma *questão de grau* saber até que ponto o direito positivo admite ou até que ponto deve ele de *lege ferenda* admitir as influências da vontade sobre a declaração. (AZEVEDO, 2002, p. 83)

Com isso, parece claro, segundo o autor, que o papel da vontade, ou melhor dizendo, de como a vontade irá se revelar no cenário prático da relação negocial, está vinculado ao que o Direito posto define. Ora, considerando que o negócio

jurídico é criação liberal, não é de causar espanto a inutilidade da dualidade teórica aqui estudada. É que ela se esvazia ou não tem maiores efeitos, porque, ao cabo, no contexto de vigência dos dogmas da autonomia privada, será a lei quem atribuirá à vontade declarada ou intencionada sua força obrigacional, que, aliás, vem a ser o que realmente importa no terreno do comércio e das relações humanas de modo geral; máxime aquelas onde estão assentados interesses patrimoniais e econômicos.

Assim, retornando-se aos conceitos anteriormente expostos sobre o negócio jurídico – especialmente no que toca à ideia de autonomia privada e – considerando que a vontade declarada ou intencionada produzirá somente os efeitos que o Ordenamento Jurídico lhes atribuir, oportunas são as considerações de César Fiuza:

Em outras palavras, a autorregulação consiste na composição que os participantes realizam dos próprios interesses. Se isto se der nos limites da Lei, esta os dotará de eficácia jurídica. Daí podemos dizer que a Lei é a causa eficiente dos negócios jurídicos. A necessidade ou o desejo é o motivo determinante, e a vontade é o instrumento de exteriorização e realização da necessidade. Os negócios jurídicos devem, pois, deixar de ser definidos como atos de vontade para se definirem como atos de autonomia privada. (FIUZA, 2009, p. 8)

Portanto, a propósito do esclarecimento de como a vontade atua no negócio jurídico, extremamente úteis são as observações de Emílio Betti, para quem,

" [...] declaração e comportamento são a estatuição ordenadora de uma linha de conduta, em confronto com outras disposições, por meio das quais o indivíduo regula as suas relações com outros, e que têm, portanto, uma relevância essencialmente social e uma eficácia operativa própria, que não é válida de outra forma: eficácia que, primeiro, se manifesta, logicamente, no plano social, e depois, graças à sanção do direito, se destina a produzir-se também, no plano jurídico. (BETTI, 1969, p. 111)

Frisa-se que o conceito de negócio jurídico teve suas raízes fincadas no pensamento positivista liberal ocorrido em solo alemão. Embora, como aponta Gustav Radbruch, o Código Civil Alemão (BGB), de 1900 tenha surgido em período de declínio do pensamento individualista, não foi possível ao Direito Privado germânico incorporar os ideais sociais de intervenção reguladora do Estado no domínio privado. Assim sendo, avalia que o "[...]Código Civil [BGB] transformou-se, também em sentido classista, em um código "burguês", um código no espírito da

época burguês-liberal, centrado em grande parte no fascínio da formação individualista do direito romano." (RADBRUCH, 2010, p.77).

Assim, por onde a influência do Direito Alemão e, com ele, a construção do negócio jurídico andaram, junto foi a concepção liberal. Por isso, deve ser afirmado, não obstante a influência de Betti na projeção de um ideal social para o negócio jurídico, que ele é essencialmente um construto destinado aos particulares, aos indivíduos, especialmente voltado para a regulação de situações patrimoniais.

Por fim, registre-se que a prevalência do capitalismo no mundo contemporâneo ainda dota o negócio jurídico, a propósito de sua concepção estrutural voltada para os indivíduos e para a regulação de seus bens e interesses econômicos, de aptidões capazes de justificar a sua existência.

2.2 O negócio jurídico no Direito brasileiro

O Código Civil de 1916 não fez prever a figura do negócio de jurídico de forma expressa em seu texto. O Código de Clovis Bevilacqua preferiu a figura genérica do ato jurídico para agasalhar as relações humanas regidas pela vontade, sem impor a elas uma estrutura tipificada, tal como é a do negócio jurídico.

De acordo com Bevilacqua,

São actos jurídicos, entre outros: os contratos, inclusive os pactos antenupticiaes, o reconhecimento de filhos, a adopção, a autorização do pae para o filho commerciar, para casar-se, para realizar outros actos juridicos, a autorização marital, a uxória, o testamento, a acceitação ou o repúdio da herança. O acto juridico tem por fim, de acôrdo com a ordem juridica, crear, conservar, modificar ou extinguir direitos. (BEVILAQUA, 1929, p. 272-273).

Esta concepção esteve presente no artigo 81, do Código de 1916, para o qual "Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico." A considerar as finalidades do negócio jurídico extraídas do estudo conceitual anterior, nota-se uma semelhança com o conceito do referido artigo 81. (BRASIL, 1916).

Poderia o intérprete concluir que o negócio jurídico estava presente no Código de 1916, porém, não de forma expressa. Sobre isso, no entanto, César Fiuza adverte:

Não procede, dessarte, a afirmação de que a definição do art. 81 do Código Civil de 1916 é a de negócios jurídicos. De fato, assim pode parecer num primeiro momento. Mas, a uma leitura mais atenta, percebe-se que os atos jurídicos em sentido estrito nela também podem ser incluídos. [...] Conclui-se, pois, que, já em 1916, o legislador, ainda que sem querer, valeu-se de categoria genérica, muito mais adequada, sem entrar em controvérsias doutrinárias, de resto inúteis, acerca dos reais limites entre negócios e atos em sentido estrito. (FIUZA, 2009, p. 9-10)

De fato, a figura do ato jurídico lícito abrange de maneira mais ampla os acontecimentos que derivam do agente e do agir voluntário humanos. É por isso mesmo que Fiuza tem razão, em certa medida, quando afirma que a definição do artigo 81 do Código de 1916 não visou especificamente a figura do negócio.

No entanto, se a figura do ato jurídico é tão ampla, não se pode afirmar que sirva exclusivamente ao negócio, mas não se pode negar que, nela, o negócio jurídico não esteja inserido, de acordo com o que disciplinou o Código de 1916, em seu artigo 81.

Bevilaqua, ao tratar da dogmática dos fatos e dos atos jurídicos, parece conciliar a questão, não negando a influência do conceito alemão de negócio, como categoria de ato jurídico. Para ele:

Na systematica alemã, embora haja tendencia a estabelecer-se distincão entre *actos juridicos* e *declarações de vontade*, geralmente as duas expressões se consideram equipolentes. Savigny ensina: "chama-se de declaração de vontade a classe de factos jurídicos, que não somente são actos livres, mas ainda, segundo a vontade do agente, têm por fim immediato crear ou dissolver uma relação de direito. Windscheid, por seu lado, escreve: " acto juridico é uma declaração da vontade individual, tendo em vista produzir um effeito juridico". (BEVILAQUA, 1929, p.272)

Contudo, a apontada dicotomia em terras brasileiras cessou no plano jurídico-objetivo com o Código Civil de 2002, quando tratou de fazer expressamente a previsão do negócio jurídico em seu texto, adotando, desse modo, a formatação alemã destinada a explicar as ações humanas decorrentes da vontade e voltadas para a promoção de efeitos jurídicos desejados pelas partes. Portanto, no Título I, do Livro III, está o negócio jurídico a se distinguir, enquanto espécie, dos fatos jurídicos. Tem-se, além disso, a figura do negócio jurídico distinguida do grande plexo de

relações abarcadas pelo conceito de ato jurídico, conforme aponta o artigo 185¹ . (BRASIL, 2002).

Na linha do que afirma Paulo Lôbo, "o Direito civil brasileiro, tal qual o conhecemos e aplicamos, desde o início da colonização portuguesa, integra o grande sistema jurídico romano-germânico[...]" (LÔBO, 2013, p.29).

Assim, a adoção da figura do negócio jurídico no Código de 2002 não constitui uma novidade ou mesmo algo impensado. Ao contrário disso, a sua presença expressa na lei brasileira nada mais é do que a atuação da cultura jurídica construída ao longo da história. De acordo com Franz Wiecker, "Especialmente intensa foi a influência do BGB em parte da América do Sul [...] Na América do Sul, quer o Brasil (Código Civil) [Código de 1916], quer, no nosso tempo, o Peru (1936) recorreram também o BGB." (WIACKER, 1967, p. 556-557).

Mesmo que o Código de 1916 não tenha optado por revelar em seu texto o tipo legal do negócio jurídico, resta evidente que a inspiração germânica já estava presente nas entranhas do Direito Civil brasileiro. Foi só uma questão de tempo até que o Código de 2002 se encarregasse de inseri-lo textualmente em seu conteúdo. Assim:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002)

Embora o Código Civil de 2002 não tenha se encarregado de esboçar um conceito de negócio jurídico, o conteúdo legal que inaugura o respectivo tema de há muito tinha sido tratado por Clovis Bevilacqua na década seguinte àquela do Código de 1916 e em sintonia com o texto deste. (BEVILAQUA, 1929, p.274).

Dizia o Código revogado, no artigo 82 que "A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, n.º I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145). Consigne-se que o citado artigo 82 fazia parte das disposições gerais atinentes aos *atos jurídicos*.

¹ Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

Destarte, se as bases estruturantes do ato jurídico são as mesmas em que se sustenta o negócio jurídico, a partir do que dispõem os Códigos Civis de 1916 e de 2002, onde estaria a distinção entre ato e negócio?

A conceituação teórico-doutrinária do negócio jurídico realiza esta distinção afirmando que o negócio é figura qualificada, especificada, dentro dos atos jurídicos, que se notabiliza pela atuação da vontade para a consecução de um fim pretendido pelas partes e agasalhado pelo direito.

Logo, nos atos jurídicos *stricto sensu*, o ato ocorre por ação humana, mas os efeitos são ditados pelo direito. Em exemplo recorrente na doutrina, está o ato voluntário de reconhecimento de um filho. A partir de então, os efeitos de tal ato voluntário de reconhecimento não dependerão da vontade. Ao contrário, serão ditados pelo ordenamento jurídico. Porém, se de outro lado as partes resolvem celebrar um ajuste para reger a locação de um imóvel, o ajuste produzirá os efeitos queridos pelas partes, se, é claro, estiver em harmonia com os dogmas da autonomia privada. Eis, no segundo caso, o ato de natureza negocial ou propriamente o negócio jurídico. Desse modo, no caso do ato voluntário de reconhecimento de paternidade,

Não poderá, assim, restringir suas obrigações, como, por exemplo, furtar-se à obrigação alimentar, aos deveres do pátrio poder etc. Se assim ocorre no que tange aos atos jurídicos em sentido estrito, que poderão repercutir no ordenamento jurídico com os caracteres da licitude ou ilicitude, já nos chamados *negócios jurídicos*, embora haja, sempre, o elemento comum, ou seja, a *vontade*, esta vontade é sempre emitida para a produção de efeitos pretendidos pelo homem. (ABREU FILHO, 1997, p.9)

Não obstante observe a distinção apontada na citação colacionada, José de Abreu Filho, citando o Código de 1916, especialmente seu artigo 82, afirma "[...] que se refere tanto ao ato como ao negócio jurídico[...]", embora distinga o autor as duas figuras, tal como visto. (ABREU FILHO, 1997, p. 108)

Por que, então, o Código Civil de 2002 tratou de adotar expressamente o construto do negócio jurídico ao invés de permanecer com a democrática estrutura do ato jurídico, já que ele reconhecidamente abrange, inclusive a própria essência da realidade fática descrita pelo tipo do negócio jurídico?

Miguel Reale, em obra acerca do projeto do Código Civil que viria à lume em 2002, oferta uma possível resposta situada numa opção terminológica,

[..] atendendo aos já apontados imperativos técnicos de linguagem do Direito, é sobretudo na Parte Geral que, além de serem fixados os ângulos e parâmetros do sistema, se elegem os termos adequados às distintas configurações jurídicas, o que implicou rigorosa atualização do Código Civil atual [o de 1916], onde não raro se empregam indiscriminadamente, palavras que devem ter sentido técnico unívoco. Tal orientação importou, desde logo, uma tomada de posição que se reflete no corpo todo do Projeto, quanto à delicada, mas não despicienda, necessidade de distinguir-se entre validade e eficácia dos atos jurídicos em geral e dos negócios jurídicos em particular. (REALE,1986, p.87).

A opção terminológica, enfim, serviu ao propósito não de criar uma figura jurídica nova, mas de reconhecer que dentro do contexto largo oferecido pelo conceito de ato jurídico, previsto no Código de 1916, havia uma espécie que necessitava de distinção. Vê-se em Caio Mário Pereira que: "Como, porém, a expressão *ato jurídico* é um valor semântico abrangente de um conceito jurídico mais amplo, [...] o *negócio jurídico* deve ser compreendido como uma espécie dentro do gênero *ato jurídico*". (PEREIRA, 2014, p. 400-401)

A opção brasileira por efetuar a distinção terminológica é historicamente registrada por Caio Mário, explicando, portanto, em que contexto o negócio jurídico foi inserido conceitualmente no direito brasileiro. Tal como expõe:

Quando fui incumbido de elaborar o Anteprojeto de Código de Obrigações, propendi para a doutrina alemã do negócio jurídico, que o Código de 2002 acolheu e pode resumir-se como *toda declaração de vontade, emitida de acordo com ordenamento legal, e geradora de efeitos jurídicos pretendidos*. (PEREIRA, 2014, p. 401)

Enfim, como anota Arnoldo Wald,

O Código Civil de 1916 seguiu o modelo francês, também chamado unitário, não distinguindo ato de negócio jurídico. Já o Código de 2002, com base no sistema germânico, adotou a corrente que diferencia o *ato jurídico lícito* do *negócio jurídico*. De fato, na sua Parte Geral, o Código de 2002 cuida no Livro III, *dos fatos jurídicos*, falando, no Título I, *do negócio jurídico* (arts. 104 e s.), e no Título II, dos atos jurídicos lícitos, com um só artigo [...]. Finalmente, no Título III, com três artigos, trata *dos atos ilícitos* (arts. 186 e 187), seguindo, neste ponto, o Código Civil português de 1967 (arts. 217 e 295). (WALD, 2013, p.229)

Descortinados os contornos genéticos do negócio jurídico no Brasil, é preciso registrar que sua permanência em terras brasileiras não passa imune a severas críticas. Elas podem ser representadas pela rejeição aos dogmas da liberdade e da

vontade, como frutos de um liberalismo não mais tolerado em tempos de uma necessária sociabilização das relações humanas; mas, também, pela observação de que o rigor conceitual que é típico do negócio jurídico exclui de seu alcance diversos acontecimentos importantes para o direito e que fazem parte da realidade contemporânea, complexa e diversificada.

Se no passado o negócio jurídico frutificou no ambiente liberal, tendo sido abastecido pelo positivismo jurídico, hoje, "mudadas as condições e destituído o conceito de sua função ideológica, não se justifica a sua manutenção." (AMARAL, 2014, p. 419).

Como pode ser observado, o Direito Civil brasileiro, mesmo tendo incorporado os predicados da sociabilidade como princípio e como norma das relações privadas, a partir da Constituição de 1988, bem como do Código Civil de 2002, trouxe à lume, neste último, a figura do negócio jurídico que é típica, como se viu, de um período em que a individualidade preponderava, deixando em segundo plano a sociabilidade.

Por outro lado, percebe-se uma tentativa de conciliar o construto do negócio jurídico ou, melhor dizendo, adaptá-lo, aos princípios mais contemporâneos que estão a iluminar o Direito Privado. Trata-se de uma alternativa possível ou o negócio jurídico foi uma escolha anacrônica da lei brasileira?

Na linha de tal indagação, são lúcidas as observações de Orlando Gomes, quando afirma:

Como quer que seja, antes que renascimento, creio que estamos assistindo ao ocaso do negócio jurídico. Até quando este alicerçado sobre "uma vontade necessária e suficiente a produzir efeitos jurídicos", quando foi uma declaração para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica, "satisfez simultaneamente o interesse do comerciante-comprador e o interesse do proprietário-vendedor e se manteve como uma categoria lógica na qual se concentravam todos os atos, bilaterais ou unilaterais, consistentes em declarações ou acordo. A substituição do dogma da vontade pelo conceito de auto-regulação de interesses quebrou a unidade conceitual do negócio jurídico e a proteção de interesses que transcendem os interesses pessoais das partes ou do agente exauriu a função original da categoria, tornando-a "obstáculo à compreensão do significado efetivo do mecanismo contratual, máscara das contradições internas da disciplina dos contratos e biombo da natureza verdadeira dos interesses em jogo". Eis por que, tanto do ponto de vista teórico como prático, político como técnico a conservação da categoria do negócio jurídico é a consagração de um retrocesso, e o propósito de reentronizá-lo na parte geral do Código Civil, hoje despropositada, não passa de vã tentativa para salvar valores agonizantes do capitalismo adolescente, quando não sejam crassa ignorância em doutores de que a categoria pandectística foi elaborada num

contexto jurídico ultrapassado, e para atender às exigências de uma ordem econômica e social que deixou de existir. (GOMES, 1983, p. 88-89)

Não obstante os fundamentos altamente convincentes de que o negócio jurídico se encontra deslocado histórica e socialmente, sua força ainda é bastante percebida na recepção que lhe dá a jurisprudência brasileira, bem como os principais manuais jurídicos nos quais têm se sustentado a maioria dos bacharéis contemporâneos.

Por parte da jurisprudência, seu pensamento dominante sobre o tema pode ser refletido segundo o que o Superior Tribunal de Justiça tem proclamado:

DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação.

2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para vigor após o vencimento da dívida.

3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC.

4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro.

5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(BRASIL. STJ. REsp 1058114/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 16/11/2010)

O destaque do presente aresto justifica-se pelo fato de ser ele representativo, no âmbito da Corte Superior, figurando como recurso repetitivo de controvérsia. Nesse contexto, exprime com fidelidade o pensamento vigorante dentre os julgadores da Casa.

Observe-se no aresto, que no julgamento da questão, ressoa a valoração positiva do negócio jurídico por parte dos juízes, tanto que primam pela *valorização do exercício da vontade*, bem como de *manutenção do negócio jurídico* dela decorrente.

Não pode ser esquecido que o caso em análise é alusivo a relação de consumo, bem como de consequente contrato de consumo. Indiferente a tal particularidade, o Tribunal externou sua firme convicção na existência de um exercício (manifestação) da vontade por parte do consumidor, quando da celebração do contrato (negócio jurídico). A partir de tal compreensão, foi construída a conclusão de que o negócio jurídico mereceu tutela jurisdicional voltada para a sua manutenção.

Noutro precedente o Superior Tribunal de Justiça pondera:

DIREITO CIVIL. TEORIA DOS ATOS JURÍDICOS. INVALIDADES. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. NOTAS PROMISSÓRIAS. AGIOTAGEM. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS ATOS E DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REDUÇÃO DOS JUROS AOS PARÂMETROS LEGAIS COM CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.

1.- A ordem jurídica é harmônica com os interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social. Ela não fulmina completamente os atos que lhe são desconformes em qualquer extensão. A teoria dos negócios jurídicos, amplamente informada pelo princípio da conservação dos seus efeitos, estabelece que até mesmo as normas cogentes destinam-se a ordenar e coordenar a prática dos atos necessários ao convívio social, respeitados os negócios jurídicos realizados. Deve-se preferir a interpretação que evita a anulação completa do ato praticado, optando-se pela sua redução e recondução aos parâmetros da legalidade.

2.- O Código Civil vigente não apenas traz uma série de regras legais inspiradas no princípio da conservação dos atos jurídicos, como ainda estabelece, cláusula geral celebrando essa mesma orientação (artigo 184) que, por sinal, já existia desde o Código anterior (artigo 153).

3.- No contrato particular de mútuo feneratício, constatada, embora a prática de usura, de rigor apenas a redução dos juros estipulados em excesso, conservando-se contudo, parcialmente o negócio jurídico (artigos 591, do CC/02 e 11 do Decreto 22.626/33).

4.- Recurso Especial improvido.

(BRASIL. STJ. REsp 1106625/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 09/09/2011)

Nesse julgado, verifica-se com bastante clareza, a adoção da teoria do negócio jurídico no Direito brasileiro, bem como sua efetiva aplicação no âmbito jurisprudencial, ou seja, no plano da concretude.

Destaca-se do julgado sua preocupação com a manutenção de uma ordem jurídica privada voltada para a tutela dos interesses individuais, ou seja, para aquilo

que o negócio foi original e historicamente projetado. Tenta-se, no julgado, uma conciliação entre o individualismo e a sociabilização da relação jurídica. Talvez seja difícil ou impraticável este desiderato, na medida em que a sociabilização da relação privada demanda enorme redução do individualismo e de suas bases, especialmente a da autonomia.

Enfim, certo é que o construto do negócio jurídico está plenamente absorvido pela jurisprudência brasileira.

Noutro ponto, a doutrina pátria, especialmente aquela destinada a formação dos bacharéis, quase sempre manifestada em manuais de raso aprofundamento teórico e, não raro, sem qualquer disposição crítica, simplesmente descreve a existência do negócio no Direito brasileiro, ofertando aos leitores a compreensão de sua estrutura a partir da previsão legal e da conceituação clássica. Quando muito, advertem os manuais sobre a necessidade de interpretação do negócio jurídico em atenção aos princípios da função social, da boa-fé, eticidade, etc.

Um dos mais populares manuais diz:

O negócio jurídico é uma espécie do gênero ato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*), constituindo ainda um fato jurídico, particularmente um *fato jurígeno*, pela presença da vontade. Esse instituto pode ser conceituado como sendo toda a ação humana, de autonomia privada, com a qual os particulares regulam por si os próprios interesses, havendo uma composição de vontades, cujo conteúdo deve ser lícito. Constitui um ato destinado à produção de efeitos jurídicos desejados pelos envolvidos e tutelados pela norma jurídica.

[...]. É imperioso repetir que todo contrato constitui negócio jurídico, sem exceção; o que justifica a importância da teoria geral do negócio jurídico para a seara contratual.

Dessa forma, o negócio jurídico é o principal instrumento que as pessoas têm para realizar seus interesses, sendo relevante salientar a importância da Parte Geral do Código Civil para a própria concepção do contrato.

Quando se estudam os elementos do negócio jurídico igualmente se estudam os elementos do contrato. Os vícios do negócio jurídico também são vícios contratuais. Os casos de nulidade ou anulabilidade do negócio geram o contrato nulo e anulável, respectivamente.

Além do contrato, o casamento do mesmo constitui um negócio jurídico, especial ou *sui generis*, diga-se de passagem.

Por isso, é costume afirmar que o negócio jurídico está no ponto central do *Direito Civil Contemporâneo*. (TARTUCE, 2010, p.332)

Destaca-se, no trecho citado, que o autor não só descreve acriticamente o negócio jurídico, mas, também, o cultua, como uma construção indispensável para o Direito Civil contemporâneo. Não há qualquer tipo de advertência acerca da

incongruência havida entre a base histórica, social e política dos tempos originários do negócio jurídico com a base histórica, social e política da atualidade.

Noutro manual de grande repercussão nos cursos jurídicos, embora os seus autores façam uma correta observação sobre as transformações sociais havidas desde os tempos em que o negócio jurídico floresceu em terras alemãs, até os dias de hoje, paradoxalmente opina da seguinte maneira:

[...]a limitação normativa da vontade, desde que respeitados direitos fundamentais, significa *humanização nas manifestações da autonomia privada e respeito à individualidade e condição social* de cada contratante.

[...]

O que se pretende demonstrar, simplesmente, é que a moderna teoria geral do direito civil, erigida em sólida base constitucional, deve firmar os seus alicerces na autonomia da vontade e na livre iniciativa, sem que se deixem de observar os princípios de direito e de moral que devem pautar o solidarismo social. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.473)

Não há como se admitir que os autores invoquem os preceitos humanizadores das relações privadas e a própria prevalência da autonomia privada em tais relações – nisso estão corretos – mas, depois, concluam pretendendo demonstrar que o direito civil seja alicerçado na autonomia da vontade e na livre iniciativa.

Outro manual bastante difundido, e que afirma ser o negócio jurídico uma construção feliz do pensamento germânico, defende que:

O Código Civil brasileiro de 2002 incorporou a teoria do negócio jurídico. Nele, a expressão "ato jurídico" aparece apenas uma vez, no artigo 185. Esse dispositivo, aliás, estabelece que aos atos jurídicos lícitos *que não sejam negócios jurídicos* aplicam-se as normas estabelecidas para os *negócios jurídicos*. Em razão dessa disposição, se houve dúvidas sobre a exata classificação de determinado ato voluntário de um sujeito de direito – se ato jurídico ou negócio jurídico –, não haverá senão interesse acadêmico em sua superação. (ULHOA, 2012, p. 299)

A questão não é tão simples, pois o aspecto crucial que decorre da análise do negócio jurídico não é fundamentalmente sua distinção do ato jurídico. Na verdade, o que importa é saber se os dogmas do negócio jurídico e, por que não, do próprio ato jurídico lícito (individualidade, liberdade, vontade, dentre outros), são ainda possíveis de serem conciliados com o perfil social e de relações sociais experimentados contemporaneamente.

Entende-se, pois, não ser tão relevante buscar a distinção realizada entre os partidários da *teoria unitária*, que não diferencia ato jurídico de negócio jurídico ou da *teoria dualista* que empreende a distinção entre ambos. (ABREU FILHO, 1997, p.28-29).

Mais do que pretender distinguir os conceitos de negócio e ato, o que realmente importa é avançar na compreensão de que tais institutos, forjados dentro e para os moldes liberais do século XIX, não mais se amoldam à cultura econômica, à política e ao modo de ser e de viver desta década e meia do século XXI.

É preciso que o Direito Brasileiro reveja suas bases ao tratar das questões relacionais, começando pela estrutura geral dos fatos jurídicos e, nesta, o próprio negócio jurídico, como categoria destinada ao exercício criador da vontade das partes. Será mesmo que remanesce ainda hoje a possibilidade criadora das partes?

Oportuno, nesse sentido, é o que sustenta Pietro Perlingieri no momento em que sopesa:

A transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos (diversos daquele aspecto normativo em sentido estrito) significa a transformação da "realidade normativa" e vice-versa. A afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as consequentes tentativas de definir a chamada "realidade jurídica" como alguma coisa que possa vir separada da realidade social, econômica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o ensino do Direito. Isso levou à formação de uma cultura formalista, matriz de uma "teoria geral do direito" sem (explícitas) "infiltrações" de caráter político, econômico, sociológico: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia. (PERLINGIERI, 2002, p. 2)

O mundo de hoje, assentado no consumo de massa, nas relações impessoais, reclama do Direito privado brasileiro um modelo condizente com tal realidade. Não é possível que o direito que está a reger a sociedade do século XXI, as relações século XXI e os conflitos do século XXI seja praticamente o mesmo de dois séculos atrás. O anacronismo é inimigo íntimo do direito, porque *ubi societas, ibi jus*.

2.2.1 O negócio jurídico e a teoria geral dos contratos

Realizadas algumas incursões acerca do negócio jurídico, de sua conceituação e, até mesmo, de seus aspectos controvertidos, é possível determinar,

numa rápida reminiscência, o seguinte fluxo: **atos jurídicos** => **atos jurídicos** => *negócios jurídicos*.

O negócio jurídico não encerra o fenómeno dos fatos jurídicos, visto que existem diversos tipos de negócios; até porque o negócio jurídico foi concebido justamente para que as partes pudessem estabelecer um sem-fim de possibilidades jurídicas reguladoras da ordem privada. Encontra-se na doutrina clássica divisões que levam em conta desde o aspecto subjetivo (unilateral ou bilateral), até mesmo as qualidades de seu conteúdo e finalidade (oneroso, gratuito, obrigacional, real; declaratório, constitutivo ou extintivo de direitos, etc.). (STOLFI, 1959, p.49). Desse modo, ao se observar o fato jurídico, perpassa-se pelo ato jurídico até alcançar o negócio jurídico com sua miríade de possibilidades. Para o presente estudo, cumpre encontrar o contrato, dentro deste vasto universo.

A caminho de tal encontro, válidas são as afirmações de Pontes de Miranda, para quem:

Todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais. Porque, aí, a bilateralidade diz respeito à *composição* subjetiva do suporte fático, ao nascimento do negócio jurídico, com as duas manifestações de vontade concordes (plano da existência). Poderia ser, em vez disso, plurilateral. [...] Contrato é o negócio jurídico (ou o instrumento jurídico) que estabelece entre os figurantes, bilateralmente ou plurilateralmente, relações jurídicas, ou as modifica, ou as extingue. (MIRANDA, 1983b, p.209-210).

Nesse sentido, o contrato é a espécie de negócio jurídico mais característica e disseminada de todas elas. César Fiuza², por seu turno, na mesma linha, assevera que "Contratos são negócios jurídicos. Por sempre dependerem de pelo menos duas atitudes, de pessoas diferentes, pode-se classificá-los como negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais. (FIUZA, 2009, p.13).

Logo, é possível estabelecer o fluxo anteriormente citado, com a seguinte especificação: **fato jurídico** => **ato jurídico** => *negócio jurídico*, contrato. A corroborar tal afirmação, diz-se que: "A escala na genealogia do conceito de *contrato* sobe ao *negócio jurídico*, conceito adotado pelo Código Civil [de 1916], muito embora sem definição legislativa expressa, daí para o ato jurídico e, por fim, para o fato jurídico." (GOMES, 2007, p. 4).

² Não obstante, registra-se que Fiuza é ferrenho crítico da teoria do negócio jurídico e de sua vigência na contemporaneidade.

No artigo 427, do Código Civil de 2002, tem-se que: "A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso. (BRASIL, 2002).

O contrato, é, assim, tratado como ato negocial bilateral, por meio do qual as partes instituem uma ordem privada em consonância com a ordem pública vigente, o que caracteriza a chamada autonomia privada.

Nos Estados em que a teoria do negócio jurídico foi encampada pelo direito privado, os contratos passaram a integrar a principal frente instrumental do negócio. Na Argentina, por exemplo, noticia a doutrina local que: "El contrato ha sido identificado por la doctrina argentina con el negocio jurídico bilateral." (LORENZETTI, 1999, p. 66).

Analisando as transformações sofridas pelo contrato a partir de sua origem romana, até os tempos modernos, Ruggiero observa que "o contrato, na parte em que designa o encontro de duas ou mais vontades e se destina a fundar uma relação jurídica, confunde-se cada vez mais com o negócio jurídico bilateral." (RUGGIERO, 1999b, p. 299).

Percebe-se que as bases estruturantes do contrato encontraram favorável assento dentro da teoria do negócio jurídico, enquanto formulação desenvolvida para a consecução da liberdade e de sua atuação na concretização de efeitos jurídicos específicos.

De acordo com a teoria do negócio jurídico, para a sua consecução a vontade das partes deve relacionar-se com o direito. A primeira condição é subjetiva e a segunda é objetiva. Desse encontro surge o efeito jurídico pretendido, quase sempre de natureza obrigacional.

O negócio jurídico, notabilizado pela sua abstração, ganha concretude mediante a atuação do contrato. Sobre o tema, Paulo Lôbo, ao tratar dos negócios jurídicos bilaterais, especificamente sobre sua existência, afirma a necessidade de exteriorização da vontade de cada parte, dentro de um contexto de acordo. Para tal fim, admite que "o modelo mais importante é o contrato [...]". (LÔBO, 2013, p.230).

A jurisprudência também entrelaça o negócio jurídico e o contrato em uma relação de continência, como se vê no julgado adiante:

DE FUTEBOL (ROBINHO) E A EMPRESA NIKE ACERCA DAS OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS EM "CONTRATO DE FUTEBOL". COMPETÊNCIA CONCORRENTE. FORO DE ELEIÇÃO. JUSTIÇA HOLANDESA. CONTRATO PARITÁRIO. INEXISTÊNCIA DE ASSIMETRIA. CLÁUSULA CONTRATUAL ELETIVA DE FORO ALIENÍGENA ADMITIDA. AUTONOMIA DA VONTADE.

1. [...]

2. Em sendo paritária e, assim, simétrica a relação negocial estabelecida entre conhecido jogador de futebol e empresa multinacional do ramo dos artigos esportivos, contrato cujo objeto, ademais, relaciona-se à cessão dos direitos de uso de imagem do atleta, não é possível qualificá-la como relação de consumo para efeito de incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor.

3. Regulada pelo disposto no art. 88 do CPC/73, a competência internacional na espécie evidencia-se como concorrente, revelando-se possível a eleição, mediante cláusula prevista no negócio jurídico qualificado pelas partes como "contrato de futebol" (contrato de patrocínio e cessão de uso de imagem), do foro alienígena como competente para a solução das controvérsias advindas do acordo.

Precedente da Colenda 4ª Turma.

4. Caso concreto em que a obrigação principal contraída no acordo não deveria ser cumprida exclusivamente no Brasil.

5. Suscitada a incompetência da Justiça brasileira pela parte demandada em momento oportuno, correta a decisão de extinção do feito, sem resolução de mérito, diante da derrogação, pelas partes, com base em sua autonomia privada, da competência da Justiça brasileira e da eleição da Justiça holandesa para dirimir eventuais controvérsias.

6. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(BRASIL, STJ. REsp 1518604/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 29/03/2016)

Como pode ser visto no item 3, do acórdão, a compreensão da Corte Superior divisa bem as figuras do negócio e do contrato. A primeira é vista sob a perspectiva do conteúdo representativo da vontade e do contrato, enquanto a segunda é vista sob enfoque instrumental no qual assentou-se o primeiro para transmudar-se do plano do imaginário das partes para o plano da existência concreta.

Noutro paradigma, a relação entre o negócio jurídico e o contrato é mais intensamente abordada pelo Tribunal:

RECURSO ESPECIAL. [...]

1. [...]

1.1 [...]

1.2 [...]

2. A indiscutível coligação e conexão entre os contratos celebrados, para o fornecimento, intermediação e aquisição de gás natural, a evidenciar, portanto, o nexos de funcionalidade dos ajustes, não subtrai a autonomia e a individualidade da relação jurídica inserta em cada contrato, com partes e objetos próprios. Por contratos coligados compreende-se a celebração de dois ou mais contratos autônomos, mas que guardam entre si um nexos de funcionalidade econômica, a propiciar a consecução de uma finalidade negocial comum.

2.1 [...]

2.2 Não se olvida que a consecução do negócio econômico em comum, perseguido pelas partes e viabilizado pela coligação dos contratos, depende, naturalmente, do cumprimento das obrigações contratuais de todos os envolvidos, no bojo dos respectivos ajustes. Indiscutível, nessa medida, que as partes de cada relação contratual tenham reciprocamente interesses jurídico e econômico quanto à perfectibilização dos ajustes como um todo. Essa circunstância, todavia, não torna um dos contratantes titular dos direitos e obrigações discutidos no bojo do outro contrato coligado.

2.3 [...]

3. [...]

(BRASIL, STJ. REsp 1519041/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015)

No julgamento pode ser analisada a importância da figura contratual para a viabilização prática daquilo que as partes pretenderam no caso concreto. O acórdão, ao afirmar que os contratos servem à funcionalidade dos fins negociais, deixou evidente a correlação, no âmbito jurisdicional, entre o negócio jurídico e o contrato.

Em outro paradigma jurisprudencial a Corte literalmente admite o valor instrumental do contrato para o negócio jurídico, chegando a afirmar que o direito disputado no caso concreto, decorre do contrato, propriamente dito:

DIREITO AUTORAL. [...]. POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DO AUTOR POR CONTRATO ESCRITO OU PELOS HERDEIROS E SUCESSORES ANTE O FALECIMENTO DO CRIADOR INTELLECTUAL. AUSÊNCIA, IN CASU, DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA E EXPRESSA DA ARTISTA PLÁSTICA. VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS CORREIOS.

1. [...]

2. O Direito da Arte é, atualmente, uma disciplina com estatuto epistemológico próprio. A obra de arte é protegida pelo direito brasileiro desde o ato de sua criação, prescindindo do cumprimento de demais formalidades. Ao autor (criador) cabe dar o destino à obra (objeto), mediante seu livre arbítrio, cabendo-lhe exclusivamente decidir sobre eventuais utilização, publicação e reprodução de sua criação.

3. [...]

4. [...]

5. Os direitos do autor pertencem exclusivamente a este, ao qual cabe utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

6. A aquisição derivada de direitos autorais somente ocorre por contrato escrito ou pelo falecimento do autor. 6.1. Os direitos patrimoniais do autor transferem-se por contratos escritos, comutativos e onerosos. Como os negócios jurídicos autorais devem ser interpretados restritivamente, considera-se não convencionado o que não constar expressamente do contrato celebrado entre as partes.

6.2. [...]

7. [...]

8. [...]

Recurso especial improvido.

(BRASIL, STJ. REsp 1422699/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 24/09/2015)

A partir dos paradigmas citados, é possível perceber que a relação entre o negócio e o contrato é – para além da teoria – , factual. Por parte da doutrina ofertante da teoria geral dos contratos, a relação deste com o negócio jurídico é clara, de acordo com o que se observa nos comentários de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald:

Nos sistemas de direito privado que seguiram a organização do BGB alemão, devemos honrar a herança pandectista de inserir o contrato a construção abstrata da categoria lógico-jurídica da teoria geral do negócio jurídico. Posteriormente, adentramos na teoria geral do contrato. Isto se explica, pois a quase totalidade dos negócios jurídicos são contratos e, muitos dos aspectos a eles atinentes se localizam nos domínios amplos, e muitas vezes imprecisos, do negócio jurídico. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 33).

Na mesma linha, Marcos Bernardes de Mello, reforçando a ligação servil e instrumental do contrato com o negócio jurídico, assegura que:

O negócio jurídico bilateral constitui a categoria mais importante de fato jurídico, precisamente porque dentre as suas espécies estão os contratos, inegavelmente os instrumentos de maior relevância por sua utilidade para a satisfação dos interesses humanos no tráfico social. (MELLO, 2011, p. 240).

É por demais evidente que o negócio jurídico, na condição de plataforma estruturante do contrato, termina por moldar os contornos do próprio contrato, de forma a lhe emprestar todos os seus fundamentos, com especial destaque para a atuação da vontade das partes. Sobre isso, discorre Orlando Gomes, em precisa análise da questão aqui colocada:

[...], o *contrato* é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue, na *formação*, por exigir a presente de pelo menos duas partes. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou *plurilateral*. Da conexão entre os dois conceitos, o de contrato e o de negócio jurídico, segue-se que o daquele contém todas as características do outro, por ser um *conceito derivado*. Eis porque as noções comuns a todos os negócios jurídicos, bilaterais ou unilaterais, se estudam na parte geral ou na introdutória do Direito Civil naqueles sistemas, como o nosso, em que os conceitos fundamentais da matéria, a exemplo do Código Civil alemão, são sistematizados em artigos que precedem os livros especiais. (GOMES, 2007, p. 4-5).

Entretanto, não seria correto estudar os contratos somente por meio do estudo do negócio jurídico, pois, embora ambos sejam, respectivamente, parte e todo, há peculiaridades na parte interessantes ao direito. Ressalte-se que o contrato

está inserido no gênero negocial por conta da construção germânica do negócio jurídico. Todavia, não foi o negócio jurídico o criador do contrato. A existência deste precede a existência daquele e isto já é suficientemente justificador de uma abordagem particular do contrato, até mesmo a partir de uma perspectiva histórica, tão útil que é para o desenvolvimento do presente estudo.

Portanto, uma vez observados o negócio jurídico e sua relação com a teoria geral dos contratos, mostra-se oportuna uma incursão, agora específica, no terreno dos contratos propriamente ditos.

2.2.1.1 O contrato

Contratar é um fenômeno social e jurídico que se desenvolve em muitas oportunidades de nossas vidas, diuturnamente. Comprar um doce numa loja é um contrato; tal como são contratos os serviços de estacionamento, o lanche em uma padaria, o ingresso no cinema, a compra de uma música ou de um aplicativo na internet e tantas outras ações que compõem o plexo de atividades típicas da vida contemporânea.

O contrato, pois, está indissociavelmente ligado à vida civilizada. Sem a figura contratual seria impensada a realização das aspirações individuais, especialmente dentro do modelo econômico capitalista.

A conclusão é a de que o contrato e suas características refletem – pelo menos assim devem – as mesmas feições da sociedade onde estão assentados. Como fato social, o contrato, juridicamente considerado, nada mais deve ser do que um reflexo da realidade experimentada em determinado tempo histórico. Nesse sentido, merece destaque o que aponta Limongi França de forma extremamente concisa e de fácil compreensão, acerca da gênese do instituto contratual:

Numa determinada fase do Direito Romano, distinguiam-se, sobre a matéria, três categorias: a *convenção*, o *pacto* e o *contrato*. Convenção é a palavra genérica (Digesto, 2, 14, 1, 3, Ulpiano). Por sua vez, *pacto* vem de *pacção*. E *pacção* é o consentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto. Ao seu turno, o contrato é a convenção a que o *jus civile* atribui firma e reconhece uma ação sancionadora - *conventio nomen habens a jure civile vel causam*. No Direito moderno, não há mais razão para distinção entre pacto e contrato. Uma e outra estariam abrangidas pela idéia de uma convenção pela qual as duas partes reciprocamente, ou somente uma das duas, prometem e se obrigam perante a outra a dar, fazer ou não fazer alguma coisa. (FRANÇA, 1991, p. 711)

No seu apogeu, dentro do contexto liberal, o contrato ganhou evidência como ferramenta à disposição dos livres e dos iguais. O próprio Direito Civil, especificamente falando, é uma realidade que se desenvolveu sobre tais premissas.

Porém, a sociedade experimentou mudanças sensíveis nos últimos três séculos. Nesse tempo a sociedade mudou seu modo de vida, de produção; fluiu do campo para as cidades, implementou a produção de bens (produtos e serviços) a níveis altamente sofisticados, qualitativa e quantitativamente, sofisticou os métodos de comunicação, rompendo fronteiras para o comércio, permitindo sua atuação em escala global; enfim, mudou-se o ideal do próprio ser humano, que, ao invés de reivindicar igualdade, liberdade e fraternidade, busca agora o pleno emprego e seu acesso aos direitos sociais e econômicos.

De acordo com a análise de Enzo Roppo,

[...] a historicidade e a realidade do contrato emergem, com clareza ainda maior, à luz de uma análise diacrônica, numa perspectiva que atente na evolução histórica do instituto. Se confrontarmos as funções assumidas pelo contrato na antiguidade ou na idade média, vale dizer, no âmbito dos sistemas econômicos arcaicos, ou de modo geral pouco evoluídos [...], com as funções que o contrato assume no quadro de uma formatação econômico-social caracterizado por um alto grau de desenvolvimento das forças produtivas e pela extraordinária intensificação da dinâmica das trocas [...], constatamos profundíssimas diferenças quanto à dimensão efectiva, à incidência, à própria difusão do emprego do instrumento contratual; ali relativamente reduzidas e marginais, aqui, pelo contrário, de molde a fazer do contrato um mecanismo objectivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema económico. (ROPPO, 2009, p.25)

O contrato é, assim, a representação operativa de uma grande mudança histórica da própria estruturação da sociedade e do modo como seus membros passaram a se organizar e se disciplinar. A transição experimentada pela sociedade, por meio do contrato, foi um importante tema na obra (1861) de Henry Summer Maine³. O pensamento de Maine pode ser observado de acordo com a descrição realizada pelo Professor Orlando Villas Bôas Filho:

[...] ao desenvolver sua teoria dos três estágios de desenvolvimento do direito, Maine ressalta que, num primeiro estágio, teria sido atribuída uma fonte divina ao direito. Em seguida, no segundo estágio, teria havido a identificação do direito com o costume. Por fim, no terceiro estágio, o direito

³ MAINE, Henry James Sumner. **Ancient Law, its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas.** Tucson, Arizona: The University of Arizona Press, 1986.

seria identificado com a lei posta por uma autoridade. O que importa observar é que, segundo Maine, no âmbito de seu processo de evolução, o direito teria passado “do *status* ao *contrato*” [...] Conforme sustenta o autor, na sociedade patriarcal, o indivíduo estaria totalmente integrado à família e submetido ao poder paternal, motivo pelo qual o direito se confundiria com o costume. Por isso, o advento do contrato como forma de ordenação é por ele considerado como um ganho evolutivo. Desse modo, o processo de organização das sociedades se iniciaria com o *status*, fundado no laço de parentesco, e se concluiria com o contrato, concebido como expressão da racionalidade e como fruto da evolução social. (BÔAS FILHO, 2012, p. 530; 534)

O contrato, assim, surgiu como expressão de um racionalismo que floresceu no Estado liberal e foi alimentado pelo positivismo jurídico. Contratar significou, portanto, a possibilidade de estabelecer uma ordem não decorrente da hierarquia (Igreja, Nobreza, etc.), mas voluntariamente estabelecida pelos interessados. Em tais bases, o contrato surge como um ganho social, porque exprime a liberdade que passaram a ter os indivíduos de se comportarem conforme suas vontades.

No mesmo sentido, são as observações de Salo de Carvalho:

Não se pode negar de maneira alguma o aspecto positivo que o Iluminismo jurídico, através da jurisprudência, do humanismo e do racionalismo, teve na laicização do direito e na formulação principiológica de garantias de liberdades. Aliás, este é um grande erro cometido, sobretudo, por uma linha do pensamento marxista que minimiza tal avanço. [...] O que resta, porém, é reconhecer que o movimento foi estruturante de uma visão completamente nova, de um modelo jurídico calcado em premissas totalmente opostas àquelas propostas pelo clero e pelos príncipes do absolutismo. (CARVALHO, 2006, p. 219-220)

Dentro do Estado liberal, o direito passou a surgir a partir de fontes racionalmente estabelecidas: a lei, como contrato social, e o contrato propriamente dito, como instrumento de regulação dos interesses atinentes à vida privada. A partir de então, a relação entre os indivíduos tornou-se, pelo menos no sentido do programa teórico liberal, horizontalizada. Destarte, "o triunfo do Estado liberal trouxe consigo a perspectiva de universalização da cidadania: todos são iguais perante a lei, e a lei será uma só para todos." (LOPES, 2006, p.360)

O contrato revelou-se importante no contexto liberalista, fundado na pressuposição da liberdade e da igualdade entre as pessoas, mas tornou-se instrumento ainda mais fundamental para algo que surgiu dentro do modelo liberal: o capitalismo. A ideia capitalista de aperfeiçoamento quantitativo e qualitativo da produção, de certa forma acelerou o andar da sociedade. A busca incansável e ininterrupta pelo *progresso* fundamentalmente baseado na geração de riquezas,

intensificou, sobremaneira, o tráfico de relações e, conseguintemente, o tráfico jurídico-contratual.

De acordo com as observações de Enzo Roppo:

[...] se se tornar necessária uma confirmação indirecta desta estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a afirmação de um modo de produção mais avançado, atente-se em que não pode certamente atribuir-se ao mero acaso o facto de as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato, devidas aos jusnaturalistas do séc. XVII e em particular ao holandês Grotius, terem lugar numa época e numa área geográfica que coincide, com a do capitalismo nascente; assim como não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo código civil francês, *Code Napoleon*, de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, e constituiu o fruto político directo da revolução francesa, e, portanto, da vitória histórica conseguida pela classe - a burguesia - à qual o advento do capitalismo facultou funções de direcção e domínio de toda a sociedade. (ROPPO, 2009, p.25-26)

Em sua conformação mais original, atendidos os preceitos do Estado liberal, o contrato mostrou-se apto a garantir a estabilidade das relações jurídicas, especialmente através da garantia de que as influências externas ao contrato, dentre elas a do próprio Estado, não tivessem o condão de alterar o seu conteúdo quantitativo ou mesmo qualitativo. Eis as bases para o *pacta sunt servanda*.

O contrato nada mais era do que ato de submissão voluntária das partes à força do que por elas havia sido estabelecido. A *neutralidade* do Estado, em tal contexto, era o pressuposto necessário para que se garantisse a liberdade dos particulares, um valor proeminente no liberalismo e vital ao comércio burguês, na medida em que o fluxo patrimonial dependia de atos (contratos) que pudessem viabilizar a transmissão e aquisição de direitos.

Não se pode olvidar que o Estado sempre exerceu papel limitador das ações dos particulares. Não tivesse sido assim, boa parte das razões que ensejaram a criação estatal perderiam total sentido. Dessa forma, consigne-se que o contrato nunca foi totalmente livre à interferência do Estado. Compreende-se que na história do contrato houve, na verdade, graus diferentes em que tal interferência estatal ocorreu. Nos Estados de feição liberal a interferência era e é mínima, enquanto que nos Estados de inclinação social a interferência era e é maior.

Tal afirmação pode ser confirmada pela análise do elemento vital para o contrato: a declaração de vontade. Ennecerus afirma que "la evolucion histórica [das teorias sobre a manifestação da vontade] sigue esta trayectoria: teoría da

declaración — teoría de la voluntad — teoría de la voluntad con amplias concesiones a la teoría de la declaración." (ENNECCERUS, 1950, p. 181).

De fato, nos modelos liberais, de influência burguesa, com forte vigor positivista, sobressaiu-se a teoria da declaração, cuja característica mais notável era o valor dado ao conteúdo escrito do contrato. Por outro lado, em sentido contrário, evoluiu a teoria da vontade, que se notabilizou pela valorização da real intenção do contratante, mitigando-se o teor literal da declaração. Por fim, uma teoria mista baseada na literalidade da declaração, mas, também, nos aspectos subjetivos das partes e do contexto (fático, social, jurídico, etc.) do contrato, parece ter encontrado prevalência nos dias atuais.

Assim, o contrato, como ferramenta à disposição dos interesses dos indivíduos, ganhou, ao longo do tempo, diversas descrições conceituais, de acordo com o período em que foi experimentado. No primeiro estágio, dentro do racionalismo jurídico do Estado liberal, disse Lacerda de Almeida que:

Em matéria de contratos a tendência a que obedecia, não há muito tempo a doutrina [Disse o autor em 1916] era a do individualismo, absoluto do Código Civil francês, o qual graças a centralização que anda sempre de par com a democracia; graças à filosofia materialista e atomística do século XVIII e finalmente à tradição do direito romano, onde vingou desde as XII Tábuas o princípio individualista (*uti lingua nuncupassit ita ius esto*); graças a tais influências, digo, a doutrina reinante era a da plena liberdade de contratar; de modo que, em regra, o que as partes houvessem estipulado, e por isso só que haviam estipulado, se devia guardar e observar como lei: *ita ius esto*. (LACERDA DE ALMEIDA, apud SERPA LOPES, 1961, p. 42).

Mas a crítica ao capitalismo e ao positivismo assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre outros fatores foram decisivos para que a visão jurídica sobre o contrato passasse a incrementá-lo com aptidões outras que não apenas aquelas do liberalismo. Se é verdade que o liberalismo teve sua razão de ser e sua importância histórica como ferramenta de promoção da liberdade, por outro lado essa mesma liberdade fomentou a prevalência do mais forte, inclusive nas relações contratuais.

É, pois, de San Tiago Dantas, a pertinente análise do contexto jurídico-evolutivo do contrato:

O direito contratual do início do século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações interesses; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de

segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente mais fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiram de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas. (DANTAS, 2011, p. 408)

Durante o século XX, embora ainda marcante, o individualismo foi gradativamente sendo mitigado de modo a que a visão social do contrato pudesse ganhar maior relevo. O conteúdo do contrato e a obrigatoriedade de seu cumprimento passaram a ser terreno de intromissão estatal, enquanto que o comportamento das partes foi objetivado, ou seja, redundando em um cenário de menor liberdade e de maior regulação do Estado, seja por meio da atuação legislativa ou por meio da atuação jurisdicional. Dessa forma, "a intervenção do Estado, assim levado a cabo, fez florescer um tempo novo, onde os malefícios do liberalismo jurídico foram mitigados pela proteção social [que] se estendeu ao mais fraco." (HIRONAKA, 2011, p.747).

Atravessado o século XX, o contrato encontra-se, atualmente, a serviço de uma realidade complexa, que nenhuma semelhança guarda com aquela da sociedade de industrialização iniciante do século XVIII, ou com a sociedade industrializada do século XX, especialmente de sua porção mediana. O século XXI notabiliza-se pela altíssima intensidade da produção e pela altíssima intensidade do consumo, tendo como fio condutor as ferramentas da informação e da publicidade que moldam o comportamento social e os fluxos e hábitos de consumo.

Mais do que ferramentas que visavam à circulação de riquezas (ROPPO, 2009, p. 10), hoje os contratos visam, em sua maior parte, à satisfação de bens necessários à vida quotidiana das pessoas; bens de consumo, por assim dizer. Em tal contexto, destaca-se a representação conceitual ofertada por César Fiuza, para quem:

Contrato é todo ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana. (FIUZA, 2009, p.15)

O conceito, embora bastante rico, especialmente por agregar elementos sociabilizadores (função social, cooperação, eticidade, boa-fé, dignidade humana,

etc.), não se descuida de deixar claro que o contrato é um ato decorrente de uma atuação livre – não livre como antes – mas ainda livre. Essa constatação parte da observação do conceito citado, no momento em que ele alude a *relações convencionais*. Por isso, pode ser asseverado que o contrato chegou à contemporaneidade adornado por diversos elementos que os distinguem do contrato clássico do liberalismo.

Todavia, o contrato ainda mantém juridicamente como seu cerne, a atuação da liberdade e do conseqüente exercício da autonomia; ressalta-se que não é mais a autonomia da vontade, mas, agora, a autonomia privada. Nesse sentido, contrato é entendido como "[...] manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial." (AZEVEDO, 2004, p.23).

É fato, portanto, que o contrato, nos dias atuais, estrutura-se com base na liberdade de ação dos contratantes. Tanto é verdade que o próprio Código Civil, no seu artigo 421, encarrega-se de deixar claro que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." (BRASIL, 2002).

Destarte, para a teoria geral dos contratos vigora um geral entendimento acerca de que:

Novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídico. Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade." (FACHIM, 2011, p. 0281-282)

Portanto, estando em vigor a liberdade no campo contratual, é relevante estudar a sua atuação, ou seja, a atuação da própria autonomia privada no contexto da criação do contrato, desde a sua ideação até a sua concretização, formal e materialmente considerado.

2.2.1.1.1 Liberdade de contratar

Atuando no intento do construto contratual as partes colocam-se em dois momentos fundamentais, quais sejam o da *liberdade de contratar* e o da *liberdade contratual*. Neste tópico falar-se-á da primeira delas, até mesmo por uma questão de lógica existencial do contrato.

A liberdade de contratar é a possibilidade de os particulares decidirem por contratar ou não contratar. É o ponto de partida ou o *fato jurígeno* necessário para que o contrato seja concebido à luz do direito privado. De acordo com Caio Mario Pereira,

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*. [...] 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. (PEREIRA, 2014, item 186)

Na visão privatista, sem a atuação da liberdade de contratar não há contrato. Ou seria possível para o Direito Privado supor um contrato sem iniciativa/vontade de contratar?

Embora este seja o eixo crítico-reflexivo do presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro não alude a tal possibilidade; nem mesmo a jurisprudência, fiéis que são ao dogma da liberdade, ainda que vigiada e mitigada pelo Estado. Por parte da jurisprudência, convém observar o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO ECONÔMICO. DIREITO CONCORRENCIAL. ART. 29 DA LEI N. 8.884/94. PRETENSÃO DE CESSAÇÃO DE CONDUTAS QUE CONFIGURARIAM INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. RECUSA DE CONTRATAR E PREÇOS DIFERENCIADOS. CONDUTAS QUE, POR SI SÓS, NÃO REPRESENTAM ILÍCITO CONCORRENCIAL. COMPRA E VENDA MERCANTIL. DIREITO PRIVADO. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO À CONCORRÊNCIA E À LIVRE INICIATIVA.

1. Pretensão da empresa demandante, revendedora de Gás Liquefeito de Petróleo (gás de cozinha), de condenação da empresa distribuidora a negociar com ela a compra e venda do produto pelo mesmo preço praticado com outras revendedoras.

2. Operação de compra e venda mercantil que, por se inserir na seara do Direito Privado, se realiza à luz do princípio da autonomia privada.

3. Como corolário do poder negocial, a decisão de contratar, ou não, e o preço a ser praticado constituem manifestações exercício da liberdade econômica constitucionalmente garantida, que, apenas em situações excepcionais, quando verificada ofensa à liberdade de concorrência, pode ser limitada.

4. Caso concreto em que, apesar de tratar de atividade legalmente considerada como de utilidade pública, não há monopólio ou razão especial para que se imponha a obrigatoriedade de contratar, sendo que as diferenças de preços podem se dar em razão de circunstâncias mercadológicas.

5. Condutas que, examinadas isoladamente, se apresentam perfeitamente lícitas, não havendo qualquer circunstância particular que permita a conclusão de que houve afronta à livre iniciativa e à livre concorrência.

6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, JULGANDO-SE IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.

(BRASIL. STJ. REsp 1317536/MA, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016)

De especial relevo, é o aresto seguinte, por trazer o princípio da liberdade de contratar para o campo das relações contratuais de consumo, tal como segue:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. HONORÁRIOS MÉDICOS COMPLEMENTARES. RESPONSABILIDADE DO USUÁRIO. OPÇÃO POR ACOMODAÇÃO SUPERIOR À CONTRATADA. CLÁUSULA CONTRATUAL. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO MÉDICO. INEXISTÊNCIA DE DUPLO PAGAMENTO.

1. Ação civil pública que visa a declaração de nulidade de cláusula contratual de plano de saúde que prevê o pagamento pelo usuário da complementação de honorários médicos caso solicite o internamento em acomodação superior àquela prevista no contrato.

2. O consumidor, ao contratar um plano de saúde hospitalar, pode optar por cobertura em acomodação coletiva (enfermaria ou quarto com dois ou mais leitos) ou em acomodação individual (quarto privativo ou apartamento).

3. Caso o usuário opte, no ato da internação, por uma acomodação superior à oferecida pelo seu plano, deverá pagar diretamente ao hospital as diferenças de estada.

4. Apesar de a cobertura de despesas referentes a honorários médicos estar incluída no plano de saúde hospitalar, os custos decorrentes da escolha por uma acomodação superior à contratada não se restringem aos de hospedagem, pois é permitido também aos médicos cobrarem honorários complementares.

5. É lícita a cobrança de honorários médicos complementares no setor privado, desde que seja acordado pelas partes e haja previsão contratual, sendo proibida apenas a cobrança em duplicidade pelo mesmo serviço (ato médico) realizado. Essa complementação da verba honorária, além de ir ao encontro do princípio da valorização do trabalho humano, deverá ser feita com moderação, a evitar exigências abusivas, sobretudo diante do quadro de vulnerabilidade do paciente, que, muitas vezes, padece de dor e desespero ante a precariedade de sua saúde física e mental.

6. Os planos de saúde possuem tabela crescente de honorários médicos, a depender do nível de cobertura de cada plano. Planos superiores, em que há internação de pacientes em apartamento ou quarto privativo, a valorização do trabalho médico é em dobro se comparada com os planos que oferecem acomodações hospitalares coletivas.

7. Não há ilegalidade ou abusividade na cláusula contratual de plano de saúde que prevê o pagamento pelo usuário da complementação de honorários médicos caso solicite o internamento em acomodação de padrão superior àquela prevista no contrato. Ao contrário, essa cláusula apenas informa ao consumidor as despesas que deverá arcar caso proceda, segundo os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, à escolha de hospedagem não coberta pelo plano de saúde.

8. O pagamento dos honorários médicos complementares é feito diretamente ao profissional da saúde, não havendo duplicidade de pagamento, limitação de direito do consumidor ou a sua colocação em situação de desvantagem exagerada.

9. Recurso especial não provido.

(BRASIL. STJ. REsp 1178555/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014)

Na linha do pensamento jurisprudencial ora trazido, não parece haver qualquer dúvida sobre a importância da liberdade de contratar, como pressuposto dos contratos em que ela foi observada mormente como elemento constituidor de direitos e obrigações.

Já naquilo que toca à doutrina, afirma Ruggiero que: "Se eu quero satisfazer um interesse e conseguir um fim e o ordenamento dá eficácia a essa minha vontade, obtém-se o fim desejado reconhecendo-se nascida a nova relação [...]." (RUGGIERO, 1999, p.316).

A liberdade de contratar tem íntima ligação com a própria noção da vontade atuante dentro do negócio jurídico. Se é assim, a liberdade de contratar pode ser observada sob o prisma das teorias havidas sobre o papel da vontade e de como ela ganha reconhecimento no mundo jurídico. Serpa Lopes diz que [...] "a decisão de realizar o ato ou os atos necessários para que a vontade animadora do negócio chegue ao conhecimento de outras pessoas.", chama-se vontade declaratória. (SERPA LOPES, 1961, p.413).

Portanto, dentro do ideal privado, o direito proporciona ao particular a possibilidade de, por sua iniciativa própria, deflagrar o contrato. Muitos aspectos psicológicos irão interferir no processo decisório de contratar ou não contratar. Grande parte dos aspectos psicológicos, internos por excelência, são deflagrados por aspectos externos havidos no ambiente social e relacional do indivíduo. O direito privado não os tem como relevantes, a princípio, porque a decisão de contratar ou não é uma *facultas agendi*. Ademais, como os contratos regem relações e interesses privados, no mais das vezes, a interferência do Estado corre marginalmente ao contrato.

Conceitualmente, pois, define Enzo Roppo que:

Liberdade de contratar significa a abolição de vínculos de grupo, de corporação, de "estado", que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão de sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suam da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização económico-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo - e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e os privilégios do passado - da abstrata possibilidade de determinar por si só o seu destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas, e o simultâneo nascimento de um sistema que a multiplicidade destas livres iniciativas e contribuições individuais tornaria mais dinâmico, mais aberto às inovações e potenciado

nas suas próprias forças produtivas; significa, numa palavra, passagem a uma forma superior de sociedade. (ROPPO, 2009, p.36).

A liberdade de contratar a que alude Roppo, no trecho transcrito, certamente é a liberdade fundada no liberalismo. Não se trata, porém, atualmente, no direito privado e no que concerne aos contratos, daquela liberdade ilimitada do exercício da vontade, típica do liberalismo e conducente ao *pacta sunt servanda*, mas da liberdade assentada na atual principiologia da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, objetivamente considerada.

De todo modo, a liberdade ainda é pressuposta pela teoria contratual contemporânea como supedâneo embrionário do contrato, numa simbiose entre vontade e reconhecimento jurídico dos seus contornos. São, pois, “as declarações de vontade [a vontade de contratar] ‘a força que mantém o mundo das relações jurídicas de ordem privada em movimento ininterrupto.’” (SOHM apud BEVILÁQUA, 1929, p. 272).

Enfim, a liberdade de contratar não só está viva no direito brasileiro em seu sentido legal, nos termos do artigo 421, do Código Civil de 2002, como, também, no pensamento doutrinário. A possibilidade de intervenção estatal nas relações privadas, potencializada pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil, no âmbito normativo e a desenvolvimento do pensamento acadêmico, nesse mesmo sentido, não foram capazes de desconsiderar completamente a autonomia como premissa dos contratos. Nesse sentido é a argumentação de Renan Lotufo quando compreende que:

No direito positivo contemporâneo o dogma da vontade, como fundamento supremo, está superado, sem que com isso se diga que a vontade não tenha relevância no plano contratual. [...] Remanesce a importância básica da autonomia privada, que é o supedâneo da liberdade negocial, posto que é, para alguns, o poder reconhecido, para outros o poder atribuído, às pessoas de autorregularem seus próprios interesses. (LOTUFO, 2011, p. 15)

No mesmo sentido, vale trazer à colação o entendimento externado por Roberto Senise Lisboa, para quem:

É correta a afirmação de que limitou-se consideravelmente o aspecto do acordo dos contratantes quando da efetivação de um negócio jurídico. Contudo, continua esse acordo a existir. Não é possível a conclusão de que

o princípio da autonomia da vontade acabou por ser substituído ou eliminado do cenário da teoria do negócio jurídico ou, ainda, mais especificamente, do direito dos contratos [...] pois isso equivaleria à negativa de qualquer declaração volitiva nesse campo. (LISBOA, 2007, p.91)

Nesse sentido, se o contrato é espécie de negócio jurídico, naturalmente compartilha com este a mesma estrutura que lhe dá sustento e forma. Logo, considerando que o negócio jurídico pressupõe o exercício da liberdade materializado na vontade declarada e querida pelo indivíduo, o mesmo pode ser dito sobre o contrato. Se inexistir negócio sem a iniciativa livre da parte, não pode haver contrato sem tal requisito.

2.2.1.1.2 Liberdade contratual

Se a liberdade de contratar reside na força que impulsiona o contrato para a sua concretização e para a sua realização prática, a liberdade contratual, por outro lado, está relacionada com o conteúdo do contrato objetivado pelas partes.

Muitas vezes o contrato é reconhecido pela sua substância, pelo conteúdo que lhe dá forma e identidade: compra e venda, locação, seguro, prestação de serviços, dentre tantos outros. Assim, pela liberdade contratual não só é possível construir o conteúdo do contrato como, também, possibilita-se aderir a um conteúdo de contrato já pronto, impassível de modificações, ou ainda às condições gerais estipuladas por uma das partes, geralmente disponíveis no anexo contratual, em publicações na internet ou em assentos cartorários, por exemplo. Registre-se que, nos contratos de adesão⁴, há sim a possibilidade de exercício volitivo por parte do aderente na medida em que é possível para este concordar com o conteúdo já estipulado.

A liberdade contratual é, portanto, de suma importância para o direito que rege os contratos, uma vez que estes são úteis pelas suas substâncias e não propriamente pelas suas formas. Afirma Pontes de Miranda que o "conteúdo do ato jurídico *lato sensu*, é o que o enche, dando-lhe significado de manifestação do

⁴ Impõe-se destacar que esta afirmação está relacionada aos contratos havidos nas relações que efetivamente admitem o exercício da liberdade de aderir. Aliás, consigne-se ser este um dos pontos fundamentais do presente estudo, na medida em que intenta destacar os contratos de consumo como categoria em que a liberdade não se mostra tal como nos contratos privados em geral.

querer, de representação ou de sentimento, mais o que a lei lhe exige como conteúdo necessário." (MIRANDA, 1983b, p. 319).

Conseqüentemente, a liberdade contratual atua não apenas na caracterização substancial do contrato, como, também, é a responsável pelo conteúdo obrigacional dela decorrente. Trata-se, portanto, de uma liberdade decisiva para as esferas de direitos das pessoas envolvidas na relação contratual.

Além disso, a partir da atuação da liberdade contratual é que se operacionaliza, ou melhor dizendo, é que se cria uma *fonte obrigacional* apta à regência do vínculo entre as partes contratantes. Desse modo, "o conteúdo de qualquer obrigação (também designado por *vínculo jurídico*) é constituído pelo conjunto de direitos e deveres que ligam o credor e o devedor (ou os credores e devedores, quando forem mais de um)." (NORONHA, 2013, p.70). Na mesma direção Caio Mário Pereira é enfático ao afirmar que "todos os contratos produzem efeitos, são revestidos de ação, e geram direitos e obrigações." (PEREIRA, 2014, item 190).

Importa notar que a liberdade contratual atuante no conteúdo dos contratos apresenta-se em bases idênticas nos contratos havidos entre consumidores e fornecedores. Esta é uma questão que deve receber do direito bastante atenção, na medida em que estes contratos são dotados de enorme peculiaridade, a começar pela disparidade de forças que colocam o contratante consumidor em franca desvantagem em relação ao contratado fornecedor. Mesmo assim, Ricardo Luis Lorenzetti expõe que "el contrato de consumo tiene 'cláusulas' que son las obligaciones que causa y que tienen efectos distintos del contrato."(LORENZETTI, 2009, p. 282)

Considerado o poder da liberdade contratual atuante não apenas nos contratos privados em geral, mas também nos consumeristas, é possível imaginar que através dela, se por um lado são constituídos regramentos destinados aos mais diversos fins das atividades privadas, por outro, pode ser a oportunidade que se abre à prática de diversos abusos, especialmente em desfavor daqueles que se encontram em situação de inferioridade em relação ao seu contratante; razão pela qual deve ser objeto de análise específica.

2.2.1.1.3 Liberdade de contratar e liberdade contratual nos contratos de consumo

Nos contratos em que uma das partes está mais fragilizada em relação à outra, como é típico das relações e dos contratos de consumo, há uma tendência recorrente ao abuso, porque o contrato é construído pelo fornecedor e voltado para os seus interesses econômicos, pois “ ‘quem parte e reparte fica com a maior parte’”. É a tendência natural, quase irresistível, daquele que tem o poder de estabelecer as regras”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.156).

Decorre de tal afirmação que a atuação da vontade na construção do contrato entre desiguais, fracos e fortes, enseja limitações e a interferência externa do Estado, sob pena de o mais fragilizado sucumbir diante do poder do mais forte.

O poder da parte mais forte, o fornecedor, é exercido em todas as fases da relação de consumo. Especialmente no terreno dos contratos, a dominação serve-se dos efeitos projetados pelas cláusulas contratuais, ou seja, a partir do próprio conteúdo obrigacional inserto no contrato.

Para o enfrentamento de tal realidade, Cláudia Lima Marques, ancorada no pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, revela que o conteúdo obrigacional passará a ser menos dependente da vontade e mais submetido à lei; objetivada, por assim dizer, enquanto se buscaria no conteúdo das obrigações o seu sentido de justiça atrelado ao atendimento da função social do contrato. (MARQUES, 2011, p. 298).

A autora, brilhante que é, descortina com maestria os cenários fático e jurídico em que estão assentados os contratos de consumo. Aborda a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor e traz à lume a importância de se reforçar o *princípio da confiança atuando* este ao lado dos princípios sociabilizadores do contrato, hodiernamente em voga. Sua conclusão, aponta para uma limitação da atuação da vontade/liberdade contratual.

Porém, não há novidade na proposta da autora em relação ao propagado pela atual doutrina e jurisprudência brasileiras, salvo pelo fato de conferir significativa atenção ao princípio da confiança para tal intento. De regra, a doutrina brasileira é mesmo no sentido da mitigação e não da ruptura da autonomia no terreno contratual. Nesse contexto, assevera Cláudia Marques:

Boa-fé (*bona fides*) e confiança (*fides*) sempre estiveram juntas no direito privado e no estudo das bases e efeitos da vontade dos indivíduos no

mercado (por exemplo, *error communis facit jus*), a ponto de discutirmos nesta obra - qual delas seria a principal ou o primeiro dos paradigmas sociais para controlar/limitar a autonomia da vontade/liberdade contratual. Parece-me que, no início do século XXI, estes dois princípios paradigmáticos do direito privado devem estar ainda mais unidos e ser usados harmonicamente. Somente assim construiremos uma nova teoria contratual adaptada aos desafios da pós-modernidade, inclusive da pós-modernidade aprofundada, que surge em nosso País, com seu novo modelo de contrato plural e desmaterializado. (MARQUES, 2011, p. 198-199).

Fato é que a regência jurídica dos contratos de consumo ainda continua a ser alimentada pelas mesmas estruturas oferecidas pela teoria geral dos contratos privados, especialmente a manutenção do papel que a vontade desempenha na relação contratual de consumo, ainda que atualmente esteja a mesma mitigada. Tanto é verdade que o próprio Código de Defesa do Consumidor reconhece valor jurígeno na declaração de vontade, ao afirmar no artigo 48 que,

As **declarações de vontade** constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos. (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Por parte da jurisprudência, a liberdade contratual nos contratos de consumo não só é admitida, como, também, é jurígena enlçando o consumidor na rede obrigacional estabelecida pelas partes, ou melhor dizendo, pelo próprio conteúdo do contrato:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SISTEMA DE COPARTICIPAÇÃO. PREVISÃO CONTRATUAL CLARA E EXPRESSA. ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Demanda em que se pretende o reconhecimento de abusividade de cláusula contratual que estabelece a coparticipação do consumidor após o trigésimo dia de internação.

2. [...]

3. A legislação especial admite a configuração de planos de saúde com cláusula de coparticipação, inclusive para todos os procedimentos utilizados (art. 16, VIII, do CDC), **desde que contratados de forma clara e expressa**.

4. A imposição de interpretação mais favorável ao consumidor, bem como o sistema de proteção contra abusividade não correspondem à proibição genérica de limitações dos direitos contratados.

5. Atendido o direito de informação, mediante a redação de forma clara e expressa da cláusula limitativa, bem como mantido o equilíbrio das prestações e contraprestações, não há que se cogitar de abusividade.

6. A redução dos custos assumidos pelas operadoras de plano de saúde, por meio da formatação de diversos contratos disponibilizados no mercado, resulta em contraprestações igualmente inferiores, **devendo prevalecer a**

autonomia da vontade, mantendo-se o sinalagma contratual e protegendo-se as legítimas expectativas de ambos os contratantes.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1511640/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015, grifo nosso)

É possível notar que a bases em que se fundam a teoria geral dos contratos incidem fortemente sobre o trato jurídico dos contratos de consumo.

Os notáveis avanços no âmbito da teoria de geral dos contratos, especialmente aqueles decorrentes da mitigação da vontade, tanto no campo da iniciativa contratual, como na construção do conteúdo do contrato, avanços estes impulsionados pelas atuações dos princípios da função social, da probidade, da boa-fé objetiva e do próprio dirigismo estatal, não podem olvidar o fato de que ainda remanescem atuantes nos contratos de consumo não só o dogma da liberdade contratual, bem como o da liberdade de contratar.

Trata-se de uma séria implicação para os contratos de consumo, na medida em que estes guardam peculiaridades tais que implicam o imperativo, como será demonstrado neste estudo, não apenas de um avanço ou de uma reformulação teórica da teoria geral dos contratos, mas sim da criação de uma teoria completamente nova para os contratos de consumo.

A realidade dos contratos de consumo, embora já não seja desconhecida dos estudos, ainda não foi tomada pela academia como um fenômeno completamente distinto do contrato romanístico, bem como do contrato burguês, talhado pelo liberalismo.

No máximo foram concebidas fórmulas mitigadoras de algumas de suas bases teóricas, em grande parte fundadas na adoção de princípios sociabilizadores da relação jurídica individual e na regulação estatal, esta última atuando dentro do contexto da livre iniciativa.

2.2.1.1.4 Um epítome acerca do atual estágio dos negócios jurídicos e dos contratos no direito brasileiro

Quando este capítulo foi iniciado, demonstrou-se a importância da abordagem do negócio jurídico para o estudo do contrato. Dessa abordagem foi possível concluir que o negócio jurídico é o esteio do contrato, encontrando este último, no

primeiro, a sua *pedra angular*, de tal modo que o contrato nada mais é do que uma espécie de negócio jurídico.

O direito brasileiro adota expressamente a figura dogmática do negócio jurídico para explicar e reger os atos jurídicos que são determinados pela atuação da vontade com o desígnio de produzir efeitos específicos de criação, modificação, conservação ou mesmo a extinção de direitos.

Na consecução do negócio jurídico atua a figura do contrato como um de seus instrumentos materializadores: o maior e mais importante de todos eles. Assim, no âmbito e no propósito das relações privadas, o contrato é o próprio negócio jurídico em atuação. Se não há negócio sem o elemento volitivo, é possível afirmar que sem ele também o contrato inexistente.

No campo dos contratos, destaca-se o contrato de consumo, pois é da presente obra a missão de estudá-lo especificamente, assim como as bases fáticas nas quais está assentado e a teoria geral que atualmente está a regê-lo. O elemento fundamental do questionamento é a pressuposição jurídica (legal, acadêmica e jurisprudencial) da atuação da vontade dos contratantes na iniciativa e construção do contrato. Este *estado atual das coisas*, a partir do qual se erigirá a crítica propositiva deste trabalho, pode ser satisfatoriamente visto no pensamento de Orlando Gomes, com as atualizações realizadas pelos Professores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo Marino:

O Direito dos contratos repousa em quatro princípios: 1) o *da autonomia da vontade*; 2) o *do consensualismo*; 3) o *da força obrigatória*; 4) o *da boa-fé*. Os três primeiros podem ser chamados tradicionais. A boa-fé, por sua vez, embora já estivesse presente no Código Comercial de 1850, assumiu na doutrina contemporânea sentido e funções inteiramente novos, desempenhando papel de destaque no Código Civil de 2002. Ao lado dela, pode-se acrescentar dois outros princípios norteadores do regime contratual na nova codificação, o *princípio do equilíbrio econômico do contrato* e o *princípio da função social do contrato*. Afirma-se, assim, que atualmente há três princípios clássicos (autonomia da vontade, consensualismo e força obrigatória, aos quais se pode reconduzir o princípio da relatividade dos efeitos contratuais) e três novos princípios contratuais (boa-fé, equilíbrio econômico e função social.). (GOMES, 2007, p.25).

A principiologia contratual vigente nos dias presentes é, pois, ratificada por Renan Lotufo, alcançando, como informa, inclusive o universo dos contratos de consumo. Na compreensão do autor,

[...] os novos princípios não eliminaram os tradicionais, como alguns mal-informados pensaram, a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor. Os princípios tradicionais permanecem e o Código Civil não se opõe ao do Consumidor, ambos convivem no sistema positivo brasileiro. Identifica-se a presença dos princípios como base da Teoria Geral dos Contratos no Código Civil de 2002[...] (LOTUFO, 2011, p. 20)

Enfim, tem-se a ideologia da liberdade ainda viva no contexto jurídico dos contratos. É certo que a liberdade de hoje não é mais a mesma liberdade do período em que vicejava a burguesia (hoje os fornecedores da indústria capitalista), visto que o direito exerce um papel limitador da vontade, especialmente para manter vivo o ideal de justiça contratual. A liberdade não pode ser um campo aberto para toda e qualquer batalha, muito menos para todo e qualquer competidor. Como disse Lacordaire em célebre frase “[...] entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta.” (LACORDAIRE, 1861, p.643).

No entanto, resta saber se a lei a que se refere Lacordaire, ou o direito, como sistema mais amplo no qual aquela está incluída, de fato tem cumprido com o papel protetivo e libertador dos consumidores contratantes. Todavia, considerando que no direito vigente remanesce o ideal de liberdade como premissa dos contratos (art. 421, do Código Civil), não é demais duvidar que a missão protetiva do direito possa apresentar-se deficiente para os consumidores, a partir da constatação de sua condição de debilidade na relação contratual com o fornecedor. Se a hipótese jurídica não corresponde à realidade, significa que as premissas equivocadas corresponderão a conclusões também equivocadas. Contra tal disparidade, manifesta-se Karl Larenz, asseverando que:

[...] a interpretação da lei é um processo contínuo, no qual as ideias expressas na lei são repensadas e desenvolvidas; processo que tem um ponto de partida fixo — a lei —, mas que, enquanto a lei subsistir, não se poderá nunca considerar concluído. O resultado em cada momento obtido por este processo é o Direito "presentemente em vigor". Ele é, portanto, produto comum do legislador, da jurisprudência e das forças "actuantes" do comércio jurídico, dos costumes e das convicções comuns que neste se formam, do common sense. A ciência jurídica também toma parte neste processo, de desenvolvimento ideativo da ordem jurídica e de mediação da lei pela consciência do presente. (LARENZ, 1997, p. 159).

Por isso, torna-se oportuna uma investigação realista do fenômeno contratual de consumo. Somente após esta incursão é que se poderá retornar aos construtos

jurídicos validando ou não as suas estruturas ou, até mesmo, propondo a construção de outras novas.

Destarte, tendo sido até aqui observadas as bases teóricas em que se fundam os contratos privados, cumpre observar adiante o cenário fático em que são desenvolvidos os contratos de consumo, de forma a possibilitar uma averiguação lúcida e sem incongruências, sobre a pertinência ou não de aplicação da vigente contratualística aos contratos realizados entre consumidores e fornecedores.

3 ATIVIDADE CONTRATUAL DE CONSUMO

Descortinar a realidade da atividade contratual de consumo não implica apenas favorecer eventual atividade de subsunção; afinal, como diz Aristóteles “[...] cada qual julga bem as coisas que conhece, e dessas coisas é ele bom juiz.” (ARISTÓTELES, 1984, p.50).

Muito além disso, o estudo da atividade consumerista tem como intento divisá-la daquela que ocorre no campo da disponibilidade patrimonial proporcionada pela liberalidade, que é típica do mundo civil dos negócios. Essa divisão será útil para o fim da própria organização dogmática do Direito do Consumidor, especialmente no que pertence aos contratos de consumo.

Comprar ou não um lote de terras; investir na bolsa de valores; constituir ou não uma sociedade empresarial; vender ou não vender uma obra de arte; comprar ou não comprar dólares; tudo isso compõe um plexo de atividades que se destaca pelo poder de decisão da pessoa em sua realização ou não realização; poder este que somente se concretiza em um contexto de autonomia.

Os contratos de consumo, no entanto, se observados desatentamente, podem conduzir à percepção de que também se desenvolvem a partir de uma atuação autônoma. Se bem observado, o contrato de consumo é a face exterior de uma condição de dependência absolutamente incontornável, ostentada pelo consumidor, no atual modelo social em que as pessoas estão alocadas num ciclo de trabalho e consumo interminável.

Oscar Wilde disse no ano de 1891, portanto em meio ao processo da Revolução Industrial, que “o homem irá se matar por excesso de trabalho com o fim de garantir a propriedade, o que não é de surpreender, diante das enormes vantagens que ela oferece.” (WILDE, 2003, p. 7).

Essa frase deve ser contextualizada de acordo com o momento histórico que a inspirou. Vivia-se naquele período os brados do liberalismo, fundado na propriedade privada e no acúmulo patrimonial. Logo, o contrato servia como ferramenta viabilizadora do trânsito de tais pretensões. No entanto, no século XXI, o acúmulo patrimonial não parece ser o mote principal dos contratos. A sociedade contemporânea reclama do contrato outro papel, qual seja, o de viabilizar os bens necessários à vida digna. Sendo assim, nada mais natural do que se colocar em

dúvida o papel da autonomia na realização dos contratos de consumo, já que a pretensão de se acumular patrimônio foi substituída contemporaneamente por aquela fundada na satisfação de necessidades.

Essa mudança de cenário tem como pontos de partida, resumidamente falando, o incremento do processo de industrialização e a saída dos indivíduos do campo para as cidades, consolidando, destarte, uma ruptura histórica do ser humano com a natureza provedora. No meio desse processo, um grau de autonomia ainda remanesca por meio da agricultura de subsistência, da criação animal de pequena escala e do comércio de trocas. Segundo narrativa de Eric Robsbawm,

Em 1848, a população do mundo, mesmo da Europa, ainda consistia sobretudo de homens do campo. Até na Inglaterra, a primeira economia industrial, os moradores da cidade só excederam os do campo em 1851, ano em que passaram a constituir 51% da população. Em nenhum outro lugar, exceto França, Bélgica, Saxônia, Prússia e Estados Unidos, mais de um em dez mil habitantes vivia em cidades de 10.000 ou mais habitantes. Em meados e final da década de 1870, a situação havia-se substancialmente, mas com algumas poucas exceções a população rural ainda prevalecia em grande número sobre a urbana. Portanto, de longe, a maior parte da humanidade e **os destinos da vida ainda dependiam do que acontecesse na e com a terra.** (HOBSBAWM, 2013, p.265-266, grifo nosso)

Contemporaneamente, a vida nas cidades não dá ao ser humano alternativas para a provisão de suas necessidades, estando vinculado ao modelo capitalista de vida que se apropriou da força de trabalho das pessoas. Corroborando esta afirmação, diz Giddens:

Nas sociedades industrializadas, a produção industrial é como a base principal da economia. A maior parte da população vive em áreas urbanas, e as organizações em larga escala influenciam a vida de praticamente todos os cidadãos. (GIDDENS, 2008, p. 46)

A grande provedora das necessidades humanas dos dias atuais não é mais a terra agricultável ou a natureza, que, uma vez acionadas pelo trabalho, rendiam, diretamente ao executor da ação, os frutos, os bens e benefícios correspondentes.

A indústria capitalista é quem hoje provê a humanidade dos bens e serviços de que ela necessita. Esta mesma indústria é responsável pela existência da própria atividade econômica geradora dos postos de trabalho.

O resultado de tal realidade é que o consumidor não só atua socialmente sob esta condição, mas, ao mesmo tempo, como trabalhador, não se sabendo ao certo se trabalha para consumir ou se consome para trabalhar. Referida condição cíclica e recursiva de trabalho e consumo foi objeto da análise de Hannah Arendt:

Diz-se frequentemente que vivemos em uma sociedade de consumidores, e uma vez que, como vimos, o trabalho e o consumo são apenas dois estágios do mesmo processo, impostos ao homem pela necessidade da vida, isso é somente outro modo de dizer que vivemos em uma sociedade de trabalhadores. (ARENDR, 2013, p.156)

Essa dualidade característica da sociedade industrial tornou-se cada vez mais complexa no decorrer do século XX, estando em desenfreado avanço no século em curso.

A produção massificada e o consumo massificado são a face mais característica dos tempos atuais. A abundância de produtos e serviços decorrente da Revolução Industrial, especialmente depois de sua fase de produção em série, ancorada no avanço da tecnologia industrial do fim do século XX e na explosão das técnicas de comunicação de mercado do século XXI, atingiu o seu atual estágio, muito bem relatado por Gilles Lipovetsky e Jean Serroy,

A época do hiperconsumo é a da dilatação extrema, da excrecência da esfera mercantil. Por isso, se os indivíduos são mais livres em sua vida privada, são também mais dependentes do mercado para a satisfação de seus desejos. Quanto menos este impõe no detalhe as maneiras de consumir de cada um, mais aumenta a influência geral do consumo sobre os hábitos de vida e dos prazeres. (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p.58).

Como visto, uma vez consolidada a partida do ser humano da zona rural para as cidades e implementado o capitalismo altamente produtivo, o homem se tornou completamente dependente daquilo que os centros urbanos têm para oferecer: postos de trabalho e postos de consumo.

É dentro de tal contexto que se desenvolve o contrato de consumo. Não seria demasiado considerar que esta realidade jamais foi levada à sério pelo direito dos contratos privados, mormente no que toca, dentro de tal universo, aos contratos de consumo. Portanto, eis o presente estudo cuja pretensão é a de formular tal enfrentamento.

3.1 Sociedade de consumo

Em cada traço do direito existe ali um gene de realidade – ou pelo menos deveria existir. O direito é confeccionado por diversos processos que decorrem do ideal de cada sociedade por uma determinada situação de convivência que, após ser levada ao extrato público do Estado, ganha, com isso, juridicidade apta a incidir sobre tudo e sobre todos.

Por essa razão, não se concebe o direito apartado da sociedade, do que ela almeja e, principalmente, do que ela é em determinada quadra de sua história. No entendimento de Gustav Radbruch "[...] o direito se entende como a forma da vida social[...]" (RADBRUCH, 2010, p. 151).

Reitere-se que o objetivo do presente trabalho é o de estudar o contrato de consumo. Logo, mencionada tarefa não poderia deixar de analisar a própria sociedade de consumo, especialmente as características de seus membros e como eles atuam no tráfico dos interesses que lhes são característicos. A pertinência desta proposta pode ser ratificada pelo que é observado por Pietro Cogliolo, quando afirma que:

A questão da preexistência do direito à sociedade não é, portanto, possível. Os sistemas filosóficos que súpunham um estado de natureza com direitos inatos inalienáveis e pensavam que as normas jurídicas eram dictamina rectae rationis, não viram a íntima ligação com a própria sociedade. Mas a observação mostra que o direito é uma regra de conducta social e que isso não pode conceber-se fora das comunidades humanas. (COGLIOLO, 1915, p. 100)

Assim sendo, retornando ao ponto central da pesquisa, não se está a dizer que a atual Teoria Geral dos Contratos ou que a Teoria do Negócio Jurídico, regentes que são dos contratos de consumo contemporâneos, são frutos de um pensamento fundado na crença de um estado de natureza com direitos inatos. Pelo contrário: o que se discute é que o racionalismo empregado para as aludidas teorias está fundado em premissas que não têm a capacidade de dialogar com a realidade social dos contratos de consumo.

Desse modo, a análise da sociedade de consumo passa necessariamente pela observação do desenvolvimento do capitalismo, porque a primeira é tão somente uma consequência prática inerente ao segundo. Tal como adverte Anthony Giddens, ao analisar o pensamento marxista,

Embora escrevesse acerca de várias fases da história, Marx concentrou-se na mudança nos tempos modernos. Para ele, as mudanças mais importantes estavam ligadas ao desenvolvimento do capitalismo – um sistema de produção que contrasta de forma radical com sistemas econômicos historicamente anteriores, implicando a produção de bens e serviços para serem vendidos a uma grande massa de consumidores. (GIDDENS, 2008, p. 11-12)

A base do capitalismo repousa na garantia de que haverá sempre um destino para os produtos e serviços que a exploração da força de trabalho, aliada à alta tecnologia produtiva recente, faz gerar. Logo, o capitalismo contemporâneo, aprimorando suas técnicas de desenvolvimento, constituiu uma sociedade distinta daquela verificada nos tempos da industrialização nascente:

A indústria moderna é fundamentalmente diferente da dos sistemas de produção anteriores, na medida em que implica a expansão contínua da produção e uma acumulação crescente da riqueza. Nos sistemas tradicionais, os níveis de produção eram relativamente estáticos, dado limitarem-se à satisfação das necessidades habituais e costumeiras. O capitalismo promove a inovação constante dos meios tecnológicos de produção, um processo em que é tida em conta de modo crescente a ciência. A taxa de inovação tecnológica promovida pela indústria moderna é muito superior à de qualquer outro tipo anterior de ordem econômica. (GIDDENS, 2008, p. 44)

Nesse sentido, Zygmunt Bauman, descreve algumas circunstâncias características do salto evolutivo que caracteriza a sociedade de consumo contemporânea. Para o autor, ela

[...]é um tipo de sociedade que (recordando um termo, que já foi popular, cunhado por Louis Althusser) "interpela" seus membros (ou seja, dirige-se a eles, os saúda, apela a eles, questiona-os, mas também os interrompe e "irrompe sobre" eles) *basicamente na condição de consumidores*. Ao fazê-lo a "sociedade" (ou quaisquer agências humanas dotadas de instrumentos de coerção e meios de persuasão ocultos por trás desse conceito ou imagem) espera ser ouvida, entendida e obedecida. (BAUMAN, 2008, p. 70-71).

Como visto, não há paralelos entre o modo de vida das pessoas (consumidoras) do presente tempo, com aquelas existentes ao tempo em que se consolidou o Estado burguês liberal. Nem mesmo é possível encontrar paralelos entre o estilo de vida das sociedades dos séculos XIX, com o que se tem observado atualmente.

Não se quer afirmar que a sociedade de hoje seja melhor ou pior do que a de antes, mas que efetivamente são diferentes. Vive-se atualmente um modelo de sociedade fundado na produtividade e no consumo. Essa dualidade pode parecer simples, mas não é. Dentro dela existe a ditadura dos padrões comportamentais realizada pela indústria e veiculada pela ampla rede de informação que alcança a tudo e a todos, em qualquer lugar e a qualquer tempo.

Por isso, Bauman tem razão ao afirmar no trecho citado que os consumidores são interpelados ao consumo de forma coercitiva. Não se trata de uma coerção pelo uso da força; ela não é truculenta. Ao contrário, a coerção imposta aos consumidores é altamente sofisticada, de tal forma que chega a ser confundida com um sentimento de prazer, o prazer do consumo ou o prazer pelo consumo. Já alertava Herbert Marcuse, na segunda metade de século XX:

Uma falta de liberdade confortável, suave, razoável, e democrática prevalece na civilização industrial desenvolvida, um testemunho de progresso técnico. De fato, o que poderia ser mais racional do que a supressão da individualidade na mecanização de desempenhos socialmente necessários, mas penosos; a concentração de empreendimentos individuais em organizações mais eficazes e mais produtivas; a regulamentação da livre competição entre sujeitos econômicos desigualmente equipados; a redução de prerrogativas e soberanias nacionais que impedem a organização internacional dos recursos? O fato de também essa ordem tecnológica compreender uma coordenação política e intelectual pode ser acontecimento lamentável, mas promissor. Os direitos e liberdades que foram fatores assaz vitais nas origens e fases iniciais da sociedade industrial renderam-se a uma etapa mais avançada dessa sociedade: estão perdendo o seu sentido lógico e conteúdo tradicionais. Liberdade de pensamento, liberdade de palavra e liberdade de consciência foram — assim como o livre empreendimento, que elas ajudaram a promover e proteger — idéias essencialmente *críticas* destinadas a substituir uma cultura material e intelectual obsoleta por outra mais produtiva e racional. Uma vez institucionalizadas, êsses direitos e liberdades compartilharam do destino da sociedade da qual se haviam tornado parte integral. A realização cancela as premissas. As liberdades que pertencem a um estado de mais baixa produtividade perdem seu conteúdo anterior desde que a libertação da necessidade, substância concreta de toda liberdade, se torna uma possibilidade real. (MARCUSE, 1967, p.23)

O pensamento de Marcuse, embora elaborado de acordo com a realidade dos anos sessenta, não destoia substancialmente daquilo que se tem observado contemporaneamente. Destarte, revisitando Bauman, tem-se que a "sociedade de consumidores", em outras palavras, representa esse tipo de sociedade que promove, encoraja, ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas." (BAUMAN,

2008, p. 71). Atente-se que o termo "escolha" utilizado pelo sociólogo polonês não é sinônimo de liberdade ou de autogoverno.

Na verdade, pertencer à sociedade de consumo é um fato incontornável e não necessariamente uma decisão tomada por parte do consumidor. Inexiste uma sociedade de não consumidores, pois “não importa o que façamos, supostamente o faremos com vistas a "prover nosso próprio sustento"; é esse o veredicto da sociedade, e vem diminuindo rapidamente o número de pessoas capazes de desafiá-lo [...]” (ARENDR, 2013, p.157).

No mesmo sentido, em uma bem-articulada passagem, Bauman descortina sua visão sobre a sociedade de consumo. Assevera o autor que:

O arquétipo dessa corrida⁵ particular em que cada membro de uma sociedade de consumo está correndo (tudo numa sociedade de consumo é uma questão de escolha, exceto a compulsão da escolha – a compulsão que evolui até se tornar um vício e assim não é mais percebida como compulsão) é a atividade de comprar. Estamos na corrida enquanto andamos pelas lojas, e não só as lojas ou supermercados ou lojas de departamentos ou aos "templos de consumo" de George Ritzer⁶ que visitamos. Se "comprar" significa esquadrihar as possibilidades, examinar, tocar, sentir, manusear os bens à mostra, comparando seus custos com o conteúdo da carteira ou com o crédito restante nos cartões de crédito, pondo alguns itens no carrinho e outros de volta às prateleiras – então vamos às compras tanto nas lojas como fora delas; vamos às compras na rua e em casa, no trabalho e no lazer, acordados e em sonhos. O que quer que façamos e qualquer que seja o nome que atribuamos à nossa atividade, é como ir às compras, uma atividade feita nos padrões de ir às compras. O código em que nossa "política de vida" está escrito deriva da pragmática de comprar. (BAUMAN, 2001, p.87)

A sociedade de consumo caracteriza-se, portanto, como um sistema complexo de natureza econômica e que tem sua base fundada no modelo capitalista de exploração do trabalho e do consumo. A exploração do consumo, por seu turno, pode ser observada sob diversos ângulos, que vão desde o fornecimento de produtos e serviços que objetivam atender as necessidades tradicionais do ser humano contemporâneo (habitação, saúde, comida, vestuário, itens de higiene, transporte, comunicação, lazer, dentre outros), como, também, outras necessidades

⁵ A corrida interminável dos consumidores em busca da satisfação de seus desejos. Bauman faz um paralelo entre a maratona de Londres e a corrida dos consumidores por produtos e serviços. Na primeira corrida há uma linha de chegada, enquanto, na segunda, a linha avança sempre antes de os consumidores conseguirem alcançá-la, tornando a corrida interminável.

⁶ Sociólogo norte americano que estuda os padrões de consumo dos americanos.

decorrentes de uma programação de padrões; uma verdadeira cultura artificial de consumo.

Dentro dessa linha, Livia Barbosa, em análise do pensamento de Colin Campbell⁷, escreve:

[...] que o que caracteriza a sociedade de consumo moderna é a insaciabilidade dos consumidores. Assim que um desejo ou "necessidade" é satisfeito, outro já se acha à espera. Esse processo é incessante e ininterrupto. Essa sucessão interminável de "necessidades vitais", que surgem umas dentro das outras, é qualificada. Não é a simples permanência de um sentimento de insatisfação, de um eterno "querer mais", mais a existência de uma insaciabilidade para com novos produtos. (BARBOSA, 2004, p. 50).

Assim, é possível observar que a sociedade de consumo é um tipo de arranjo estrutural que sobrevive de uma relação entre fortes e fracos. Fortes são os fornecedores detentores dos meios de produção e de sua poderosa máquina de informação, que confecciona os padrões, vetorizando o consumo. De outro lado, fracos são os consumidores, submissos aos produtos e serviços que saciam as suas necessidades, sejam elas quais forem, do alimento à roupa ou produto da moda.

Não obstante a relação entre fortes e fracos, a sociedade de consumo desenvolve-se dentro de um contexto liberal capitalista, em que vigora a liberdade (de mercado, de propriedade, de contrato, de iniciativa, etc.), como princípio e como norma. O próprio direito privado é um reflexo desta questão, bastando ver as próprias estruturas jurídicas dos negócios e dos contratos, ainda apoiadas nos dogmas da liberdade e da vontade, ainda que mitigados por tímidos contornos sociabilizadores (função social do contrato).

O resultado de todo esse cenário é bem observado por Néstor Canclini. Para o autor, "se o consumo tornou-se um lugar onde frequentemente é difícil pensar, é pela liberação do seu cenário ao jogo pretensamente livre, ou seja, feroz, entre as forças do mercado." (CANCLINI, 1999, P. 89).

Dentro da liberdade que o Estado "dá" aos participantes da cena econômica é que se desenvolvem as estruturas da sociedade de consumo. Para Jean Baudrillard,

A sociedade de consumo, no seu conjunto, resulta do compromisso entre princípios democráticos igualitários que conseguem aguentar-se com o mito

⁷ Trata-se da obra assim referenciada: CAMPBELL, C. **A ética romântica e o espírito do consumismo moderno**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

da abundância e do bem-estar, e o imperativo fundamental de manutenção de uma ordem de privilégio e de domínio (BAUDRILLARD, 1995, p. 52).

Enfim, soa evidente que o projeto liberalista continua vivo dentro da sociedade de consumo. O que mudou são as feições das estruturas dominantes; antes a burguesia, hoje a indústria de fornecimento de bens e serviços, altamente sofisticada pela tecnologia à disposição da fabricação de novos produtos e serviços e da veiculação da propaganda em diversos cenários (casa, trabalho, lazer) aptos a alcançar o consumidor. No entanto, uma coisa permanece sem alterações: o princípio da liberdade, que caracterizou o liberalismo burguês, foi inútil para efetivamente libertar as pessoas e para conferir-lhes autonomia no ato de contratar.

Melhor seria dizer que o ideal de liberdade foi realmente útil para o propósito de fabricar consumidores, seus desejos e suas constantes inquietações consumeristas, ou seja, "as sociedades modernas tornaram-se sociedades de consumo, viradas para a aquisição de bens materiais." (GIDDENS, 2008, p. 298).

3.2.1 Consumir enquanto ato de necessidade

Não é possível dizer que uma pessoa atua no mercado de consumo por ato de vontade. Consumir, no contexto contemporâneo da sociedade de consumo, é o único caminho para se debelar as necessidades intrínsecas à manutenção da condição de dignidade humana.

Assim sendo, a ação de consumo não está fundada em autonomia, porque a condição consumerista é incontornável para qualquer pessoa.

O que deve ser analisado é a condição consumerista como precursora dos atos de consumo, inclusive os contratos. Quem se encontra dentro do modelo capitalista e, por consequência, dentro da sociedade de consumo contemporânea, contratará sempre, até porque não detém o domínio dos meios produtivos. Em boa hora é o entendimento de Rizzatto Nunes sobre o tema:

Acontece que, em larga medida, é impróprio falar que o consumidor age com "liberdade de escolha". Isso porque, como ele não tem acesso aos meios de produção, não é ele quem determina o quê nem como algo será produzido e levado ao mercado. As chamadas "escolhas" do consumidor, por isso, estão limitadas àquilo que é oferecido. São restritíssimas as chances de ele optar: pode, quando muito, escolher preço mais barato, condições de pagamento melhores etc., mas a restrição é dada pela própria condição material do mercado (NUNES, 2012, p. 68).

Considerar o consumo como ato de necessidade não demanda muito esforço cognitivo. Basta que cada qual observe sua vida cotidiana e num exercício somente possível hipoteticamente, dela abstraia as dezenas, talvez centenas de atos de consumo praticados diariamente.

O resultado desta indagação certamente será o da impossibilidade de se viver de fora da ordem e dos padrões socialmente estabelecidos, de onde se conclui que consumir é um ato de necessidade, como assim também é o contrato que instrumentaliza o ato de consumo.

A grande verdade é que na vida dos consumidores, como ela realmente é “a lista de compras não tem fim. Porém, por mais longa que seja a lista, a opção de não ir às compras não figura nela. E a competência mais necessária em nosso mundo de fins ostensivamente infinitos é a de quem vai às compras hábil e infatigavelmente” (BAUMAN, 2001, p. 88).

Conclusivamente, se ato de consumo – que vem a ser o objeto de regulação do contrato de consumo – , não se funda no exercício de um agir autônomo, livre, decorrente de autogoverno, é possível afirmar que a teoria contratual fundada na autonomia não pode ser aplicada às relações de consumo, especialmente aos seus contratos.

3.2.1.1 Necessidades forjadas

São muitas as necessidades humanas. Ao longo da história a tecnologia disponível em cada tempo supriu desde a necessidade de abrigo, até a de comida; desde a necessidade de ferramentas, até roupas; desde a necessidade de um bom vinho, até a de joias confeccionadas em metais valiosos. Mas com o advento da indústria moldada pelo projeto capitalista, o campo das necessidades foi sensivelmente alterado para um propósito expansionista que lhe é típico, tal como aponta David Harvey,

O capital tem de criar um cenário adequado para suas próprias necessidades – uma segunda natureza construída à sua própria imagem – em um dado momento, só para revolucionar a paisagem em um momento posterior, a fim de acomodar uma maior acumulação numa taxa composta. (HARVEY, 2011, p. 76)

Atuando no campo consumerista o capitalismo se desgarrar da exploração das necessidades mais mezinhas do ser humano, como água, comida, vestuário, moradia, saúde, educação, por exemplo, para criar necessidades e consequentemente demandas delas decorrentes. Ainda em Harvey, vê-se que há, segundo argumenta o autor,

[...] propensão espantosa para a criação de linhas de produtos totalmente novas e a aceleração que ocorreu no desenvolvimento de novos produtos desde aproximadamente a década de 1950 colocou o desenvolvimento do consumismo e de uma crescente demanda efetiva no centro da sustentabilidade do capitalismo contemporâneo de uma forma que Marx, por exemplo, teria achado difícil de reconhecer. (HARVEY, 2011, p. 83)

O capitalismo voltado para o fornecimento de produtos e serviços de fato ampliou seus campos de exploração comercial para além das necessidades clássicas da vida nas cidades. Do campo de tais necessidades partiu-se para o terreno da psicologia, por exemplo, no intento de desvendar os processos mentais inerentes à formação dos gostos, desejos, e, com isso, traçar estratégias publicitárias destinadas ao incentivo de determinado consumo ou, até mesmo, auxiliar na criação de novos produtos ou serviços. De fato, “o estudo do comportamento do consumidor determina quais são as necessidades, como elas são formadas e como são influenciadas pelo marketing.” (GADE, 1998, p.14).

Everardo Guimarães Rocha, por seu turno, a propósito do tema, assim argumenta:

O produto entra nas vidas projetadas pelo anúncio, funcionando como mágica. É improvável que o anúncio coloque algum problema, questão ou impasse que ele mesmo não possa resolver. É uma marca da cultura representada *dentro* da propaganda que os bens de consumo supram as necessidades na forma como elas são projetadas para serem supridas. Isto sem falar na legião de "necessidades abstratas" como amor, carinho, afeto, alegria e tantas mais que, de alguma forma, acabam também resolvidas ali dentro. Essa subprodução satisfaz (até ultrapassa como o Modo de Produção Doméstico) as necessidades definidas pelas sociedades *dentro* da Comunicação de Massas para as próprias vidas ali projetadas. (ROCHA, 1995, p.203).

Logo, a sofisticação da relação de consumo não se evidencia apenas na capacidade dos fornecedores de responderem às demandas típicas dos consumidores. Ela também se revela criando necessidades. Dessa forma,

A cultura de hoje é feita de *ofertas*, não de *normas*. Como observou Pierre Bourdieu, a cultura vive de sedução, não de regulamentação; de relações públicas, não de controle policial; da criação de novas necessidades/desejos/exigências, não de coerção. Esta nossa sociedade é uma sociedade de consumidores. (BAUMAN, 2010, p.33)

Assim, se no campo das necessidades mais clássicas o sentido de liberdade do consumidor é aniquilado, a situação é agravada com o incremento da ação das necessidades fabricadas, forjadas pelo objetivo de explorar o maior número possível de oportunidades de vendas e, conseqüentemente, de lucro.

Se por um lado as necessidades tradicionais alusivas aos bens e serviços que compõem um plano mínimo de dignidade humana representam uma questão incontornável por parte do consumidor, por outro, as necessidades forjadas pelo mercado representam a dominação da pessoa do ponto de vista psicológico e de afirmação social, entrando em cena o consumismo, não raro atrelado a diversas patologias, desde a obesidade até a necessidade de acumulação de objetos. Esta irracionalidade, por assim dizer, foi muito bem observada de acordo com o que afirma Lars Svendsen:

Os produtores não precisam mais esconder que uma outra versão “nova e aperfeiçoada” logo estará a caminho. Na verdade, esta é uma parte importante da atração do item pós-moderno – logo poderemos substituí-lo! Será isto irracional? Claro que é! A sociedade de consumo pressupõe irracionalidade nos indivíduos, o que significa que a racionalidade dessa sociedade só pode funcionar se seus membros forem irracionais. E nós somos. Consumimos num ritmo cada vez maior, apesar de sabermos, no fundo, que isso não nos ajuda a alcançar nosso objetivo. (SVENDSEN, 2010, Cap. 7)

Consumir representa, enfim, muito mais do que apenas debelar necessidades triviais do corpo humano e das demandas da rotina diária de trabalho, descanso e lazer. Nas palavras de Bauman,

Há, em suma, razões mais que suficientes para “ir às compras”. Qualquer explicação da obsessão de comprar que se reduza a uma causa única está arriscada a ser um erro. As interpretações comuns do comprar compulsivo como manifestação da revolução pós-moderna dos valores, a tendência de representar o vício das compras, como manifestação aberta de instintos materiais e hedonistas adormecidos, ou como produto de uma “conspiração comercial” que é uma incitação especial e (cheia de arte) à busca do prazer como propósito máximo de vida, capturam na melhor das hipóteses apenas parte da verdade. Outra parte e necessário complemento de todas essas explicações, é que a compulsão-transformada-em-vício de comprar é uma luta morro acima contra a incerteza aguda e enervante e contra um

sentimento de insegurança incômodo e estupidificante. (BAUMAN, 2001, p.95)

Assim, se observado pelo ângulo de suas ações e dos motivos que as animam, o consumidor não pode ser tido como um agente que se determina livremente nas suas relações com o fornecedor.

Aliás, registre-se que o plano das necessidades dos consumidores, tantos as triviais, quanto aquelas forjadas, sendo satisfeitas pelos produtos e serviços que os fornecedores têm a oferecer, configuram um cenário de dominação do consumidor que deve ser efetivamente reconhecido pelo direito em uma dimensão realista capaz de abalar as estruturas do negócio jurídico e do contrato atualmente experimentadas no campo dos contratos de consumo.

3.2.1.2 Ausência de liberdade de contratar e de liberdade contratual

Após estudo da sociedade de consumo e de como o consumidor nela está inserido é possível confrontar a realidade social observada com a atuação da liberdade no âmbito dos contratos de consumo.

Sabe-se que os contratos de consumo estão inseridos em um contexto do sistema produtivo altamente eficiente, tal como bem observado por Fernando Noronha,

O próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial não só reduziu o número de empresas existentes, como também exigiu delas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, que as transações fossem simplificadas — o que só podia ser feito através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com pré-fixação de cláusulas contratuais gerais. (NORONHA, 2011, p.146).

Recordando-se os alicerces da Teoria Geral dos Contratos, tem-se que a liberdade de contratar está relacionada com a iniciativa ("vontade") da pessoa em decidir contratar ou não contratar, enquanto que a liberdade contratual compreende o poder ou a liberdade que têm os contratantes de construir o contrato nos seus aspectos quantitativos e qualitativos. (BEVILÁQUA, 1929, p.27).

Autonomia e vontade são expressões da liberdade civil que foi e ainda é, de certo modo, características de relações entre pessoas equivalentes e cuja finalidade

não representa uma condição de vida, mas, tão somente, uma circunstância favorável e oportuna de mercado e de negócio.

No entanto, diferentemente, como visto, os contratos de consumo são fruto da atuação da necessidade, verdadeiramente de um *estado de necessidade* por parte do consumidor.

Até mesmo os contratos de adesão, caracterizados pela impossibilidade de construção conjunta do contrato, tem em si um resquício de liberdade contratual, na medida em que é possibilitada ao aderente a concordância ou não com aquilo que foi estabelecido unilateralmente, a título de conteúdo jurídico do contrato.

Porém, nem esta sobra de liberdade dispõe o consumidor, porque ele vai certamente contratar, mais cedo ou mais tarde, com um ou com outro fornecedor. Trata-se, no fim das contas, de um comportamento irracional que segue a um movimento culturalmente já estabelecido pelo modelo capitalista, na contemporaneidade. Nesse sentido, são interessantes os argumentos de Martim Lindstrom:

Como seres humanos, gostamos de nos considerar uma espécie racional. Nós nos alimentamos e nos vestimos. Vamos trabalhar. Lembramos de diminuir o termostato à noite. Fazemos *downloads* de músicas. Vamos à academia de ginástica. Administramos crises — prazos perdidos, uma criança que cai da bicicleta, um amigo que fica doente, a morte de um de nossos pais etc. — de maneira adulta e centrada. Esse, pelo menos, é o nosso objetivo. Se um parceiro ou colega nos acusa de agir irracionalmente, ficamos um pouco ofendidos. Seria como se tivesse nos acusado de insanidade temporária. Mas, gostando ou não, **todos nós nos comportamos de maneiras que não têm nenhuma explicação lógica ou simples**. Isso tem acontecido como nunca em nosso mundo cheio de tecnologia e estresse, no qual notícias de ameaças terroristas, atritos políticos, incêndios, terremotos, enchentes, violência e vários outros desastres nos acometem desde o momento em que sintonizamos o jornal da manhã até a hora em que vamos dormir. Quanto maior é o estresse a que somos submetidos, maior é o medo, a insegurança e a dúvida que sentimos — e maior é a probabilidade de nos comportarmos irracionalmente. (LINDSTROM, 2009, p.25-26, grifo nosso).

Se consumir é um ato de necessidade, o contrato que viabiliza o referido consumo não é iniciado por decisão do consumidor, mas, ao contrário disso, por um impulso que transcende o universo da liberdade e da própria vontade; quiçá da própria racionalidade que sempre animou o pensamento liberal, protagonista das atuais estruturas do negócio jurídico e que ainda estão a influenciar o regramento jurídico dos contratos consumeristas.

Assim, na medida em que a noção de liberdade da qual se alimenta o Direito Privado é aquela que possibilita uma ação de autogoverno do sujeito dentro de um cenário limitado pelas regras do Ordenamento, é fato que seus construtos não podem ser aplicados às relações contratuais de consumo, porque estas ocorrem sem qualquer amparo da autonomia.

Portanto, não podendo o consumidor tomar livremente a decisão de contratar, assim como, não detendo ele o poder de instituição ou de negociação do conteúdo jurídico do contrato, a conclusão a que se chega é a de que inexistem nos contratos de consumo a liberdade de contratar e a liberdade contratual.

A partir disso, haverá sérias implicações no tocante aos feitos obrigacionais do contrato de consumo que vem a ser justamente o local onde se situam e de onde brotam a maior parte dos abusos praticados contra os consumidores.

Dotar o exercício da liberdade de efeito jurídico e considerar que o consumidor de alguma forma a exerça em seus contratos implica deixá-lo à própria sorte numa relação em que mesmo uma liberdade hipotética somente teria o condão de submeter o consumidor à ação do mais forte; o fornecedor.

4 O PARADOXO ENTRE A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E A ATIVIDADE CONTRATUAL DE CONSUMO

Se as premissas fáticas que sustentam tanto o negócio jurídico quanto o contrato são distintas daquelas inerentes à realidade dos contratos de consumo, então é possível afirmar que as repercussões nos contratos de consumo operadas pelas bases teórico-jurídicas (liberdade e vontade, sobretudo) dos contratos em geral, principalmente daquelas bases que receberam força jurídica da lei⁸, é um verdadeiro equívoco.

Estas bases foram construídas a partir de fundamentos e interesses políticos, filosóficos, sociais, econômicos, dentre outros, experimentados no século XIX e, ressalvadas as reformas que lhes inculcaram novos princípios (função social, boa-fé, etc.), ainda não foram capazes de reconhecer o fato social dos contratos de consumo em sua inteireza.

Como bem salientado por Giorgio Del Vecchio,

Não há dúvida de que o "jus scriptum" — compreendendo nestas palavras o direito legiferado e ainda, se se quiser, as coleções de costume e de jurisprudência — é insuficiente para refletir a realidade, que constantemente assume formas novas, e para oferecer uma solução para todas as novas emergências da vida social. [...] Portanto, não só hoje se exige do jurista um maior esforço na interpretação da leis vigentes em ordem a adaptar-lhes o sentido à novas relações sociais, como ainda se exige dele mais estreita colaboração no indispensável trabalho de inovação. (DEL VECCHIO, 1952, p. 264-265).

Nesse intento, resulta o questionamento que se faz acerca da (in)suficiência das atuais Teorias do Negócio Jurídico e dos Contratos e, de resto, da (in)existência de um mecanismo teórico-jurídico apto à regência desta realidade social tão específica, quanto é aquela verificada nas relações de consumo.

Talvez a atual feição da Teoria Geral dos Contratos e do Negócio Jurídico ainda ofereça algo de útil para as relações de cunho patrimonial, especulativa ou econômica, no sentido mais mercadológico do termo.

⁸ Destacam-se os casos da *liberdade de contratar*, presente no art. 421, do Código Civil e da *força vinculante das declarações de vontade*, constantes em escritos particulares, no artigo 48, do Código de Defesa do Consumidor.

Por isso, não se está a negar a beleza das aludidas teorias, se absolutamente consideradas ou, então, relativamente consideradas no contexto do Estado liberal onde se encaixam confortavelmente, máxime, porque de lá é que se originaram. O que se coloca em debate é a incongruência de tais construtos jurídicos quando colocados diante da realidade consumerista.

Uma construção jurídica voltada para a regulação de uma sociedade de feições liberais ou relações deste mesmo jaez deve compartilhar com esta mesma sociedade os matizes liberais que lhes são característicos, dentre os quais se destacam a *igualdade* e a *liberdade*. O conceito de ambos é relativo. Mais uma vez, impera que sejam apartadas as interpretações de acordo com a ótica que se queira estabelecer. Sob o olhar liberal acerca da igualdade, diz Ludwig von Mises:

Os homens não são iguais e a exigência da igualdade por lei não pode, de modo algum, basear-se na alegação de que tratamento igual é devido a iguais. Há duas razões distintas pelas quais todos os homens devem receber tratamento igual perante a lei. Uma delas já mencionamos, quando analisamos as objeções à servidão involuntária. Para que o trabalho humano obtenha a mais alta produtividade possível, o trabalhador deve ser livre, porque só o trabalhador livre, que goza, na forma de salários, os frutos do seu próprio trabalho, se exercitará ao máximo. O segundo ponto, em favor da igualdade de todos os homens perante a lei, trata da manutenção da paz social. Já dissemos que qualquer perturbação do desenvolvimento pacífico da divisão do trabalho deve ser evitado; porém, é quase impossível preservar uma paz duradoura numa sociedade em que são diferentes os direitos e deveres das respectivas classes. Quem negar direitos a uma parte da população deve estar sempre preparado para um ataque coeso, vindo dos destituídos daquele privilégio. Os privilégios de classe devem desaparecer, para que cessem os conflitos por eles causados. (MISES, 2010, p.57-58).

O mesmo autor, desta vez, sobre a liberdade, afirma:

Nós, liberais, não afirmamos que Deus ou a natureza tenham destinado à liberdade todos os homens, porque não nos instruímos pelos desígnios de Deus e da natureza, e evitamos, em princípio, colocar Deus e a natureza nas discussões sobre questões humanas. O que afirmamos é que somente um sistema baseado na liberdade para todos os trabalhadores garante a maior produtividade do trabalho humano, e é, por conseguinte, de interesse de todos os habitantes da terra. (MISES, 2010, p.52).

Ainda sobre a liberdade, convém observar que sua missão dentro do liberalismo não é somente a de viabilizar o trabalho fora do sistema de exploração escravagista. A liberdade objetiva propiciar o acúmulo patrimonial aos indivíduos. Logo, “ao lado da palavra ‘propriedade’ no programa do liberalismo, podem-se

colocar, de modo muito apropriado, as palavras 'liberdade' e 'paz'". (MISES, 2010, p.50).

O contexto liberal descrito e defendido por Mises ainda dá suporte às Teorias do Negócio Jurídico e do Contrato, porque as aspirações do livre comércio e do livre tráfico de interesses econômicos são uma pauta contemporânea. Consequentemente, liberdade e igualdade, que são elementos vitais para os contratos, podem manter seu sentido mais absoluto dentro da racionalidade liberal. Não pode ser negado que há contra isso uma reação do Direito Privado estruturada de forma a não negar os valores tradicionais do liberalismo, mas, ao invés disso, impor-lhes limitações e condicionantes, a exemplo da função social da propriedade e dos contratos, da boa-fé objetiva e da própria possibilidade de intervenção do Estado no domínio privado.

Resta saber se tais condicionantes são suficientes para fazer com que as estruturas jurídicas condicionadas (autonomia, força vinculante dos contratos, etc.) correspondam à realidade dos contratos havidos no âmbito da sociedade de consumo.

Certo é que, se uma construção jurídica pretende ser voltada para a regulação de uma sociedade de consumo, tal como observada neste estudo, deve compartilhar com esta mesma sociedade os matizes que verdadeiramente lhes são característicos.

4.1 A inação da teoria contratual em relação ao fenômeno consumerista

O eixo do problema apresentado no presente trabalho refere-se ao não reconhecimento jurídico do fenômeno consumerista. Observa-se que o direito opera com negligência em relação aos referidos fatos jurídicos, especificamente os contratos de consumo, atribuindo-lhes, em grande medida, o mesmo tratamento que é dado às relações negociais e contratuais em geral.

Aplica-se, por exemplo, a um contrato de compra e venda de ações e aos contratos de consumo, exatamente a mesma regra disposta no artigo 421, do Código Civil, máxime por constituir tal regra um mandamento "geral" sobre contratos, especialmente no que toca ao princípio da liberdade de contratar.

Embora junto com o Princípio da Liberdade de Contratar esteja o Princípio da Função Social do Contrato, esta junção não é suficiente para que o preceito

normativo alcance as peculiaridades da relação contratual de consumo, com destaque para o fato de ela não se desenvolver, no campo dos contratos, a partir do exercício da liberdade.

Segundo o que se propaga de modo geral e com ampla aceitação na doutrina civilista, “É por meio do negócio jurídico que os sujeitos de direito expressam suas vontades e dão a elas existência, conteúdo e eficácia jurídica.” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 213).

Já Orlando Gomes, embora identifique o cenário contemporâneo de relações massificadas, com a ocorrência de preponderância de certos atores da cena contratual sobre outros, entende que a gênese contratual decorre mesmo do

[...] encontro de duas declarações convergentes de vontades, emitidas no propósito de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial de conveniência mútua. *Contrato* é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulam. (GOMES, 2007, p. 11)

Caio Mário Pereira, tratando dos contratos de adesão, dá a entender que as relações contratuais de consumo são negócios jurídicos, o que, por óbvio, conduz ao entendimento de que são pressupostas a partir da atuação da vontade. É o que se vê:

Normalmente o contrato de adesão se celebra em relação jurídica de consumo, estando sujeito, portanto, às regras do Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Esta é a regra, que admite, no entanto, exceções, já que há negócios jurídicos que não configuram relação de consumo celebrados por meio de contratos de adesão, como, v.g., certos contratos administrativos precedidos de licitação, nos quais o contrato é celebrado pela Administração Pública em modelo previamente aprovado, ao qual o contratado apenas adere. (PEREIRA, 2014, item 197)

Roberto Senise Lisboa, embora faça importante registro histórico e social sobre a realidade consumerista, também pressupõe o contrato de consumo na condição de uma variante do negócio jurídico e, a exemplo dos demais doutrinadores, como negócio jurídico:

A sociedade pós-industrial de nossos dias revela-se como a sociedade da informação. A massificação contratual que exsurgiu a partir da revolução industrial e da introdução do contrato de adesão exigiu a adoção de política pública na busca do reequilíbrio dos negócios jurídicos em geral, com a introdução de normas jurídicas de ordem pública e de interesse social que

passaram a limitar a liberdade de contratação e a predisposição do conteúdo das avenças (contrato de adesão). (LISBOA, 2012, Subitem 1.1)

Paulo Lôbo, por sua vez, destaca a importância da análise do contrato de consumo de maneira específica. Porém, de forma incongruente, afirma que "os contratos de consumo são os mesmos do direito comum". Nesse sentido, conclui dizendo equivaler

[...] ao contrato de consumo qualquer manifestação negocial do fornecedor, dirigida aos consumidores em potencial, pouco importando o suporte material que utilize: módulo, formulários, prospectos, anúncios, documentos de publicidade, recibos, pré-contratos. Os contratos negociados, nas relações de consumo, tendem a perder importância e a reduzida utilidade, porque as relações de consumo se dão ordinariamente de maneira impessoal, na sociedade de massas e de economia oligopolizada. O espaço de negociação nesses contratos é estreito, diante da desigualdade evidente de poderes negociais entre fornecedor e consumidor, principalmente porque este não detém o domínio das informações especializadas daquele. De qualquer sorte, a razão da lei é da uniformização do regime jurídico de proteção a qualquer contrato de consumo, seja negociado ou de adesão a condições gerais. (LÔBO, 2011, p. 33)

Percebe-se no trecho citado uma característica comum nos autores civilistas quando tratam do tema dos contratos de consumo: um evidente sincretismo que tenta conciliar os postulados liberais com a realidade consumerista. O resultado disso pode ser observado na citação retro, na qual resta evidente a dificuldade do autor em colocar lado a lado elementos distintos e inconciliáveis, tais como: negócio jurídico e contrato de consumo; o que resulta em uma oscilação que vai da admissão de uma realidade inóspita para a realização do negócio jurídico e o reconhecimento de sua atuação em tal campo, ainda que reduzida.

Por parte do Código de Defesa do Consumidor, no qual seria de se esperar a devida distinção, já que se trata de um "microssistema" legal de defesa, o tema sequer foi objeto de regulação, sendo certo ter havido uma encampação da atuação dos postulados do negócio jurídico nos contratos de consumo, quando estampa a previsão relacionada à proteção contratual, de que "as **declarações de vontade** constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos", conforme preconiza o seu artigo 48. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Por parte da doutrina consumerista deve ser destacada a obra de Claudia Lima Marques, que traz um enfoque exclusivo nos contratos de consumo e cujo subtítulo alude a um “novo regime das relações contratuais”. Na referida obra, que é referência na academia nacional e internacional, inegável é o zelo com que o tema é tratado pela autora⁹.

No entanto, a exemplo de Caio Mário Pereira, Marques, ao tratar dos contratos de adesão, afirma categoricamente que:

Enquanto não houver a manifestação de vontade do consumidor, o simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão não passa, na feliz expressão alemã, de um pedaço de papel (*Stück Papier*), mas se constitui em oferta geral e potencial. O consentimento do consumidor, a sua adesão, é que provoca o nascimento do contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes. [...] Os contratos de adesão são contratos escritos e, portanto, o consentimento do consumidor seguirá esta forma. (MARQUES, 2011, p. 80)

É por demais incompreensível que a autora, após articuladas em sua obra competentes linhas sobre a realidade do ambiente em que são celebrados os contratos de consumo, manifeste sua compreensão no sentido de que a atuação da vontade seja a sua legitimadora; na verdade, sua criadora.

Mais incompreensível ainda é o fato de tal afirmação estar localizada no corpo de um capítulo intitulado de "A nova teoria contratual". (MARQUES, 2011, p. 55).

Na verdade, o que a autora e, de resto, a doutrina consumerista têm por *novo(a)* teoria, nada mais é do que a Teoria dos Contratos de base liberal temperada com ideais sociais, muitos deles decorrentes de força constitucional, que

⁹ Doutora summa cum laude pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito (L.L.M.) pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Especialista em Direito Europeu pela Universidade do Sarre, Alemanha. Professora Titular na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora na Organização dos Estados Americanos, em 2000, 2007 e 2008 e na Academia de Direito Internacional de Haia em 2009, tendo sido Diretora de Estudos nesta Academia em 2003. Foi pesquisadora contratada no Instituto Max Planck, de Freiburg im Breisgau, e no Instituto Suíço de Direito Comparado de Lausanne. Diretora da Association Internationale de Droit de la Consommation e da Deutsche-Brasilianische Juristenvereinigung. Presidente do Comitê on Consumer Protection da International Law Association (Londres) e da Asadip – Associação Americana de Direito Internacional Privado. Advogada, é Membro da Associação Brasileira de Direito Internacional, do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS), da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB-RS e OAB-PE e da Fondation Jean Monnet. Professora convidada na Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) e Université de Savoie (França), Universidad de Buenos Aires e Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Conferencista, participou de vários congressos e seminários, tendo trabalhos publicados no Brasil, Alemanha, Suíça, Países Baixos, Espanha, Portugal, Itália, Estados Unidos, Japão, Canadá, Uruguai, Peru e Argentina. Foi Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon, de 1998 e 2000. Diretora da Revista de Direito do Consumidor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon. (Disponível em <http://clmbm.adv.br/claudia_lima_marques.php>. Acesso em 12 set 2016).

se notabilizaram após a Constituição de 1988. Por novo, então, têm-se as já conhecidas intervenções dos princípios sociabilizadores dos contratos, que trazem consigo os pressupostos de justiça contratual material e da proteção contratual promovida pelo Estado, através de seus diversos mecanismos, dos legais, aos administrativos e jurisdicionais.

A própria autora, nas conclusões do aludido capítulo discorre da seguinte maneira:

Note-se que o contrato, negócio jurídico por excelência, continua a ser um ato de autorregulamentação dos interesses das partes, e, portanto, um ato de autonomia privada, mas este ato só pode ser realizado nas condições agora permitidas por lei. O Código de Defesa do Consumidor é reflexo de uma nova concepção mais social do contrato, em que a vontade das partes não é a única fonte das obrigações contratuais, em que a posição dominante passa a ser da lei, que dota ou não de eficácia jurídica aquele contrato de consumo. (MARQUES, 2011, p. 734).

Refutam-se, no entanto, os argumentos conclusivos, pois os contratos, como atos jurídicos (negociais) que são, para a civilística tradicional, sempre dependeram que a atuação da vontade que lhes são inerentes estivesse conforme as regras do Ordenamento Jurídico. Pontes de Miranda já anunciava que,

[...] é inexato dizer-se que os efeitos jurídicos emanam da manifestação da vontade; os efeitos somente podem emanar do fato jurídico, portanto, de todo o suporte fático *depois* de entrar no mundo jurídico. O efeito é do ato jurídico e não da manifestação da vontade. (MIRANDA, 1983a, p. 416)

Não se trata de uma novidade dizer que o contrato de consumo deve agora estar alinhado com as condições agora permitidas por lei. Ademais, a concepção social do contrato de consumo em nada pode ser considerada como uma novidade dentro da teoria contratual. Talvez possa ser verdade que o Código Civil de 2002 tenha se encarregado de promover o ideal sociabilizador, tal como antes já tinha feito a Constituição de 1988, ao traçar o projeto de construção de uma sociedade justa, no artigo 3º.

Destaca-se, todavia, que Clóvis Beviláqua, de longa data, já anunciava que o objetivo da lei era de ser um instrumento para alcance dos “[...] fins humanos, para fomentar a cultura, **conter os elementos anti-sociais** e desenvolver as energias da nação.” (BEVILAQUA, 1929, p. 54, grifo nosso). De modo que não se observa nas conclusões de Marques nada que indique uma *nova* Teoria dos Contratos. Talvez

pode ser dito que os elementos sociabilizadores do contrato tenham hoje maior relevância do que antes, que a atuação da vontade seja menos determinante nos contratos e que a neutralidade liberal seja menor. Mas daí a se concluir que, diante de tais fatores tenha surgido uma nova teoria não faz o menor sentido.

Francesco Messineo, na década de 1940, explanava sobre a fisionomia dos contratos no direito (de sua época). Para o autor, alguns elementos passaram a se impor no regime contratual:

La defensa del contratante débil contra el contratante fuerte (especialmente en materia de contratos de adhesión y de contratos tipo); el respeto a la buena fe del otro contratante con la conjunta tutela de la confianza; la exclusión — como matéria del contrato — de los intereses no merecedores de tutela; la inserción automática de ciertas cláusulas; la integración del contrato mediante la voluntad de la ley; el respecto a los derechos de los terceros en la simulación; la necesidad de que el error pueda ser conocido por la contraparte para que tenga relevancia; la rescindibilidad del contrato concluído en estado de peligro o por efecto de lesión; la exigencia de que el incumplimiento tenga considerable importancia para que se admita la resolución del contrato; la posibilidad de suspender la ejecución del contrato por cambio en las condiciones patrimoniales de la contraparte; la posibilidad de resolver el contrato cuando las cargas sean excesivas, etc., son otras tantas manifestaciones de un nuevo "espíritu" contractual, que non se puede vacilar en reducir al *principio de socialidad*. (MESSINEO, 1952, p.20-21).

Não há como negar que o que a doutrina brasileira oferece a título de novidade para os contratos em geral não passa de conceitos já incorporados no direito do velho mundo europeu há muitos anos. Reconhecer o atraso das instituições jurídicas brasileiras seria uma atitude mais sensata.

Porém, quando se fala em contratos de consumo, ou seja, de contratos que visam reger relações inerentes à sociedade contemporânea, altamente complexa, dinâmica e marcada, em toda a sua extensão, pela rotina de dominação exercida pelo fornecedor em desfavor do consumidor, tudo o que já se evoluiu em matéria de contratos privados em geral parece antigo; realmente muito antigo.

É bastante evidente que a Teoria dos Contratos, disseminada na legislação vigente, na jurisprudência majoritária e na doutrina, não se importou seriamente, até agora, com o fenômeno consumerista. Tem-se ainda uma formulação teórica dos contratos, aplicada aos contratos decorrentes das relações de consumo, que, tal como alertou Radbuch,

[...] são tidas simplesmente como relações entre duas pessoas privadas, as quais devem ser separadas no sentido de uma justiça compensatória. Ele [o direito privado] não enxerga o terceiro e maior interessado de toda e qualquer relação econômica: o público em geral. (RADBRUCH, 2010, p.93)

Radbuch tem toda razão, mesmo nesta quadra da história do Direito Privado brasileiro.

Ademais, um outro ponto importante parece estar sendo completamente esquecido pela Teoria Contratual Geral. É que os contratos de consumo representam a imensa maioria dos contratos que são celebrados no âmbito de todo o Direito Privado. Segundo Lorenzetti, “[...] el consumidor, como sujeito, ingresa al centro del sistema de Derecho Privado [...]”.(LORENZETTI, 2002, p.331).

Logo, não parece adequado a exceção reger a regra, razão pela qual os contratos de consumo não podem ser regidos por postulados pertencentes ao generalismo do Direito Privado, cujas fundações foram estabelecidas com base na liberdade, na igualdade e, por consequência, na autonomia, o que tem justificado, não obstante diversos relativismos e mitigações, ainda se conceber contrato de consumo como negócio jurídico e, por decorrência, contrato de consumo como fruto da manifestação volitiva do consumidor.

Disso se conclui que a Teoria dos Contratos não reagiu adequadamente ao fenômeno social dos contratos de consumo.

4.1.1 Os problemas do descompasso entre a realidade e o Direito posto

Retornando a análise da sociedade de consumo, observou-se que o consumidor não contrata por sua vontade, mas por necessidade.

Trata-se de uma constatação perturbadora se for considerado o fato de os contratos figurarem no Direito brasileiro como negócios jurídicos e, por decorrência lógica, como entidades que são fruto do exercício da vontade e que se conformam mediante tal exercício/manifestação/declaração, desta mesma vontade.

Mais perturbadora, ainda, é a constatação de que o Direito em vigor no plano legal e jurisprudencial, trabalham com o paradigma de uma sociedade com a qual não guarda qualquer relação de pertinência.

De acordo com Carlos Maximiliano, “as mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito

para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social.” (MAXIMILIANO, 2011, p.191)

Destarte, estando em dois mundos diferentes o Direito oficialmente considerado pelo Estado brasileiro e o fato social que ele está a reger, tem-se, no mínimo, um enfrentamento incongruente dos conflitos contratuais de consumo que pode levar desde a prática de injustiças no terreno jurisdicional, como a desordem no mercado de consumo, abrindo campo para a atuação abusiva dos mais fortes.

No Direito posto, embora se tenha um reconhecimento de que o consumidor é a parte mais débil da relação contratual e que, portanto, precisa de proteção, do outro consagra a vontade como fato decisivo, juridicamente falando, para o contrato de consumo, de onde partem obrigações a cargo do consumidor.

Ao se observar o tratamento dado pelo Direito ao tema dos contratos, principalmente no que toca aos seus pressupostos de criação, formação, surgimento, sintetizados no artigo 421, do Código Civil, constata-se a expressa atuação da liberdade, uma herança do liberalismo que sempre animou o Direito Civil brasileiro.

Frise-se que, mesmo não se tratando de uma liberdade completamente sujeita à atuação da vontade, por conta do contrapeso exercido pelo Princípio da Função Social, pelo Princípio da Boa-fé ou mesmo pelo Princípio da Probidade, há ainda uma dose de liberdade em atuação no Direito contratual. Essa dose de liberdade remanescente, quando angariada pelos contratos de consumo, não possibilita a devida regulação da relação jurídica de forma a se fazer justiça.

Não se está a falar de uma justiça formalmente considerada, mas a justiça em seu sentido substantivamente considerado: justiça que equilibra fortes e fracos, justiça que promove, justiça que restaura, enfim, justiça.

Quando sujeitos desiguais desfrutam da liberdade, o resultado será certamente o de dominação do mais forte, acaso venham a se encontrar, tal como ocorre nos contratos de consumo. Então a liberdade, que é, em si, um valor apreciável por qualquer nação, perde relevância na medida em que, tal como uma boa ferramenta cortante, não pode ser manuseada por quem não tenha plena destreza.

Tal como defende Georges Ripert:

O liberalismo econômico se afirmava pela livre conclusão dos contratos. O contrato permite a troca de produtos e serviços e o direito clássico o tem por justo porque é debatido e consentido. Mas isso supõe, diz-se, igualdade de forças e liberdade de discussão. Se um dos contratantes pode impor sua vontade, se o outro é obrigado pela necessidade a aderir sem discutir, o contrato não é senão a lei do mais forte. (RIPERT, 1947, p. 47).

No entanto, Ripert vai adiante e esclarece a consequência mais gravosa decorrente do descompasso entre a realidade e o Direito posto, consequência esta inteiramente defendida no presente trabalho. Diz ele que: “Se os empresários capitalistas impõem suas condições à sua clientela e a seu pessoal, falseiam a noção de contrato tal como o Código Civil nô-la deu.” (RIPERT, 1947, p. 47).

É justamente esta imposição que tem ocorrido no dia a dia das relações contratuais de consumo. Pouco têm sido eficientes os clamores da função social e da boa-fé, tão festejados pela civilística atual. Estando aberto (livre) o campo da atuação contratual entre desiguais, não é preciso maior esforço para se concluir que nele serão edificadas relações de dominação, especialmente por conta da liberdade contratual que conduz ao contrato sob medida a bem dos fornecedores e que conduz, finalmente, à produção de obrigações para o consumidor.

Muitos poderiam dizer que há no CDC um sistema de proteção contratual que atuaria no caso de excessos ou abusos praticados contra o consumidor. Porém, esta alegação é pífia, porque parte do pressuposto de que os abusos são exceções. Diz-se aqui: os abusos são a regra num modelo feito para que elas ocorram sistemática e incessantemente.

Por outro lado, o controle de tais abusos, no mais das vezes, sequer chega a ser intentado pelo consumidor, considerando-se a sua indisponibilidade para fazê-lo, por diversos motivos, os quais vão desde o trabalho, que lhe consome quase que a totalidade do *dia útil*, passando pelos custos financeiros da judicialização da questão e pelo descrédito na pronta e eficiente atuação da justiça ou, ainda, no próprio desconhecimento dos direitos que têm a reivindicar.

Dessa forma, assim como muitas classes e segmentos da sociedade (mulheres, negros, gays, transgêneros, indígenas, etc.) têm travado uma *luta por reconhecimento* por parte do Estado, por parte do Direito, oficialmente considerado, tendo recebido dele respostas positivas no mais das vezes, o consumidor, que é uma condição geral ostentada por toda humanidade, deve também ser reconhecido como tal.

Somente a partir do reconhecimento jurídico do consumidor em seus exatos contornos, é que se poderá debelar a incongruência atualmente existente entre a realidade e o Direito posto.

O Direito posto deve preocupar-se com sua coerência em relação ao ambiente em que atua ou que pretende atuar, sob pena de haver um “[...]distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração da abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com as funções de suas próprias classificações[...].” (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 83).

Tal como alerta o autor, é realmente o que tem acontecido atualmente. Estruturado o contrato como negócio jurídico e postas legalmente as suas bases rígidas, o contrato de consumo não encontra em tais formatações uma identidade conceitual. Trata-se o contrato de consumo, na sua grande parte, como um contrato privado; como um negócio jurídico. O conceito jurídico, portanto, não serve à espécie fática.

Dito isso, são oportunas as considerações de Henri Poincaré, de que “devemos sempre esperar que medidas mais precisas nos obriguem a acrescentar novos termos a nossas fórmulas [...]” (POINCARÉ, 1995, Cap. XI).

4.1.1.1 O contrato de consumo como atividade não negocial

A questão fundamental do mau tratamento jurídico dado aos contratos de consumo está em se estender a eles o entendimento de que os contratos ocorridos no campo do Direito Privado são negócios jurídicos. Embora o Direito Privado reconheça que os contratos de consumo representam uma categoria própria dentro do universo contratual, não a afastou de ser regida pelos ditames do negócio jurídico.

Esta condição determina diversas incongruências no enfrentamento da questão contratual de consumo, especialmente naquilo que toca ao elemento volitivo característico dos negócios jurídicos. Admitir que o contrato de consumo é um negócio jurídico, é também admitir que o contrato de consumo tem o exercício da vontade como seu pressuposto.

Disso decorre que, segundo a clássica visão contratual, o ato volitivo, devidamente amparado pelo Direito, gera obrigações. É justamente neste ponto que

os abusos ocorrem, porque, de fato, o consumidor não contrata por vontade, mas por necessidade.

Tome-se como exemplo o consumidor de serviços bancários: sua rotina consiste, basicamente, em se dirigir até um guichê de atendimento, *dizer que precisa*¹⁰ abrir uma conta corrente, fornecer dados pessoais, documentos. Ao realizar tais atos, como em um “passe de mágica”, surge um contrato, que depende somente de uma assinatura para se concretizar.

Em primeiro lugar, não se trata de um contrato de adesão. Assim o seria se o consumidor pudesse escolher entre aderir ou não aderir. Até no ato de adesão tem-se espaço para o exercício da vontade. No contrato de consumo não há. Ele adere porque precisa do serviço bancário. Frise-se, *precisa* do serviço bancário e não do banco com quem contrata especificamente, do que se pode concluir que, independentemente do banco procurado pelo consumidor, a relação contratual será estabelecida nos mesmos moldes de dominação como em qualquer outro. Não há, pois, alternativa posta à escolha do consumidor. Destarte,

[...] o contrato não pode mais configurar-se como o reino da vontade individual, a expressão directa da personalidade de seu autor, exposto, por isso, a sofrer, de forma imediata, os reflexos de tudo quanto pertence à esfera daquela personalidade e daquela vontade; para servir o sistema de produção e da distribuição de massa, o contrato deve, antes, tornar-se, tanto quanto possível, autónomo da esfera psicológica e subjectiva em geral de seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objectivas do mercado: o contrato deve transforma-se em *instrumento objectivo e impessoal*, para adequar-se à objectividade e impessoalidade do moderno sistemas de relações económicas. (ROPPO, 2009, p. 309)

A título de exemplo, se este contrato e tudo mais que dele decorrer (cobranças, imposição de juros e outros encargos, etc.) vier a ser objeto de demanda judicial promovida pelo banco, será certo que o conteúdo contratual é quem regerá as pretensões. Por parte do consumidor caberá a difícil tarefa de convencimento do julgador de que há cláusulas nulas ou abusivas no contrato. Certo é que, até que a jurisdição se manifeste por eventualmente anular alguma cláusula, ela será considerada existente, válida e eficaz, juridicamente falando. Com base nelas, inclusive, o banco, antes mesmo do crivo jurisdicional, pode adotar uma série de medidas em desfavor do consumidor, como o desconto “autorizado” de valores,

¹⁰ Dizer que *precisa* não é o mesmo que dizer que *quer ou deseja*.

imposição de juros e demais encargos diretamente na conta corrente do consumidor, sem embargo de medidas mais severas, como a inscrição do nome do consumidor em cadastros de inadimplentes ou no serviço público de protesto.

O exemplo apresentado, guardadas a peculiaridades de cada contrato e de seus objetivos, pode ser estendido a perder de vista nas demais relações contratuais de consumo.

A questão é que o contrato celebrado, não obstante o vigor dos princípios da função social e boa-fé, passa a justificar diversas ações em desfavor do consumidor.

Tem-se que o contrato celebrado sob aparente exercício da vontade presume-se judicioso, operando efeitos jurídicos. Alterar este *status* constitui uma tarefa difícil por parte do consumidor, o qual se submeterá ao contrato abusivo, até que uma sentença lhe possa libertar do julgo contratual.

Acrescente-se que nem todo consumidor – na verdade a minoria – busca sua tutela jurisdicionalmente. Os poucos que a buscam sucumbem ao tempo ou a sentenças ruins. Poucos são os que conseguem realmente algum sucesso. E os poucos não são capazes de intimidar os fornecedores, nem mesmo desestimularem os abusos.

Cappelletti e Garth, nesse ponto, afirmam:

Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que são passíveis de objeção. Ademais as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

O negócio jurídico tem servido para prejudicar o consumidor, porque lhe impõe consequências relacionadas a uma situação de autonomia que é inexistente. Por isso, é necessário romper com o paradigma do negócio jurídico no campo das relações contratuais de consumo, de forma que, afastado o dogma da vontade, seja possível reposicionar o contrato de consumo dentro de um novo ambiente jurídico, apto ao desiderato da justiça contratual.

Isso implicaria afirmar acerca de uma modelo em que fosse possível a existência de um contrato que não fosse negócio jurídico. Em suma, um contrato sem negócio jurídico subjacente. Não há dúvida de que são possíveis relações

jurídicas não negociais. Contudo, o desafio que se impõe é o de saber se há como sustentar um contrato fora do negócio jurídico ou fora das bases em que este se sustenta, especialmente a vontade.

Em obra sobre o tema, Juliana Pedreira da Silva¹¹, problematiza a questão aduzindo que:

A ordem jurídica, posta por meio da vontade dos homens, visou então, em um primeiro momento, à proteção dessa vontade ou interesse dos sujeitos. Foi sobre essa concepção individualista e voluntarista que se baseou todo o direito civil. No Brasil, essa concepção também impregnou o direito civil, de maneira a exaltar o rigor formal dos institutos, em especial, para afirmar e assegurar o regime capitalista de produção. Nessa atmosfera é que o contrato foi definido como negócio jurídico, isto é, como o encontro de vontades com vistas à produção de efeitos jurídicos. Esse conceito de contrato está amparado, ainda, em todos os manuais de direito, apensar de não mais atender suficientemente ao tráfego jurídico social atual. [...] o presente trabalho visa a propor a releitura do conceito de contrato e a análise do instituto desprendido da base negocial, definindo-o tão somente como atividade. (SILVA, 2011, p. 2-5)

Embora o estudo da citada autora não tenha como foco único as relações e os contratos de consumo, claro é que sua ideia central está a alcançar os contratos de consumo, na medida em que a crítica à incidência do construto do negócio jurídico aos contratos de consumo é justamente a prevalência da vontade.

Não significa que o negócio jurídico seja uma abominação da criação alemã. Pelo contrário. Como já dito alhures, o negócio jurídico é uma criação importante para reger as relações que efetivamente consigam demonstrar alinhamento fático à sua hipótese, o que não se pode dizer dos contratos de consumo.

Antônio Junqueira de Azevedo afirma que,

In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide. (AZEVEDO, 2002, p.16)

¹¹ Segundo os Professores Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, os quais elaboraram respectivamente o prefácio e pós-fácio do livro da autora, trata-se de uma obra que aborda a possibilidade dos contratos sem negócio jurídico. A autora não foi dada a possível de completar em vida a sua obra, que foi publicada postumamente por iniciativa de Tepedino. A obra é um alento ante à mesmice repetidamente operada pelos manuais jurídicos acerca da vinculação entre o negócio jurídico os contratos.

Ora, se a realidade do negócio jurídico pressupõe, como disse o autor, a presença da vontade, então está muito claro que o contrato de consumo não está apto a ser enquadrado como negócio, porque se realiza num cenário onde ao invés de vontade há necessidade. E que não se diga que a doutrina mais festejada não reconhece o problema. Como se vê, Roberto Senise Lisboa, atento ao universo das contratações massificadas e sem interação intersubjetiva dos contratantes, afirma que:

[...] a padronização de inúmeras espécies de negócios jurídicos e a submissão do hipossuficiente à vontade dos detentores do poder econômico, nos contratos de adesão realizados. Sobredita padronização ocasionou não apenas benefícios, como também malefícios ao economicamente mais débil, desprovido de informações e conhecimento para se opor ao instrumento. Nem sequer se viabiliza a discussão do conteúdo da relação, quase que invariavelmente repleta de cláusulas predispostas (LISBOA, 2012, p. 29-30).

Não obstante, inexistente uma reação doutrinária ao problema, estando as soluções mais ousadas ainda alicerçadas numa regulação tímida da atividade contratual, fundada nos comandos de uma principiologia não mais suficiente para fazer justiça a uma relação entre pessoas tão diferentes, do ponto de vista da equivalência de forças, como são os consumidores e os fornecedores, máxime em suas relações contratuais.

Não se está a falar mais sobre pobres e ricos, sujeitos desiguais à luz do Direito Privado clássico. Segundo Ada Pellegrini Grinover,

[...] existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. (GRINOVER, 2008, p. 13).

Nesse sentido, a desigualdade que afeta consumidores e fornecedores é de outra ordem, muito mais sofisticada e complexa, mas, também, muito mais violenta, apesar de seus disfarces.

Pode parecer *um simples contrato de compra e venda* o ato de um consumidor que entra e sai de um supermercado com produtos ali adquiridos. Porém, por traz de aparente simplicidade e da aparente liberdade que se vê no ato

de entrar e sair com produtos, está o fato concreto de que este contrato é pressuposto de uma vida digna, o que o torna indispensável para o consumidor. Mas pode ser que este contrato seja utilizado para propósitos menos nobres, geralmente alinhados aos abusos econômicos contra o consumidor. Em qualquer caso, o consumidor não pode deixar de contratar. Daí a sua vulnerabilidade, a sua fragilidade, donde se conclui, também, pela situação de dominância do fornecedor que exerce o domínio produtivo e de fornecimento de bens e serviços. Recordando Ripert, “se um dos contratantes pode impor sua vontade, se o outro é obrigado pela necessidade a aderir sem discutir, o contrato não é senão a lei do mais forte” (RIPERT, 1947, p. 47).

É preciso, portanto, um olhar mais observador dos contratos de consumo, por parte da doutrina e pelos tribunais. Isso proporcionará a identificação das peculiaridades de tal relação distinguindo-as dos contratos clássicos dos quais se encarrega de reger o Direito Privado tradicional, até então inspirado no vigente modelo do negócio jurídico.

Nesse sentido, Karl Larenz convida a uma reflexão pertinente. O autor relata um caso apreciado pelo Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*, BGH) relativo ao litígio entre um usuário de estacionamento tarifado de automóveis e a empresa responsável pela operação do referido estacionamento. O serviço incluía a vigilância dos automóveis lá deixados. No entanto um usuário que ali sempre deixava seu carro, expressamente recusava o serviço ao vigilante da empresa. Esta, em juízo, exigiu o pagamento do usuário. Assim, diz Larenz, sobre o entendimento daquela Corte jurisdicional:

A pretensão da empresa contra o réu ao pagamento da taxa de estacionamento segundo a tarifa foi considerada justificada pelo BGH pelo fato de que uma relação de uso de direito privado, conforme as condições de tarifação, aperfeiçoou-se já pela colocação de fato do veículo no estacionamento (durante o período “de taxa de estacionamento obrigatória”). A “disposição interna negativa” do usuário não é relevante nem quando ele, como ocorreu neste caso, a manifestou desde o início perante os funcionários da empresa. Com isso, o BGH seguiu expressamente a doutrina, primeiramente apresentada por Günter Haupt e mais tarde desenvolvida por mim para os casos desse tipo sob a alcunha “relações obrigacionais resultantes de comportamento social típico”. (LARENZ, 2006, p.57)

Embora sejam os alemães os construtores da Teoria do Negócio Jurídico, são eles, também, como visto no entendimento do *Bundesgerichtshof*, crentes que nem

todas as relações de direito privado, de cunho contratual, possam representar um negócio jurídico. Nem por isso, deixam de acreditar que as relações do tipo não negociais podem gerar obrigações, tal como geraria um negócio jurídico.

A questão central do caso em análise está justamente no fato de determinadas relações derivadas da dinâmica da vida contemporânea (relações de massa, relações instatâneas, relações dinâmicas, enfim, relações típicas, como são as de consumo) não permitirem a criação de um negócio jurídico, de acordo com todos os rigores que este reclama, a começar pela necessária demonstração da vontade, bem como a capacidade do agente.

As relações de consumo e os contratos de consumo, delas decorrentes, constituem um modelo de atuação em que as partes não realizam negócios, mas realizam contratos. Nisso há um problema na medida em que o contrato é considerado uma expressão fiel do negócio jurídico, inclusive em relação ao compartilhamento dos requisitos estruturantes de cada um, com enfoque para a atuação da vontade.

E a questão é: seria possível o contrato sem negócio jurídico subjacente? Ou melhor, seria possível o contrato de consumo sem negócio jurídico subjacente?

No primeiro caso não é possível imaginar um contrato sem negócio jurídico, de acordo com o que determina o atual Direito brasileiro para as relações privadas. Talvez nem seria necessário cogitar esta hipótese, na medida em que, nas relações privadas em geral, é possível uma correlação entre a hipótese normativa do negócio jurídico e as relações factualmente consideradas por ela regida.

Basta pensar nos contratos de constituição de sociedades empresariais, nas locações comerciais, nas compras e vendas de ações no âmbito do mercado econômico, das compras de produtos agrícolas e de mercadorias por partes dos comerciantes, de matéria-prima por parte da indústria, enfim, de tantas outras possibilidades contratuais ainda possíveis de ocorrer sob a tábua da liberdade, da autonomia.

No entanto, no campo consumerista faz-se necessária a distinção dos contratos de consumo dos demais contratos privados, para que o Direito possa reconhecer e melhor reger a situação fática que os emoldura.

Se é verdade que fato jurídico é todo acontecimento que interessa ao Direito, não há quem possa negar que o contrato de consumo, vital para a vida

contemporânea, não possa ser devidamente reconhecido pelo Direito. Mas este reconhecimento jurídico impõe que o Direito Privado encontre o melhor lugar possível para agasalhar o contrato de consumo, que, tal como defendido aqui, não pode ser o do negócio jurídico e nem mesmo os dos atos jurídicos a cuja manifestação da vontade está vinculada.

É preciso reconhecer que a estrutura proposta pelo Direito Privado, com poucas variações de uma para outra, apta a organizar os fatos jurídicos, impõe limitações ao reconhecimento do contrato de consumo, como ele realmente é e ocorre na sociedade.

Reproduzindo o pensamento de Pontes de Miranda tem-se a seguinte organização que é assente na doutrina:

Fatos jurídico em geral						
Fatos jurídicos "stricto sensu"	Fatos jurídicos ilícitos	Ato-fato ilícito	Atos ilícitos "stricto sensu"	Atos-fatos jurídicos	Atos jurídicos "stricto sensu"	Negócios jurídicos
Concepção, nascimento com vida [...] Ausência Parentesco Morte [...] Perecimento do objeto do direito [...]	Responsabilidade em caso de força maior e caso fortuito	Mau uso da propriedade e Tomada de posse com violação da posse de outrem [...] Responsabilidade por ofensa à boa fé, no trato dos negócios [...]	Atos do art. 159 e, a <i>contrário sensu</i> , do art. 160 [todos do Código Civil de 1916]	[...] Ocupação Especificação Feitura de livro, de quadro, de estátua [...] Imposição de nome ou de pseudônimo [...] Pagamento	Constituição de domicílio [...] Perdão Quitação	Denúncia Outorga de poder Autorização Assentimento a ato de outrem Transmissão da posse, não <i>ex lege</i> , nem por tradição[...] Derrelição[...] Constituto possessório [...] Promessas unilaterais Contratos

(MIRANDA, 1983a, p. 186, grifo nosso)

Observe-se que os contratos representam na alocação feita por Pontes de Miranda um único signo que abrange *todos os contratos*. Seguindo esta linha, o próprio Direito do Consumidor situa os contratos de consumo como negócios jurídicos, ou seja, como atos decorrentes da vontade.

Sabe-se que os fatos jurídicos ocorridos por atuação humana são especificados como atos jurídicos, dos quais os negócios e os contratos se destacam pela atuação humana deliberada para o alcance de um fim, a que o Direito

confere recepção jurídica. Assim, o contrato de consumo é inserido dentro da categoria geral dos contratos, de acordo com o pensamento da própria doutrina consumerista.

Nesse sentido, em comentário acerca do artigo 47¹², do Código de Defesa do Consumidor, os autores do respectivo projeto dizem que “o termo [cláusulas contratuais] está tomado aqui como significando todo e qualquer pacto ou estipulação negocial entre fornecedor e consumidor, seja pela forma ou verbal, pela técnica do contrato de adesão ou de ‘contrato de comum acordo’”. (JUNIOR, 2011, p. 558).

Resta claro que a predileção doutrinária consumerista pela influência do negócio jurídico no ramo contratual não é suficiente para explicar a relação contratual de consumo em sua dimensão mais fidedigna.

No entanto, dentre as exceções, não exatamente oriunda da doutrina consumerista, tem-se o pensamento lúcido e contemporâneo de Cesar Fiúza:

Na verdade, atualmente, o conceito de negócio jurídico se esvaziou, tornando-se absolutamente inútil. Se foi importante no passado, as razões se fincam no liberalismo do século XIX, que necessitava de uma categoria que pudesse ser a expressão máxima da autonomia da vontade e da liberdade do indivíduo. Este papel exerceu com proficiência o negócio jurídico. (FIUZA, 2013, p.227).

Não obstante o que apontado pelo autor, observe-se que as relações de consumo, especialmente os contratos de consumo, constituem um universo gigantesco no âmbito quantitativo, bem maior do que o plexo de relações contratuais regidas pelo Direito Civil, que tem no Código Civil sua principal referência jurídica. Ainda assim, o modelo do negócio jurídico, característico do Direito Civil, é quem rege os contratos de consumo, fato incongruente.

Todavia, negar que os contratos de consumo sejam negócios jurídicos, embora constitua uma tarefa importante a propósito da crítica contratual, não é o bastante. É preciso ir adiante para trilhar alternativas que possam romper com o estruturalismo do negócio jurídico. Quem sabe, um ponto de partida viável esteja na análise do contrato de consumo como algo semelhante ao que Larenz classifica como *comportamento social típico*, na esteira do pensamento de Haupt. Para Larenz:

¹² As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

O termo “contrato” engloba tanto a causa de surgimento, a conclusão do contrato, quanto a relação jurídica por meio deste estabelecida, a relação contratual; querendo-se afastar esse duplo sentido, faz-se bem em evitar aqui também a expressão “relação contratual”. Mas, caso se fale aqui também de “relações contratuais”, então será necessário, futuramente, diferenciar entre relações contratuais fundadas em um contrato (ou seja, em um negócio jurídico) e aquelas que se baseiam em um correspondente comportamento social típico dos envolvidos. Poder-se-ia talvez, então, construir como conceito mais abrangente e comum aquele do “contrato em sentido amplo”, que significaria tanto quanto “comportamento correspondente como fonte de uma relação de direito privado”. Dentro desse conceito mais amplo, deveriam, então, ser diferenciados os verdadeiros contratos, os negócios jurídicos bilaterais, e o comportamento social típico como fonte de uma relação contratual. O futuro dirá qual uso linguístico será acolhido. (LARENZ, 2006, p.62)

Entretanto, o futuro é construído agora. A realidade atual reclama por novos paradigmas e o Direito Privado deve responder com competência a esta urgência constante, porque não há solo tão fértil para mudanças quanto as relações privadas.

Como anota Judith Martins Costa,

No universo *craquelé* da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada [...] (MARTINS-COSTA, 2011, p.393)

Nesse contexto, urge que mudanças ocorram no enfrentamento jurídico dos contratos de consumo, rumando-se, como sua especialidade reclama, à construção de uma teoria apropriada às suas vicissitudes.

4.1.1.1.1 Por uma teoria própria dos contratos de consumo

As razões pelas quais são exigidas mudanças no trato dos contratos de consumo têm íntima relação com a negação omissiva de tais fatos jurídicos por parte do Direito Privado brasileiro.

De acordo com Ronaldo Porto Macedo Jr.,

A despeitos de a teoria contratual sempre ter guardado íntima relação com a dinâmica do processo de produção e circulação de riquezas, o debate sobre as conseqüências e a funcionalidade econômica das categorias jurídicas no Brasil de hoje é surpreendentemente pobre e anacrônico. Apesar de haver certo consenso sobre o caráter histórico e de certo modo ultrapassado de nossa legislação contratual [...], a reflexão contratual

continua prisioneira de seus modelos tradicionais. (MACEDO JR, 1998, p.361)

Desta forma, o experimento de atribuir aos contratos de consumo um tratamento correlato com suas particularidades e com sua atualidade, deve assenta-se na criação de estruturas próprias de regência jurídica, notadamente porque as *adaptações* até agora realizadas nas estruturas tradicionais da Teoria Geral dos Contratos, destinadas a atender os contratos de consumo, não cumpriram e não cumprem o desiderato de justiça que se espera para tais contratos.

Uma teoria própria para os contratos de consumo pode significar o necessário reconhecimento de que as relações de consumo e de que os contratos de consumo são ocorrências peculiares dentro da sociedade e que, portanto, devem receber do Direito uma atenção especial.

Dentre os diversos traços marcantes da relação contratual de consumo, destaca-se a fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor, determinada pela dependência do primeiro em relação ao segundo, mormente no tocante à necessidade de acesso aos produtos e serviços destinados ao estabelecimento de uma vida digna. Esta condição de dependência fragiliza o consumidor e fortifica o fornecedor, dando azo a toda espécie de abusos que tornam o contrato de consumo um ambiente fértil para a injustiça em todos os seus matizes.

Para o Direito Privado, que é talhado a partir da base ideológica de que todos são iguais perante a lei, exacerbar a proteção contratual a um dos sujeitos constitui uma exceção. Mas, como dito, os contratos de consumo não constituem exceção, senão regra vivida diariamente aos milhões. Entretanto, o Direito Privado contemporâneo não reagiu na medida exata da questão posta, porque ainda está com suas bases no passado liberal do século XIX, por mais que os civilistas contemporâneos testemunhem e bradem os tempos pós-modernos, nada é substancialmente mudado e nada de efetivamente novo é proposto.

É nesta mesma linha que Lorenzetti avalia que:

La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional. Para examinar sus rasgos concretos en el campo infraconstitucional es necesario definir los diferentes aspectos del orden público y los tipos de vulnerabilidad que se trata de neutralizar. La vulnerabilidad del consumidor es una cuestión previa a la relación jurídica bilateral causada por la relación de consumo. Por esta razón no ha interesado al Derecho Privado tradicional, que se ha mantenido neutral

frente a los repartos que hace el mercado y que ha mirado con mucha censura estas herramientas intervencionistas. (LORENZETTI, 2009, p. 37-38)

O reconhecimento do consumidor, o seu verdadeiro reconhecimento enquanto sujeito que está, por assim dizer, entregue à própria sorte, dentro do atual estágio de proteção jurídica que lhe é dado, é um passo necessário para que se imponha justiça nas relações contratuais de consumo.

Charles Taylor, ao tratar de multiculturalismo, identidade, dentre outros temas correlatos à ideia de reconhecimento, assim argumenta:

O não reconhecimento ou o reconhecimento incorrecto podem afectar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe. [...] Perante estas considerações, o reconhecimento incorrecto não implica só uma falta do respeito devido. Pode também marcar as suas vítimas de forma cruel, subjugando-as através de um sentimento incapacitante de ódio contra elas mesmas. Por isso, o respeito devido não é um acto de gentileza para com os outros. É uma necessidade humana vital. (TAYLOR, 1994, p. 45-46)

Trazendo a análise de Taylor para o cenário jurídico, o não reconhecimento do consumidor ou o seu reconhecimento distorcido faz com que o Direito reaja de forma insuficiente e até mesmo equivocada. É o que se observa no Direito Privado em relação ao consumidor, no momento que atribui a este um *poder negocial* quanto aos contratos de consumo.

Portanto, uma teoria própria para os contratos de consumo seria bastante oportuna, na medida em que possibilitaria posicionar o consumidor no centro de sua construção jurídica, de modo a melhor ser observado em todos os seus detalhes. A partir desta experiência sensorial possibilitar-se-ia ao Direito a construção de ferramentas jurídicas que efetivamente pudessem dialogar com a realidade então descortinada.

Uma teoria contratual que venha a ter o consumidor em seu centro será bem mais apta a corresponder em termos de mecanismos jurídicos à realidade experimentada na prática dos contratos de consumo, do que a atual Teoria Geral dos Contratos. Esta, como se pode observar, é geral. É desse generalismo que parte a omissão protetiva ao consumidor ao invés daquilo que seria desejado e necessário, ou seja, uma ação protetiva adequada às características do meio social e da relação em que esta ocorre.

O que o generalismo faz é nivelar as partes, negando a determinados sujeitos uma condição que lhe é peculiar e que o conduz à necessária, mas, sobretudo, adequada tutela jurídica. Axel Honneth afirma, portanto, nesse sentido, que,

[...] tanto Hegel como Mead estão convencidos de que há um prosseguimento da "luta por reconhecimento" no interior da esfera jurídica; portanto, os confrontos práticos, que se seguem por conta da experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material como do alcance social do *status* de uma pessoa de direito. (HONNETH, 2003, p.194)

Observando a questão do *reconhecimento* do consumidor no Direito brasileiro, importa observar que o *status* do consumidor como um sujeito de direito destacadamente reconhecido, foi algo bem resolvido pela Constituição Federal, no momento em que determinou sua proteção no plano da lei infraconstitucional, tal como se nota pela leitura do artigo 5º, inciso XXXII.

No entanto, a resposta do plano infraconstitucional à Constituição não foi adequada, como também não foi e não têm sido as respostas, doutrinária e jurisprudencial.

A proteção ao consumidor, ditada pela Constituição, tem um valor simbólico altamente positivo do ponto de vista da instrumentalização do reconhecimento. Elevar a proteção do consumidor a um Direito Fundamental não é qualquer coisa de desimportante.

A previsão constitucional, alçada à condição de Direito Fundamental tem efeito jurídico imediato, ou melhor dizendo, tem suficiência jurídica por si só. É norma de aplicação imediata, como prevê o §1º, do artigo 5º, da Constituição.

Todavia, na prática, sabe-se que outros *centros jurídicos* atuam fortemente na condução dos mandamentos constitucionais e no caso do Direito Privado, o Direito Civil e o Direito do Consumidor são os *centros* que determinam a regência jurídica dos contratos de consumo. Embora seja proclamado aos quatro cantos dentro de tais ambientes uma leitura do Direito à luz da Constituição, o que se pode notar é que a assimilação constitucional não é um processo automático, mas, antes disso, cultural e político com atuação das classes interessadas.

Porém, a Constituição é, dentre outras coisas, uma força transformadora do mundo jurídico e que visa transformar a própria sociedade através de sua regência. Não é a Constituição apenas uma força simbólica e nem suas diretrizes vão ao

passo lento das mudanças culturais. A Constituição é norma e deve incidir como tal na modificação das estruturas que pretendeu influenciar. Konrad Hesse, a propósito diz:

A Constituição jurídica logra, conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “ a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, com uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p.24)

Observe-se que após a Constituição Federal de 1988, muito pouco foi mudado no âmbito do Direito Privado, especialmente naquilo que se refere aos ditames jurídicos dos contratos. Nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor, nascido por ordem constitucional, se encarregou de promover uma construção jurídica própria e, portanto, adequada à realidade peculiar do consumidor e do ambiente que enseja os contratos de consumo.

Dessa forma, não houve a efetivação do conteúdo ideativo da Constituição, especialmente o de proteção do consumidor. Enquanto sujeito dominado que é por sua dependência em relação ao contrato e ao objeto do contrato de consumo (necessidades), o consumidor ainda é tido como gerenciador de uma fictícia autonomia que, de resto, somente se presta a *justificar*, no plano jurídico, a constituição de obrigações, não raro, abusivas em seu desfavor.

Portanto, uma teoria contratual que tenha o consumidor como seu centro será bem mais apta a corresponder em termos de mecanismos jurídicos, ao que experimentado na prática dos contratos de consumo, do que uma Teoria Geral ainda fundada no dogma da autonomia.

Uma teoria própria destinada a reger os contratos de consumo será uma teoria comprometida com a proteção do consumidor. Não será uma teoria generalista que, não obstante ostentar o ideal de justiça contratual, o faz de maneira horizontal. Afinal, como diz Aristóteles “Está bem claro, pois, que existe mais de uma espécie de justiça [...]”. (ARISTÓTELES, 1984, p.123).

A justiça que se pretende para as relações contratuais entre consumidores e fornecedores, não é e não pode ser a mesma justiça almejada e apropriada para

aquelas relações fundadas na liberdade e na vocação puramente econômica dos seus respectivos contratos.

Em matéria de contratos de consumo há uma missão de justiça que antecede a tutela jurídica do objeto contratual propriamente dito. Trata-se da justiça que iguala as partes como ponto de partida para qualquer discussão de fundo acerca do objeto da relação jurídica. Em uma teoria própria dos contratos de consumo, o reconhecimento do sujeito consumidor e de suas condições pessoais e sociais, todas desiguais, em relação ao fornecedor, oportunizaria uma *justiça distributiva*, e não apenas uma *justiça comutativa* que é típica dos iguais.

Tudo começa, enfim, pelo reconhecimento do consumidor, em seus mais detalhados contornos. Nesse sentido, uma teoria própria para os contratos de consumo consubstancia-se em um adequado ponto de partida.

5 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA UMA TEORIA PRÓPRIA DOS CONTRATOS DE CONSUMO

Ao longo do tempo, a burguesia, desde a sua ascensão ao poder do Estado, vem ditando a lei em todos os temas que lhes são interessantes. Trata-se de um movimento perene até os dias atuais, agora já dentro da roupagem capitalista que *balança* as estruturas do poder público. Como observa Sabino Cassese:

Nos últimos 25 anos foram registradas três modificações importante nas relações entre Estado e economia. Antes o Estado era soberano no que se referia a economia, agora perdeu essa posição justamente a favor da economia; antes ele era principalmente pedagogo, agora é sobretudo regulador; e o governo da economia que antes era unitário, passou a ser fragmentado. (CASSESE, 2010, p. 45).

Não custa lembrar, por exemplo, que no âmbito do processo legislativo destinado à votação do Código de Defesa do Consumidor, muitos dispositivos voltados à proteção do consumidor e outros vocacionados à sanção dos fornecedores foram alvo de contenção, como bem relatam os autores do anteprojeto do referido Código:

O Projeto do Congresso Nacional sofreu nada menos que 42 vetos. Alguns foram o resultado de lobbies que não haviam conseguido sensibilizar a Comissão Mista e que, vencidos nas audiências públicas, voltaram à carga na instância governamental. Outros parecem trair a pouca familiaridade dos assessores com as técnicas de proteção ao consumidor. Outros, ainda, recaíram em pontos verdadeiramente polêmicos, sendo até certo ponto justificáveis (GRINOVER et al., 2011, p. 2).

Como se vê, as estruturas do Direito Privado, inclusive a parte que rege os contratos e os contratos de consumo, não estão totalmente voltadas para o ideal protetivo do consumidor. Construir uma teoria própria para os contratos de consumo representa a possibilidade de uma guinada.

A teoria propriamente dita surgirá gradualmente, a partir do estabelecimento da discursividade, que é essencial do Direito. No entanto, os seus pressupostos fundantes, são desde logo ofertados como reação aos problemas que afligem o universo jurídico dos contratos de consumo, especialmente o papel da vontade na sua conformação jurídica e a sua própria missão e conceitos, dentro da Teoria Contratual vigente.

5.1 Promoção dos Direitos Humanos

Contratos de consumo não são instrumentos meramente econômicos. Sem eles, dentro do modelo capitalista consolidado contemporaneamente, não há como se falar em dignidade. Portanto, o primeiro grande fundamento teórico que se pretende atribuir aos contratos de consumo é a sua correlação com os Direitos Humanos. Com isso, pretende-se deslocar o foco dos contratos de consumo do plano patrimonial para o da pessoa humana.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme previsão do seu artigo XXII:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade (ONU, 1948).

Ainda segundo a Declaração Universal, desta vez em seu artigo XXV, 1:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948).

Ademais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já em seu preâmbulo, anuncia:

[...] em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos (ONU, 1966).

Anos depois, veio à lume a Convenção Americana de Direitos Humanos - OEA (Pacto de *San José da Costa Rica*), de 1969, que, a exemplo da própria Declaração Universal, trouxe em seu preâmbulo a repetição dos preceitos do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos:

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos (OEA, 1969)

Vê-se, a propósito dos tratados internacionais citados e da própria experiência humana, que a interface entre os contratos de consumo e os Direitos Humanos reside no fato de os contratos viabilizarem a vida em seus mais diversos sentidos, desde aqueles inerentes à satisfação das necessidades básicas de sobrevivência, alcançando as necessidades literalmente criadas pelo contexto social da vida urbana.

O aspecto patrimonial não pode preponderar sobre qualquer aspecto humano no trato jurídico dos contratos. Segundo Kant, “[...] um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim.” (KANT, 2003, 306).

Então resta claro que o contrato de consumo somente se justifica na medida em que possibilita algo de bom e de proveitoso para o ser humano. Se o contrato de consumo lhe é ruinoso, não cumpre sua missão de ser e não pode ser tutelado juridicamente, inclusive do ponto de vista da geração de efeitos obrigacionais.

Tomando-se o contrato de consumo como um instrumento viabilizador de Direitos Humanos é possível analisar melhor o presente fundamento. Se as pessoas tivessem meios próprios (autonomia) para fazer face às suas necessidades, não precisariam recorrer aos contratos de consumo. Não há este grau de autonomia à disposição do consumidor, que é, antes de qualquer coisa, um trabalhador. Dentro de tal condição recursiva de trabalho e de consumo a pessoa humana é duplamente servil ao capital, seja pela via do contrato de trabalho ou pela via do contrato de consumo.

A força do capitalismo, hoje em muito concentrada na atividade de fornecimento de bens e de serviços aos consumidores é uma força de dominação inquestionável. Se no passado entidades como a nobreza ou o clero e, contemporaneamente, os Estados totalitários, inspiraram uma reação de proteção ao ser humano, hoje é o capital quem desponta como uma extraordinária força em prejuízo do ser humano, razão pela qual está, também, a inspirar uma correspondente reação do Direito.

Nos dizeres de Fábio Konder Comparato,

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desse direito não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto de grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. (COMPARATO, 2013, p. 66).

Comparato tem razão, visto que a medida para se distinguir pobres e ricos é fundamentalmente uma medida econômica que tem no acesso ao consumo a sua dosagem. Ter acesso aos bens de consumo é ter o poder de compor substancialmente o pacote que confere ao ser humano a sua dignidade.

Dessa forma, o contrato de consumo não deve mais atuar como um operador de fins econômicos, mas de fins humanos. Embora um contrato de consumo tenha sempre subjacente a atuação econômica fundada na transferência de riquezas, das mais diversas, tais como são os bens de consumo, certo é que esta atuação não deve ser mais do que meio. Segundo compreende Enzo Roppo, o contrato pode ser considerado por duas vertentes: uma subjetiva, que está relacionada ao interesse humano e outra objetiva, relacionada aos efeitos práticos do contrato, decorrentes das obrigações/prestações dele decorrentes. (ROPPO, 2009, p. 14).

Em suma, o aspecto econômico do contrato deve ceder importância ao aspecto humano, no âmbito dos contratos de consumo, porque não deve ser da economia outra missão senão a de viabilizar os direitos humanos sociais e econômicos.

5.1.1 O contrato de consumo como fator promocional do mínimo existencial

A proposta teórica que se faz pretende estender a visão que se tem do contrato para um ângulo maior do que aquele ditado pela visão clássica, de forma que seja possível alcançar elementos sociais sem os quais sequer adiantaria traçar qualquer paradigma de regulação jurídica. Tais elementos estão relacionados com a capacidade que cada pessoa ostenta de ter acesso ao contrato e, com isso, ter acesso à propriedade dos bens de consumo necessários a uma vida digna.

Não se pode olvidar que, no âmbito do modelo capitalista, o acesso ao contrato é uma atividade que exige de todo aquele que pretende acessá-lo a

possibilidade de fazer face a uma onerosidade econômica. Espera-se que num cenário de normalidade econômica, as pessoas estejam inseridas em atividades que lhes permitam a obtenção de renda que, por sua vez, permite o acesso ao contrato e aos bens de consumo.

Entretanto, no Brasil, um país com tanta desigualdade social e com tantos problemas de educação e de qualificação laboral, uma situação econômica ideal de pleno emprego e de geração de renda não constitui uma realidade, especialmente nos dias atuais em que a taxa de desemprego supera a casa de 11%, atingindo um contingente de mais de onze milhões de desempregados. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA apud VALOR ECONÔMICO, 2016)

Ora, o Direito do Consumidor é antes de qualquer coisa um sistema que regula atividades destinadas a servir ao consumo. Seria possível, dessa forma, imaginar o Direito do Consumidor despreocupado com a questão do acesso do consumidor ao contrato e aos bens de consumo? Tem-se que a resposta é desenganadamente negativa.

O fato social que está a justificar a existência de um sistema jurídico deve receber deste sistema atenção completa. Não basta ao Direito do Consumidor pensar formulações jurídicas destinadas à construção e aperfeiçoamento de institutos jurídicos. É preciso compreender que antes mesmo da existência do contrato existe um contexto que importa compreender.

Isso porque, o acesso por parte dos consumidores aos bens de consumo constitui o ponto de partida de todas as questões relacionadas aos contratos de consumo. Não cabe contemporaneamente uma visão neutra do direito quanto ao tema, tal como nos moldes liberais. O direito não é apenas um elemento reativo ao fato social. Recordando Larenz, “a ciência jurídica também toma parte neste processo, de desenvolvimento ideativo da ordem jurídica e de mediação da lei pela consciência do presente. (LARENZ, 1997, p. 159).

Destarte, o Direito do Consumidor tem status de direito híbrido que caminha entre o que é público e entre o que é privado, porque sua incumbência é justamente a de promover uma tutela que se desenvolve no sentido vertical do Estado para os particulares, mas, também, que atua distributivamente entre os particulares.

Basta ver que o próprio artigo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, deixou bem claro que a natureza de suas previsões é de “ordem pública”. (BRASIL,

1990). Disso decorre que o Estado é chamado não apenas para regular as chamadas *relações de consumo*, como, também não se pode negar que é chamado ao caso do consumo em si mesmo considerado.

Muito do que se fala acerca dos Direitos Fundamentais tem como premissa uma ação pública inerente a uma ou mais questões de acesso aos bens de consumo. A ideia do mínimo existencial, por exemplo, não é outra coisa senão do que um conceito relacionado a um determinado *status* de consumo. A propósito:

Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.7-8)

Logo, o contrato de consumo deve ser fincado em um contexto promocional de Direitos Humanos, especificamente através do esforço público e privado em prol do acesso da pessoa humana a tudo aquilo que, no contexto capitalista, possa lhe assegurar uma existência digna. Nesse sentido, é preciso que o contrato seja capaz de viabilizar esse contexto promocional de dignidade.

Se os meios econômicos destinados a suprir a onerosidade que é atinente aos contratos de consumo virão da ação pública ou privada, não importa. O que importa saber é que o consumo diz respeito a uma condição humana incontornável. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, além de afirmar que a natureza de seu texto legal é de ordem pública, também afirmou ser de "interesse social", de modo que o princípio da distributividade torna-se universal, ou seja, alcança as relações entre o Estado e consumidor e entre fornecedores e consumidores. (BRASIL, 1990).

O contrato de consumo viabiliza a transferência da propriedade dos bens de consumo dos fornecedores para os consumidores. A questão subjacente ao papel do contrato nesse contexto é justamente a de transferência de propriedade.

Nesse sentido, não custa lembrar que o direito de propriedade tem forte relação com o individualismo disseminado nos Estados de temperamento liberalista. É do liberalismo que parte a ideia de propriedade fundada na relação de domínio e de senhorio entre o proprietário e a coisa.

Decisivamente, considerar a possibilidade de alguém exercer o senhorio de uma coisa ou de várias coisas, representou, no liberalismo, uma ode à liberdade e ao fortalecimento da identidade humana como centro ou núcleo de direitos que poderiam ser exercidos em face dos demais indivíduos, da sociedade e do próprio Estado.

No Brasil, essa lógica individualista encontrou no Código Civil de 1916 um terreno fértil, notadamente em um país eminentemente rural, onde o *status* social e o poder dos indivíduos era medido, em grande parte, pela propriedade de bens. Logo, a fórmula jurídica dominante foi a do direito de propriedade oponível contra tudo e contra todos.

Embora a Constituição Federal de 1988 e o próprio Código Civil de 2002 tenham imposto novos contornos ao direito de propriedade, especialmente a incidência do Princípio da Função Social, a questão não foi tratada no âmbito do Direito do Consumidor. Mas deveria e deve ser tratada.

A proposta humanizadora do presente trabalho leva em conta um conflito que se evidencia na aceitação do modelo capitalista e, de outro lado, no entendimento de que o acesso aos bens de consumo se corporifica em um direito da pessoa humana.

Todavia, a lógica do direito privado está assentada no componente econômico. Logo, a condição primária para o acesso leva em conta uma contraprestação financeira, que, como já dito, pode não ocorrer por questões pessoais, permanentes, como a pobreza extrema ou transitórias, como situações de desemprego ou mesmo aquelas ditadas por guerras, catástrofes naturais ou crises econômicas.

Qual seria então o modelo jurídico propenso a resolver o dilema do direito fundamental de acesso à propriedade dos bens de consumo, sob a perspectiva de manutenção do modelo capitalista vigente?

Observe-se que é da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos a premissa, estabelecida logo em seu primeiro artigo de que: "Todas as pessoas

nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.". (ONU, 1948).

O acesso do ser humano aos bens de consumo constitui muito mais do que uma proposta retórica, mas, além disso, uma meta de concretude. Para tanto é preciso observar que nem todos os indivíduos são dotados das mesmas aptidões ou do mesmo grau de eficiência dentro do jogo capitalista. Então, pressupor um mesmo nível de consumo entre todos os seres humanos não seria algo factível. Entretanto, há medidas mitigadoras das diferenças. Segundo Robert Alexy,

Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre pessoas, a igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas, e frequentemente, acentuadas (ALEXY, 2012, p. 417).

Logo, àqueles que não se encontram em condições de sucesso de nada adianta o preceito jurídico da liberdade e da autonomia. É preciso compensações que devem ser suportadas por todos os indivíduos de forma a se alcançar uma homeostase, um ideal no qual não somente se oferte oportunidades iguais, mas também meios de equacionar os abismos que surgem naturalmente a partir das diferentes aptidões humanas, pois

[...] é inaceitável o posicionamento de quem precifica a dignidade da pessoa humana, sustentando-se tratar-se de um direito-custo. Forçoso é concluir, então, que o direito humano corresponde naturalmente à dignidade da pessoa humana, e, por desdobramento, à dignidade planetária — síntese dos direitos subjetivos inatos de liberdade, igualdade e fraternidade do homem todo e de todos os home, imanentes ao planeta — vigente, eficaz e independente de positivação, uma vez que o "direito inato é aquele que pertence a todos por natureza" (SAYEG; BALERA, 2011, p. 116-117).

Embora não se possa colocar no mesmo plano o que é humano e o que é econômico, não é também correto desconsiderar o segundo em privilégio do primeiro. Seria o mesmo que fechar os olhos e a razão para o mundo real. A proposta humanizadora deve mitigar o vigente modelo capitalista, sem, contudo, excluí-lo da hipótese. Destarte,

Estamos convencidos, outrossim, de que a melhor resposta ao capitalismo liberal se dá por meio da concretização do capitalismo com direitos

humanos, jamais pela negação do capitalismo ou, menos ainda, ceifando as liberdades negativas — parte da essência humana e asseguradas pelo direito subjetivo natural de propriedade que compreende, afinal, os direitos humanos exteriores de primeira dimensão. [...] o Direito Econômico Humano Tridimensional estabelece o equilíbrio reflexivo entre o regime capitalista e a fraternidade, em favor de todos e de tudo, em especial dos economicamente excluídos e do planeta (SAYEG; BALERA, 2011, p. 214).

Logo é possível inferir que a se considerarem as situações de desigualdade fática que se consubstanciam em alijamento do consumidor ao acesso de bens de consumo fundamentais à sua existência digna, a solução estará em se afastar a importância do aspecto econômico da propriedade em homenagem à prevalência do ideal humanista. Atuarão nesse desiderato o Estado e os fornecedores.

Dentro da dogmática jurídico-constitucional, o Estado figura como devedor de concretização do ideal de humanização do direito de propriedade; no presente caso, dos bens de consumo. Destarte, garantir o direito de propriedade dos bens de consumo àqueles que se encontram descarrilados do trilho capitalista é uma tarefa que passa pelo pressuposto econômico, cujo ônus deve ser suportado pelo Estado.

O Estado, portanto, se situa na linha dianteira do projeto humanizador da propriedade dos bens de consumo, propiciando acesso e, por consequência, propiciando igualdade material entre os indivíduos, ao mesmo tempo em que faz com que a propriedade cumpra seu desiderato de servir.

Pietro Perlingieri, abordando o papel da propriedade anota que:

Em um ordenamento que se caracteriza pela socialidade e que legitima a superação individualista do indiferente jurídico (cfr. *retro*, cap. 5º §62), o próprio regime jurídico — ainda que representado por princípios e não por normas regulamentares — deve concernir às utilidades individuais e sociais. Isso permite considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também aqueles que são protegidos prescindindo da própria relevância econômica. A relevância pode-se configurar também no regime de circulação do bem, das modalidades de acesso, ou seja, no regime de vicissitudes que lhe interessam. (PERLINGIERI, 2007, p. 236).

Portanto, o Estado, como centro agregador das forças individuais e sociais, deve atuar não apenas provendo diretamente o acesso dos consumidores aos bens de consumo necessários a uma vida digna, o que se faria por meio de compra direta de tais bens dos fornecedores, com posterior distribuição aos consumidores; como, também, mediante a transferência de valores financeiros diretamente aos consumidores para este mesmo fim.

Dessa forma, o Estado atua concretizando o direito humano de acesso aos bens de consumo essenciais à dignidade dos consumidores desalinhados do sucesso do jogo capitalista, ao mesmo tempo em que permite a manutenção da atividade industrial por meio da qual os consumidores que se acham em situação de êxito e integração a este mesmo jogo, podem se valer.

Logo, deve integrar-se à teoria dos contratos de consumo a atuação das forças públicas e privadas na consecução do acesso ao consumidor aos bens de consumo que possam lhe assegurar condições mínimas de uma existência digna, a qual:

[...] abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. (SARLET, 2001, p. 298)

Em outras palavras, uma teoria contratual dos contratos de consumo deve não apenas preocupar-se com a regulação do contrato, enquanto instituto jurídico, mas também com a promoção das condições para que o contrato de consumo possa vir a existir de forma a proporcionar o acesso à propriedade dos bens de consumo necessários à realização do direito humano de viver dignamente.

5.2 Promoção da norma constitucional

A regência dos contratos sempre foi assunto decidido pelo Direito Privado, especialmente pelo Direito Civil, enquanto espécie que é do primeiro. No entanto, alerta Pietro Perlingieri, ao se referir ao que ocorrera na Itália, que:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. (PERLINGIERI, 2002, p. 6).

No caso brasileiro, o Direito Privado deve ceder espaço à regulação dos contratos de consumo, visto ser intensa a relação do tema do consumerista com a Constituição Federal. Assim, a teoria dos contratos de consumo deve seguir o mesmo alinhamento.

Registre-se que a própria história dos direitos dos consumidores no Brasil passou a ganhar enfoque específico com e a partir da Constituição Federal de 1988, momento em que a Ordem Econômica foi regulada, tendo o *Princípio da Defesa do Consumidor* sido alocado como contrabalanço do *Princípio da Livre Iniciativa*, tal como previsto no artigo 170, inciso V, do texto constitucional.

Deve ser considerado que a aproximação de uma teoria contratual de consumo com a Constituição não é somente apropriada como, também, inevitável, pois o Direito do Consumidor tem base constitucional. Como anota a doutrina:

A opção por uma "codificação" das normas de consumo, no caso brasileiro, foi feita pela Assembleia Nacional Constituinte. A elaboração do Código, portanto, ao contrário da experiência francesa, decorrente de uma simples decisão ministerial, encontra sua fonte inspiradora diretamente no corpo da Constituição Federal. (GRINOVER et al., 2011, p. 6).

É difícil reconhecer uma matriz constitucional tão evidente em outros segmentos do Direito como aquela que caracteriza o Direito do Consumidor. Apenas recorrendo às menções expressas no texto constitucional, tem-se o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

V - produção e consumo;

[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

[...]

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de

localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

[...]

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

[...]

V - defesa do consumidor;

[...]

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 3º Compete à lei federal:

[...]

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

[...]

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

[...]

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

[...]

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. (BRASIL, 1988)

Não obstante as reiteradas menções ao tema do consumo, chama a atenção o fato de a Constituição ter determinado a confecção de um Código de Defesa do Consumidor, fixando prazo para tanto. Não há menção semelhante no texto constitucional a qualquer outro ramo do Direito, razão por que não resta dúvida acerca da natureza constitucional do Direito do Consumidor e de tudo aquilo que com ele guarda relação, inclusive a proposta de uma teoria contratual destinada a servi-lo.

De acordo com o que observa Ricardo Luis Lorenzetti,

El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del consumidor, como lo hemos expuesto en la primera parte. En los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que nos es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho consumerista. (LORENZETTI, 2009, p.44-45).

Logo, uma teoria destinada a regular os contratos de consumo é, em grande medida, uma teoria constitucional especializada no segmento consumerista. Por isso, o Direito Privado deixa de ser o centro jurídico da regulação contratual de consumo. Registre-se, por oportuno, que é justamente o centralismo jurídico não constitucional, de matriz civilista, que tem tornado insuficiente a proteção contratual do consumidor. Na mesma linha, argumentando acerca da influência axiológica constitucional sobre o ordenamento jurídico, diz Pietro Perlingieri:

A solução para cada controvérsia não pode ser mais encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, como opções de base que o caracterizam. (PERLINGIERI, 2002, p. 5)

Destarte, o alinhamento da teoria do contrato de consumo aos ditames constitucionais, não representa apenas que a referida teoria será interpretada conforme a constituição. Na verdade, a teoria contratual de consumo deve ser uma projeção do próprio conteúdo constitucional.

Desta feita, a teoria do contrato de consumo deve atuar no campo da concretude do projeto constitucional, não apenas porque a Constituição tem força normativa, mas porque o próprio Direito do Consumidor representa em si mesmo uma faceta constitucional. Konrad Hesse, nesse sentido, aduz que:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar daquela concepção anteriormente por denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p.21)

Portanto, cumpre à teoria do contrato de consumo desenvolver o programa normativo da Constituição e as metas nele inserido, como se descortinará adiante.

5.2.1 O contrato de consumo e os Objetivos Fundamentais

A irradiação da força constitucional no âmbito do Direito é uma decorrência da própria condição hierárquica que uma constituição exerce no âmbito de seu domínio. Logo, a força constitucional não atua apenas em meio ao conjunto de leis que estão

sob seu manto, mas também de todo o Direito, enquanto sistema que encerra valores, princípios, conhecimentos doutrinários e jurisprudenciais. Dessa forma,

O direito constitucional é um ramo de direito dotado de certas características especiais. Tem uma «voz» específica expressa através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-lo de outras constelações normativas do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, o direito constitucional caracteriza-se pela sua *posição hierarquico-normativa superior* relativamente aos outros ramos do direito. Esta superioridade hierarquico-normativa concretiza-se e revela-se em três perspectivas: (1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprimazia normativa*); (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (*norma normarum*), afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição. (CANOTILHO, 1993, 136-137)

Assim, uma teoria dos contratos de consumo não pode ter a pretensão de alijar os contratos das missões constitucionais. Ao invés disso, os contratos de consumo devem proceder como agentes promocionais dos objetivos fundamentais constitucionais, quais sejam:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Coincidentemente, os citados objetivos são altamente interessantes a uma Teoria dos Contratos de Consumo, porque encerram um conteúdo que preconiza a justiça entre as pessoas, a justiça das prestações entre estas mesmas pessoas e a justiça social; ou seja, tudo aquilo que os construtos da Teoria Geral dos Contratos não conseguiram desempenhar até aqui, em sua plenitude.

Esta justiça que se almeja promover por ação do Estado é por demais oportuna para as relações de consumo, especialmente por serem tais relações marcadas pela desigualdade, o que, aliás, está devidamente reconhecido pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, inciso I, de seu texto. Entretanto, não custa destacar que o preceito tem sido relativizado pela

jurisprudência, como se pudesse haver a hipótese de um consumidor não vulnerável, tal como se vê no aresto seguinte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. **Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.**

6. [...].

7. [...]

8. [...]

(BRASIL. STJ. REsp 1189050/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 14/03/2016, grifo nosso).

Lamentavelmente, o entendimento jurisprudencial recente esquece-se de que a vulnerabilidade é uma condição constante do consumidor, uma característica que justifica a sua proteção constitucional. Fosse diferente, a própria Constituição teria se encarregado de fazer as devidas ressalvas quanto ao direito de o consumidor ser protegido, apenas quando fosse concretamente observada tal necessidade.

Certo é que o ser consumidor ostenta uma condição de vulnerabilidade incessante. Mesmo o consumidor esclarecido ou abastado, ainda assim é um sujeito vulnerável, porque situa-se na condição de dependência, em relação aos fornecedores, daquilo que é necessário para ostentar uma vida digna. Ora, o excesso de sódio existente nos alimentos, a presença de um componente viciante na composição de um medicamento ou a súbita decisão de uma instituição financeira de cancelar um cartão de crédito ou de débito do consumidor, no instante em que ele mais necessitava de tal serviço, são situações, dentre tantas outras corriqueiras, que atingem todos os consumidores, sem distinção. De acordo com Bruno Miragem, há, no Direito brasileiro,

[...] uma presunção de vulnerabilidade dos consumidores de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando

expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado. (MIRAGEM, 2010, p.66)

Por isso, quando o Princípio da Vulnerabilidade é relativizado, o que está se fazendo não é outra coisa, senão negar vigência ao ideal de justiça. Ademais, não pode haver justiça sem que a igualdade se imponha através de medidas que a torne materialmente existente; ou seja, a Constituição manda fazer justiça para debelar desigualdade. Isso significa que manda reconhecer que consumidores e fornecedores são sujeitos que não estão em um mesmo patamar e, por isso, devem receber tratamento distinto. Para Aristóteles:

[...] quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão — em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. (ARISTÓTELES, 1984, p.136)

Assim, em matéria de consumo e de contratos de consumo, o ideal constitucional aponta para uma justiça destinada a identificar a condição das partes e distribuir o direito que a elas toca de forma proporcional ao sentido da desigualdade que ostentam no plano fático.

Já com relação à pretensão de garantir o desenvolvimento nacional, este oportuniza conciliar o vigente modelo capitalista com a pretensão de proteção do sujeito mais fraco, minimizando os efeitos predatórios do modelo de exploração das necessidades dos consumidores.

Por seu turno, a erradicação da pobreza e da marginalização bem como a redução das desigualdades sociais e regionais têm profunda ligação com a causa consumerista, vez que o contrato de consumo deve ser um instrumento viabilizador do acesso aos bens necessários a uma vida digna.

Sobre tal questão, posiciona-se Lorenzetti, assim sustentando:

Hemos señalado que la cuestión del "paradigma del acceso" es transcendente en la reformulación del Derecho Privado. El funcionamiento del mercado actual presenta una falla estructural, puesto que es incapaz para satisfacer a un grupo de gente que queda excluido, cuya magnitud es variable. Esta falla produce uno de los problemas centrales del orden económico nacional [Argentina] y global: se producen riqueza y bienes, pero una gran parte de la población non puede gozar de ellos. El problema distributivo se traslada hacia los principales lugares del escenario social. El Derecho Privado está contaminado por este problema, ya que la mayoría de

sus instituciones fueron diseñadas en base al "principio da neutralidad" acerca de las distribuciones que hace el mercado. En el Derecho clásico, la propiedad, el trabajo, el contrato o la responsabilidad fueron instrumentadas por los sectores sociales con amplio acceso a esos bienes; por esta razón se piensa en el individuo "ya instalado en el bien". (LORENZETTI, 2009, p.19-20).

Nesse sentido, a Teoria Contratual de consumo, ao encampar os objetivos fundamentais em seu contexto, alinha-se a um pensamento transformador do qual deve tomar parte o Direito, deixando de lado estruturas egoístas ou meramente reativas ao fato social, sem qualquer conteúdo moral ou vinculação com alguma causa social. O Direito deve ser um agente transformador, na linha do se propõe na Teoria dos Contratos de Consumo.

5.2.2 Contrato de consumo e os Direitos Fundamentais

A Teoria dos Contratos de Consumo certamente servirá às questões surgidas a partir da atividade privada. Não significa, com isso, que deva preocupar apenas com a construção de estruturas que possibilitem o tráfego jurídico inerente a tal atividade, sob uma ótica privatista. É justamente sob tal perspectiva que se abriu o campo para o domínio do mais forte e, desse modo, para o surgimento de violações de direitos das mais diversas possíveis.

Como se tem sustentado ao longo deste trabalho, a relação de consumo não é apenas uma atividade voltada para a circulação de riquezas, como é típico no Direito Privado; mas para proporcionar ao consumidor uma vasta quantidade de itens necessários à sua dignidade humana. Conseqüentemente, é possível assinalar que as questões consumeristas devem se submeter à influência direta de uma regulação publicista que possa interferir não só na seara do contrato, enquanto mecanismo jurídico de índole privada, mas também no próprio conteúdo do direito contratual. De acordo com Marcelo Schenk Duque,

[...] ao se falar de consumidores, está-se a falar de pessoas; ao se falar-se de consumo, está-se a falar de subsistência. A garantia de um mínimo existencial passa, portanto, por relações de consumo, de modo que sem consumo mínimo, não há falar em dignidade. Essa é a razão pela qual a proteção do consumidor revela-se como verdadeiro direito fundamental [...]. (DUQUE, 2013, p. 407).

Assim, a interferência dos Direitos Fundamentais no domínio privado expressa bem o sentido de justiça que se pretende fazer entre partes, quando se verifica uma situação de dominação. Tal como bem explica Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes Públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a **proteção dos consumidores**. (SARLET, 2015, p. 395, grifo nosso).

Isso quer dizer que uma Teoria dos Contratos de Consumo deve se preocupar não apenas com que suas estruturas sejam harmônicas com os Direitos Fundamentais. No caso dos contratos de consumo, este é, em si mesmo, um direito fundamental viabilizador de outros tantos direitos fundamentais. Logo, a sujeição passiva do exercício de direitos fundamentais por parte dos consumidores são, ao lado do próprio Estado, os fornecedores.

Logo, a noção clássica de que os direitos fundamentais atuam no sentido vertical, garantindo a proteção do indivíduo em relação às ações do Estado, deve avançar para que se incremente como um dos mais importantes fundamentos propostos para a Teoria dos Contratos de Consumo: a atuação dos direitos fundamentais, também no sentido horizontal, ou seja, entre os particulares.

Nesse sentido, explica Alexy, que “a irradiação dos Direitos Fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação — requerida pelo direito positivo — da idéia de justiça a todos os ramos do Direito.” (ALEXY, 2012, p. 544).

Convém notar que o Código Civil foi omissivo em relação à influência dos direitos fundamentais em seu sistema, o que inclui a regência geral dos negócios jurídicos e dos contratos. Embora tal menção não seja obrigatória sob o ponto de vista da técnica legislativa, tem ela um conteúdo simbólico importantíssimo, especialmente a partir da inspiração e da influência que pode gerar no mundo jurídico. Tome-se como exemplo o que fez o Código de Processo Civil de 2015, ao determinar em seus escritos iniciais a adoção de uma hermenêutica alinhada com a normas fundamentais da Constituição: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais

estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” (BRASIL, 2015).

No caso do Código de Defesa do Consumidor, houve menção expressa à Constituição, porém muito mais atenta a esclarecer que o Código era uma decorrência do mandamento constitucional do que propriamente o de determinar que o seu texto fosse interpretado à luz da Constituição. Porém, no que interessa aos negócios jurídicos em que se assentam os contratos, inclusive os de consumo, a omissão do Código consumerista quanto a tais temas os remete à disciplina civilista, que, como já dito, nada diz sobre direitos fundamentais.

Embora o Código de Defesa do Consumidor trate da proteção contratual, a faz considerando a base do negócio jurídico, o que não significa grande avanço no trato do contrato de consumo.

Ora, se o Código de Defesa do Consumidor é fonte estruturante do sistema jurídico de defesa do consumidor, o mínimo que se esperaria é que ele regesse os contratos de consumo a partir da estruturação de *novas* bases, avançando até as construções mais específicas de sua configuração.

Não sendo assim, a matéria dos contratos de consumo continuou e continua a ser regida por um Código geral, que é Código Civil. Sepultou-se, portanto, o ideal de um sistema próprio de um microssistema. Com isso, a defesa do consumidor terminou por ser contaminada, especialmente no que pertence ao regime de seus contratos, por uma ótica que privilegia a ação das partes contratantes (vontade), o que em certa medida afasta a incidência das normas publicistas de proteção, ou seja, da incidência horizontal dos direitos fundamentais.

Então, o que se diz aqui é que o atual Direito Privado prejudica o consumidor, porque nele vê capacidades que não existem no plano da realidade e como isso deixa-o em situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor, razão pela qual o Princípio Protetivo do Consumidor, que é a pedra angular do Direito do Consumidor, a propósito da própria Constituição, não é implementado do modo como deveria ser. Se o Direito Privado vigente não viabiliza a proteção que deve ser dada ao consumidor, em toda a sua plenitude, disso resulta que há uma violação de direitos; de direitos fundamentais.

A questão que ressoa mais aguda desta análise é a de saber qual capacidade tem e demonstra o Direito Privado em efetivamente dar consecução ao que prega a Constituição. Sobre isso, convém observar o que explica Claus-Wilhelm Canaris:

É certamente correcto que “os direitos fundamentais são imanescentes ao direito ordinário”, e que a “Constituição em sentido material (...) hoje em dia também se revela na lei ordinária em sentido formal”, mas no presente contexto tal obscurece a problemática mais do que a clarifica. **Pois o problema consiste justamente em promover a prevalência dos direitos fundamentais quando estes (ainda) não são imanescentes ao direito privado e a Constituição não se revela no direito ordinário.** (CANARIS, 2009, p.27, grifo nosso).

É, pois, o caso dos negócios jurídicos que está a contaminar o trato jurídico dos contratos de consumo. Como o Direito do Consumidor parte da premissa de que o consumidor exerce algum grau de autonomia na realização de seus contratos com os fornecedores, lhe são aplicadas as regras obrigacionais típicas dos contratos privados.

Porém, a autonomia do consumidor além de não existir na prática, se agrava pela dominação exercida pelos fornecedores, resultando disso um cenário em que o contrato tem servido aos interesses do mais forte e ao conseqüente prejuízo dos consumidores.

No mesmo sentido, sabe-se que o Direito Privado sofre com as influências poderosíssimas dos fornecedores, este sempre muito bem representando nas instâncias do poder estatal, mormente no âmbito do Poder Legislativo. Isso significa que a legislação ordinária que caracteriza substancialmente o Direito Privado não tem grande compromisso com a causa consumerista, pelo menos até o ponto em que tal preocupação venha a representar algum tipo, por menor que seja, de redução de lucros ou de capacidade de expansão desses mesmos lucros.

Um exemplo da pronta reação por parte dos fornecedores às medidas de austeridade protetiva criadas em prol dos consumidores foi o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2591, cujo Relator foi o então Ministro Carlos Velloso. Nela a Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, pediu a inconstitucionalidade do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, para que fossem retiradas da incidência do referido Código as instituições de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. Felizmente, o pleito foi integralmente negado pela Corte Suprema. (BRASIL. STF. ADI 2591, Relator(a): Min. CARLOS

VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481).

Porém, fica clara que a força da economia age fortemente em todos os setores estatais, inclusive no legislativo. Não custa lembrar que, como pode ser constatado no próprio processo de edição do Código consumerista, o seu texto foi objeto de 42 vetos, muitos resultantes da ação de lobbies econômicos. (GRINOVER et al., 2011, p. 2).

Tudo isso faz parte de uma realidade na qual o domínio do Estado sobre a economia “[...] atualmente se inverteu, passando a ser o domínio da economia sobre o Estado”. (CASSESE, 2010, p. 45).

Assim, a prevalência dos Direitos Fundamentais constitui uma ferramenta importantíssima para uma Teoria dos Contratos de Consumo, máxime para o propósito de corrigir falhas do Direito Privado decorrentes das tradições liberais ainda estabelecidas na civilística brasileira, bem como da intensa pressão do capital sobre as estruturas do poder e sobre a legislação, que compõe uma das mais importantes fontes do Direito Privado.

5.2.2.1 Direito fundamental à proteção

A Constituição Federal determina no seu artigo 5º, inciso XXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. (BRASIL, 1988).

Ser protegido é, pois, um direito fundamental do consumidor que se desenha em todos os aspectos das relações nas quais ele atua, inclusive no âmbito dos contratos dos quais é parte.

Porém, embora a proteção do consumidor tenha sido elevada ao nível constitucional, isso não significa que a almejada proteção venha sendo incorporada em sua dimensão mais adequada no âmbito do Direito Privado. De fato, “a proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa, em todo o mundo, um dos temas mais atuais do Direito.” (GRINOVER et al., 2011, p. 4).

A fundamentalidade do direito de proteção ao consumidor justifica-se especialmente na distinção de forças entre os sujeitos da relação de consumo. O fornecedor é ator profissional e ativo da cena da produção, enquanto o consumidor é

sujeito amador e passivo da cena do consumo. Destarte, nos dizeres de Ricardo Maurício Freire Soares,

[...] a dignidade da pessoa humana oferece limites ao exercício da autonomia da vontade. Isto porque a constatação das injustiças oriundas do capitalismo e a conseqüente transição do Estado – liberal para o Estado – intervencionista exigiram que a desigualdade socioeconômica entre os particulares fosse compensada juridicamente com a elaboração de leis protetivas, capazes de impor normas de ordem pública que garantissem o equilíbrio socioeconômico das relações privadas. É o que se verifica, por exemplo, com a tutela da hipossuficiência do trabalhador, no plano do Direito Laboral, e a proteção da vulnerabilidade do consumidor, no âmbito do Direito Consumerista. (SOARES, 2010, p. 141-142)

Em tais condições, a relação de dominância exercida pelo fornecedor em detrimento do consumidor recomenda que o Estado intervenha em seu favor em todos os âmbitos de sua atuação, especialmente no campo jurisdicional, onde se colocam à prova os conflitos e a eficiência ou ineficiência do direito posto para reger as questões de consumo. Assim, dentro de tal campo de atuação, a noção de proteção pode ser entendida em todas as acepções típicas dos direitos fundamentais, mas especialmente no campo das *prestações positivas* a cargo do Estado em favor do consumidor. Para Alexy, Direitos a proteção são, “[...], direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito [...]”. (ALEXY, 2012, p.451).

Sendo assim, uma teoria contratual de consumo não deve ser apenas reguladora da atividade contratual, tal como ocorre atualmente; mas, além disso, importa que seja voltada para o desiderato protetivo de acordo com o mandamento expresso na Constituição, projetando-se em diversos setores da ação estatal, notadamente conforme os enfoques propostos nos tópicos seguintes.

5.2.2.1.1 Devido processo legal jurisdicional e a busca pela paridade de armas

A proteção do indivíduo, de sua liberdade e de seu patrimônio sempre foi a tônica do pensamento positivista que iluminou o Direito, especialmente no recente passado século XX. Esse ideal foi absorvido pela jurisdição no que se refere à postura de decidir apenas com foco nos limites subjetivos da lide e com neutralidade quanto aos sujeitos jurisdicionados.

Mesmo reconhecendo a importância histórica de tal concepção, o pensamento jurisdicional, todavia, deve ser reconstruído dentro do contexto da contemporaneidade, especialmente no que concerne à ótica do julgador em relação ao conflito que está sob seu crivo.

Conseqüentemente, no caso das questões consumeristas, dois elementos devem ser erguidos contra a tradição jurídica liberal, quais sejam, (1) o dever de proteção estatal de um dos sujeitos da relação jurídica e (2) a visão social do conflito, ainda que no âmbito de uma relação jurídico-processual individual.

Assim, na tutela dos contratos de consumo, a jurisdição, amparada tanto no processo civil quanto na sentença dele decorrente, deve, para além de resolver a questão particular dos litigantes, manter atenção e foco constantes em suas repercussões no ambiente em que atua.

Também nos conflitos individuais, a visão da jurisdição *para fora do processo* e, de consequência, para fora do exclusivo desiderato¹³ das partes, deve ser desenvolvida no escopo de que ela possa fazer face aos novos contornos e desafios da sociedade contemporânea. Aliás, vale a tal propósito trazer à colação o que dispõe o Código de Processo Civil de 2015:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2015, *online*).

Destarte, os *fins sociais* inerentes às regras consumeristas são essencialmente os de *proteção e de promoção* do atendimento das *necessidades* dos consumidores, especialmente dentro do contexto de equivalência material. Significa dizer que a jurisdição deve observar o processo em que atua como uma oportunidade não apenas de disciplinar o conflito particular, mas também de atuar de acordo com o programa jurídico adequado à questão, fazendo concretizá-lo. Tal afirmação também encontra respaldo na tão festejada busca pela efetividade¹⁴ da jurisdição.

Assim, para a Teoria Geral dos Contratos de Consumo, o papel da jurisdição no desenvolvimento de sua meta social não estará apenas em julgar conforme os

¹³ Função social da decisão judicial.

¹⁴ Conforme artigo 6º, do Código de Processo Civil de 2015.

rigores da lei, mas, principalmente, em uma sociedade tão complexa como a de consumo, em efetivamente criar soluções que a lei sequer ousou imaginar, posto ser da lei sua incompletude diante do fato social ou então sua predisposição ao mais forte, dada a influência da economia na política.

Conforme entende Humberto Theodoro Júnior,

A obra criativa do aplicador da lei assume maior relevância pela circunstância evidente de que os costumes e aspirações sociais não são estáticos. Evoluem com o tempo e, assim, exigem do juiz a difícil tarefa de modernizar a norma, para compatibilizar seu objetivo histórico com o quadro sociocultural do momento de sua aplicação ao caso concreto. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 89).

Não se pretende, com tal raciocínio, romper com a lógica processual civil de que os efeitos da sentença alcançam somente as pessoas que participam da relação processual, não prejudicando ou beneficiando os que do processo não participaram, enquanto partes. Destaca-se que parte dessa regra foi mantida no Código de Processo Civil de 2015, pois consta inovação que possibilita o benefício de terceiro¹⁵.

No entanto, as relações de consumo representam não apenas ambição individual, mas interesse social declarado. Logo, cada demanda levada à jurisdição representa um ícone e uma oportunidade de justiça social que projeta benefícios para além das partes e para além do próprio processo, tornando-se referência de conduta e até mesmo de julgamento.

Quando a jurisdição tutelava o contrato privado do século XX, nela via subjetividade relacional, que já não existe mais nos ambientes contratuais de consumo. Oportuno, destarte, o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:

[...] a ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a interpretação dinâmica (sociológica) dos textos. A causa mais aguda desse retardamento é o preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado. Essa neutralidade ideológica é, na realidade, sobreposição de posturas ou intuítos conservadores. Disse-se até que ela "incorpora e perpetua o liberalismo do século XIX", o que talvez constitua um exagero, mas seguramente denuncia a sobrevivência de níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista (DINAMARCO, 2009, p. 39).

¹⁵ Cassio Scarpinella Bueno afirma que "trata-se de proposta que consagra, mesmo nos 'processos individuais'", o transporte *in utilibus* da coisa julgada" (BUENO, 2015, p. 337).

Portanto, para uma teoria dos contratos de consumo, a jurisdição tem a missão de bem operar a ferramenta processual como verdadeiro instrumento que possibilite a realização dos fins da tutela protetiva. Cada atuação jurisdicional no ambiente processual deve ser entendida como uma oportunidade de realizar a missão estatal prevista no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

Assim, a jurisdição passa a funcionar, de acordo com o que se propõe a uma teoria contratual de consumo, não como estrutura burocrática a serviço de pretensões pontuais, mas como força estatal que deve promover em cada demanda individual os fins sociais da ordem jurídica, especialmente aqueles previstos na Constituição.

Contemporaneamente, a jurisdição tem o papel de não apenas dirimir os conflitos nos limites subjetivos da lide, mas também, como assinala Dinamarco, “interferir na vida da própria sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da chamada *paz social*”. (DINAMARCO, 2009, p. 187).

Em verdade, a tutela jurisdicional, com especialidade nas questões contratuais de consumo, se talhada dentro de uma visão individualista, promove o indesejado reducionismo do papel jurisdicional, justamente nessa quadra da história em que o Estado-juiz tem sido tão chamado à proteção do mais fraco e, ao lado dos demais Poderes, a construção de uma sociedade mais igualitária.

Portanto, nos contratos de consumo, a jurisdição deve proceder de forma a realizar a meta de tutela contratual, objetivando alcançar na prática a justiça material (relação entre a prestação recebida – produtos e serviços – com o preço pago), que não interessa apenas aos contratantes, enquanto partes do processo, mas a toda a sociedade e ao próprio Estado-Juiz.

É sempre importante ressaltar que a jurisdição deve abandonar o papel de neutralidade, para intervir não apenas reagindo, mas, para bem além disso, protagonizando modificações importantes no cenário econômico, o que pode acontecer tanto nas demandas individuais quanto nas coletivas.

Não importa em qual ambiente processual ou qual tipo de procedimento está sendo seguido no caso concreto. Independentemente de tecnicismos processuais, o alvo da jurisdição deve ser mais abrangente do que o próprio objeto material do processo, que é determinado pelos pedidos. Trata-se de verdadeira *função social do*

processo ou da própria jurisdição. Nas palavras de Rui Portanova, “hoje o processo não deve servir a uma efetividade individualista, mas a uma efetividade social. Isso deve dominar em todo o processo tal como um princípio informativo”. (PORTANOVA, 2001, p. 53).

A tutela jurisdicional dos contratos de consumo, especialmente realizada nas demandas individuais, em que ainda impera o reducionismo de suas possibilidades de atuação, deve partir da compreensão de que o conflito individual não é um acontecimento isolado e casual na vida dos contratantes e partes do processo. Ao contrário, o conflito individual deve ser sempre observado como uma parte, um fragmento de um todo, que é o mercado de fornecimento e consumo, a quem o Estado brasileiro e a própria jurisdição se obrigaram a intervir, especialmente, em prol do mais fragilizado, o consumidor.

Essa visão decorre do entendimento a respeito do qual,

O contrato atual não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente os interesses dos contratantes. À sociedade, representada pelo Estado e outras entidades soberanas, atribui-se o controle de uma parte essencial do Direito Contratual (LORENZETTI, 1998, p. 541).

Destarte, não há argumentos aceitáveis capazes de afastar ou reduzir a jurisdição de cumprir o seu papel social, político e também, por sua própria natureza, seu papel jurídico, na defesa do consumidor e da sociedade de consumidores. Nesse sentido é que Luís Roberto Barroso analisa o papel jurisdicional de forma mais abrangente:

De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito. (BARROSO, 2009, p. 8).

De fato, não há dúvidas de que as possibilidades de atuação formal e material de quaisquer dos Poderes não são absolutas. Entretanto, a Constituição Federal não afastou a jurisdição da missão de protagonizar, juntamente com os demais Poderes

e dentro das possibilidades operacionais de atuação de cada um – no caso da jurisdição o *due process of law* – a proteção do consumidor e, de um modo geral, a construção de uma Ordem Econômica justa.

A separação dos Poderes é fundamentalmente uma divisão de funções dentro do Estado. Não se pode olvidar que a defesa do consumidor é função do Estado, como um todo. Inexiste na Constituição qualquer mandamento que retire do Poder Judiciário a tarefa promocional de proteção e tutela do consumidor. Imaginar a separação dos Poderes como forma de restringir a atuação da jurisdição é um resquício de um estruturalismo do Estado liberal, não compatível com o ideal do Estado brasileiro de promover mudanças na sociedade, inclusive a de consumo.

Assim, para Habermas, “[...] o esquema clássico de divisão dos poderes perde sua atualidade, à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos”. (HABERMAS, 2012, p. 232).

No caso da tutela do consumidor, analisada sob uma perspectiva do texto legal de inspiração constitucional, é possível constatar que está estabelecido em um sistema que almeja não apenas a proteção do consumidor propriamente dito, mas também, conforme o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, o alcance de uma finalidade maior, que é “[...] 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 [...]” (BRASIL, 1990).

Ainda dentro da perspectiva da lei, convém destacar que o Código de Defesa do Consumidor não distingue a quem tocará a promoção e a realização das finalidades anteriormente descritas. Apenas diz, na alínea "c", inciso II, do artigo 4º, que entre vários princípios a serem levados em consideração, um deles é a “ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor”, o que se fará “pela presença do Estado no mercado de consumo”. (BRASIL, 1990).

Obviamente, a noção de Estado tratada no texto legal é ampla e não excludente. Pelo contrário, inclui a jurisdição, indubitavelmente, como agente promocional da defesa do consumidor.

De acordo com Habermas, a inclusão da jurisdição como agente promocional dos fins constitucionais está inserida em um modelo fundado em abertura de

possibilidades e métodos de realização do Direito, fazendo com que, ao invés de negar e rejeitar modelos – como todos aqueles que não sejam positivistas –, tenta integrá-los:

A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos etc.). (HABERMAS, 2012, p. 23).

Considerando a finalidade de proteção jurisdicional do consumidor, uma teoria contratual de consumo deve preocupar-se com os instrumentos habilitados à consecução deste intento. Mais que isso, deve haver uma preocupação com a própria distribuição destes instrumentos de maneira que nela haja uma *paridade de armas* entre consumidores e fornecedores.

Reafirma-se que a relação contratual de consumo é marcada por uma fragilização do consumidor no tocante à forma e ao conteúdo do contrato. Mais que isso, a (in)execução do contrato ou sua execução ruínosa em prejuízo do consumo torna viva a necessidade de tutela, com o objetivo de salvaguardar aquele que buscou contratar, porque não tinha alternativas.

Considerada a situação de vulnerabilidade do consumidor, cabe à jurisdição uma atuação sob medida para não somente concretizar o ideal de proteção, do ponto de vista material, mas, antes disso, zelar para que o processo seja um ambiente que torne possível essa realização, já que todas as fragilidades do consumidor, observadas no terreno dos contratos, são transportadas para o processo.

Caberá à jurisdição fazer bom uso dos instrumentos legais processuais – sempre ciente de seu papel protagonista e ativo –, mas também utilizar com desenvoltura o sistema de cláusulas gerais e todos os subsídios que possam contribuir para a *construção* da melhor solução possível dentro do caso concreto.

Conforme assinala Enzo Roppo, eis a chamada “atividade valorativa do juiz” como pressuposto de regulação contratual, fundada em uma discricionariedade

conferida pela abertura típica do sistema de cláusulas gerais. (ROPPO, 2009, p. 167).

No campo da tutela individual, o principal desafio da jurisdição é o de proporcionar efetiva igualdade entre os litigantes de forma a que o consumidor possa fazer frente ao poderio dos fornecedores. Como diz Rui Portanova, “a busca da justiça concreta passa por postulações conscientes da necessidade de, pelo menos, certa igualização das condições dos desiguais”. (PORTANOVA, 2001, p. 43).

Essa tarefa vai desde a garantia de acesso à justiça, passando pelas próprias oportunidades e armas processuais, já dentro do contexto da lide, inclusive do ponto de vista hermenêutico-material de interpretação das provas e do conteúdo dos contratos.

De início, importa observar o problema do acesso do consumidor à jurisdição. Nesse contexto, a *capacidade postulatória* é, ao mesmo tempo, um entrave e uma medida de garantia ao consumidor litigante. Entrave, porque não poderá ter acesso à jurisdição por conta própria; e garantia, porque os que ostentam a capacidade de postulação, em tese, detêm conhecimentos técnico-jurídicos adequados para o enfrentamento da demanda.

No atual cenário constitucional brasileiro, são quatro as Funções Essenciais à atividade jurisdicional: o Ministério Público (artigo 127¹⁶), a Advocacia Pública (artigos 131¹⁷ e 132¹⁸), a Advocacia (artigo 133¹⁹) e a Defensoria Pública (artigo 134²⁰) (BRASIL, 1988).

¹⁶ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹⁷ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

¹⁸ Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

¹⁹ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

²⁰ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Como visto, em regra, somente²¹ estão vocacionados constitucionalmente para a postulação jurisdicional individual privada a Advocacia e a Defensoria Pública.

Como a Advocacia é função essencial à justiça, exercida substancialmente, em caráter oneroso²², até porque de todas as Funções Essenciais é a única não remunerada pelo Estado, e, de outro lado, considerando a *hipossuficiência econômica* de milhares de consumidores, especialmente daqueles que emergiram das classes pobres e hoje se encontram endividados pelos próprios contratos que pretendem ver repaginados pela tutela jurisdicional ou por circunstâncias outras, o acesso à justiça pela via da Advocacia torna-se extremamente limitado.

Em outras circunstâncias, o consumidor poderá estar diante do problema de pagar o Advogado e as custas do processo, que nada mais são do que espécies tributárias²³, odiosamente vigentes em um país com tanto *déficit* social como é o Brasil. O somatório desses custos inviabiliza o acesso do consumidor à justiça.

Por outro lado, mesmo que o consumidor venha a ser atendido pela Defensoria Pública, pode não ser enquadrado no perfil de beneficiário da gratuidade dos atos processuais, por indeferimento judicial. Explica-se: como a Defensoria Pública detém autonomia funcional e também administrativa, ela pode decidir, segundo critérios próprios da Instituição, por contemplar determinado consumidor entre seus assistidos. Esse consumidor, porém, não necessariamente será contemplado aos olhos da jurisdição.

Assim, o problema do acesso parece estar fundado, especialmente, nas despesas processuais (custas, diligências, taxas etc.), nas despesas com

²¹ Não pode ser esquecida a via dos Juizados Especiais. No entanto a hipossuficiência jurídica coloca o consumidor em situação de enorme desvantagem perante o fornecedor. Logo, embora possa o consumidor litigar sem Advogado, nas causas cujo valor não exceder vinte vezes o valor do salário mínimo, tudo indica não ser esta a melhor alternativa para o fim protetivo do consumidor, pois este fica à sua própria sorte quando atua sem Advogado ou Defensor(a) Público(a). Os Juizados, no entanto, seriam uma excelente via se os Tribunais universalizassem a instalação dos Juizados Especiais de Defesa do Consumidor, conforme determina o artigo 5º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

²² Conforme o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em seu artigo 22, "a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência" (BRASIL, 1994, *online*).

²³ Conforme a Constituição Federal, nos termos do artigo 24, "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IV - custas dos serviços forenses; e, conforme o artigo 98, "A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: [...] § 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça".

contratação de Advogado e na universalização dos serviços da Defensoria Pública. Tudo isso compõe um alto custo do processo judicial.

O problema do custo do processo judicial é apontado por Mario Cappelletti e Bryant Garth, em popular obra, em que os autores afirmam que ‘torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira no acesso à justiça’. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 6).

Portanto, a primeira missão da jurisdição é a de democratizar o acesso aos seus serviços, porque isso constitui a primeira tarefa a cargo do Estado quando o assunto é tutela jurisdicional nos contratos de consumo. Essa concepção é muito bem abordada por José Geraldo Brito Filomeno, para quem “[...] o **acesso à justiça**, quando se trata de relações de consumo, deve ser universal, ou seja, dotando-se o consumidor dos instrumentos adequados, e, sobretudo aos **hipossuficientes**, que deverão ter assistência jurídica, sempre” (FILOMENO, 2008, p. 40).

Sem essa abertura e considerando o apego que tradicionalmente o Poder Judiciário tem ao sistema de pagamento de custas como *pressuposto processual*, a tutela jurisdicional do consumidor contratante já se encerra prematuramente, se é que pelo menos chega a começar. Tal realidade está totalmente contraposta ao Direito Básico de acesso à jurisdição, previsto no artigo 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser facilitado (BRASIL, 1990).

De outro lado, o fortalecimento das Defensorias Públicas constitui outro fator decisivo para o acesso à tutela jurisdicional. Entretanto, dos problemas referentes ao acesso, o que toca à Defensoria Pública parece ser o que exprime menor preocupação, uma vez que as Emendas Constitucionais nº 45, de 2004, nº 74, de 2013, e nº 80, de 2014, trataram de construir bases sólidas para a sua concretização e operacionalidade, o que repercute favoravelmente em favor da tutela consumerista, não apenas no ambiente jurisdicional, mas também da orientação jurídica e no esclarecimento dos consumidores. (BRASIL, 1988).

No caso da Advocacia, tem-se popularizado a atuação do advogado nas demandas que envolvem pretensões pecuniárias, tais como as ações indenizatórias, de repetição de indébito e aquelas voltadas para a resolução de contratos por vício do produto ou do serviço, que redundam em devolução de valores pagos pelo

consumidor. Nesses casos, os contratos de honorários têm previsto o pagamento do serviço com base no grau de sucesso (contrato de risco) da demanda.

Inegável que esse modelo viabiliza o acesso. No entanto, há demandas que não têm expressão econômica e que, portanto, não interessam aos advogados. Nesse sentido, a Defensoria Pública deve estar aberta a uma assistência universal do consumidor, pois, como aponta Bruno Miragem, a vulnerabilidade do consumidor é uma “presunção legal absoluta” (MIRAGEM, 2010, p. 65).

Logo, não há espaço para casuísmos processuais com fundamento para o indeferimento de gratuidade processual (no caso da jurisdição) ou de triagem (no caso da Defensoria Pública), supostamente direcionados a verificar a vulnerabilidade.

O acesso do consumidor deve ser visto pela jurisdição e pelos organismos que compõem o sistema de jurisdição com uma meta universal do Estado brasileiro.

Nesse sentido, não custa lembrar que o papel da jurisdição de consumo é o de facilitação da atuação do consumidor em juízo, bem como de seu reconhecimento como sujeito mais frágil em relação ao fornecedor.

Basta imaginar que o Direito do Consumidor e a proteção ao sujeito consumerista têm *natureza de direito fundamental*, especialmente ante a expressa previsão constitucional, tal como já abordado anteriormente. Cabe, portanto, à jurisdição, no contexto consumerista, que tem envergadura humanitária, aquilo que foi destacado pelo Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no aresto seguinte:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 96772, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009

EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183).

Portanto, nas questões de consumo, estas compreendidas como expressões de Direitos Humanos, o olhar da jurisdição deve ultrapassar as barreiras da estrita legalidade – as quais impõem o pagamento de tributos como condição de acesso à justiça –, para afirmar o preceito constitucional protetivo e de paridade de armas.

Não apenas o Direito do Consumidor tem natureza humanitária, mas também o próprio acesso à justiça é, em si mesmo, um Direito Humano que deve ser promovido e concretizado pela jurisdição.

Portanto, a questão da gratuidade como pressuposto do acesso não deve passar pela realização de uma operação cognitiva e interpretativa para saber se há ou não uma *hipossuficiência financeira* por parte do consumidor. Essa é uma visão extremamente distorcida acerca do papel da jurisdição no contexto da tutela do consumidor, por reduzir a compreensão do próprio conceito de vulnerabilidade, não composta apenas pelo elemento financeiro, mas por uma condição geral de inferioridade que deve sempre ser corrigida no processo.

A propósito do tema, vale registro o Código de Processo Civil de 2015, que, embora tenha sido construído dentro da regência constitucional, perdeu a oportunidade de mudar a dinâmica da gratuidade processual, mantendo o critério estritamente financeiro para a concessão do benefício. Parece que os juristas que auxiliaram o legislativo na construção do Código e os próprios legisladores não se atentaram para o fato de que o Código regerá demandas que, não obstante estarem conformadas no plano da tutela individual, são, na verdade, expressões de uma sociedade carente de proteção, independentemente de suas divisões de classes econômicas.

Boaventura de Sousa Santos, analisando o problema de acesso à justiça, a partir de estudos realizados na Inglaterra, Alemanha e Itália, afirma que:

Estes estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revela sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas acções de menor valor e é nessas acções que a justiça é proporcionalmente mais cara o que configura um fenómeno de dupla vitimização das classes populares face a administração da justiça (SANTOS, 1999, p. 147).

Ora, se os custos judiciais são um problema de acesso no cenário europeu e em países altamente desenvolvidos, com excelentes índices sociais, o que dizer então dos efeitos das cobranças das custas processuais no cenário brasileiro, com índices sociais tão desfavoráveis?

Por isso é que a visão mais adequada de uma teoria contratual de consumo sobre esta questão é aquela que conceba o consumidor como sujeito a ser protegido e que observe o conflito de consumo como interesse do Estado e não como um *interesse disponível* da parte, dispensando-se uma análise das condições financeiras do consumidor. Esse é o ponto central do problema do acesso.

As demandas de consumo são de ordem e de interesse públicos, pouco importando se um consumidor é ou não mais abastado do que o outro. A tutela do consumidor, mesmo no campo das demandas individuais, tem sempre caráter social!

Outro ponto a ser considerado é o de que os Direitos Humanos foram concebidos em grande parte para a proteção do ser humano contra as violações provocadas pelas ações ou omissões do Estado. Entretanto não pode ser desconsiderado que os Direitos Humanos também têm a incumbência de impedir ou fazer cessar qualquer forma de opressão entre os particulares. Nesse sentido, a relação econômica entre o fornecedor contratado e o consumidor contratante, constitui, na contemporaneidade, um exemplo terrível de tal opressão que enseja atuação firme da jurisdição.

Há, portanto, uma necessária e urgente mudança paradigmática a que Boaventura muito bem se refere, quando diz ser

[...] necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios, mas isso como se viu vai no sentido de muitas propostas e não apresenta perigos de maior se houver um adequado sistema de recursos. Por outro lado, ela atenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideais sociais e políticos disponíveis na sociedade. Daqui resultará certa fractura ideológica que pode ter repercussões organizativas. Tal não deve ser visto como patológico, mas sim como fisiológico. Essas fracturas e os conflitos a que elas derem lugar serão a verdadeira alavanca de democratização da justiça. (SANTOS, 1999, p. 157).

Esse rompimento paradigmático, no que se refere à mitigação (e por que não o término) da jurisdição onerosa ao consumidor, esbarra, como citou Boaventura, principalmente, em questões estruturais do Poder Judiciário, que vê nos fundos

financeiros criados pelas leis que instituem custas processuais uma válvula que alivia o peso da estrutura da justiça no seu quinhão orçamentário.

De outro lado, a recalitrância do Poder Executivo em repassar ao tempo e nas quantidades devidas os recursos do orçamento geral ao Judiciário faz com que, não raro, se instale entre os juízes uma *pressão* exercida, em muitos casos, pelos próprios órgãos diretivos da justiça, que os levam à condição humilhante de *arrecadores de impostos*, quando deveriam exercer a atividade finalística e fundamental de proteção do consumidor.

A proteção jurisdicional da qual é credor o consumidor contratante passa, em primeiro lugar, pela abertura das portas dos tribunais aos seus reclames. Estando o consumidor em um Estado Democrático de Direito, o aspecto *democrático* da expressão somente pode ser alcançado caso o consumidor possa ter a “*possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”. (HABERMAS, 2012, p. 159).

Para Rui Portanova, sendo o Judiciário “um poder com anseios democráticos, está aberto a todos, inclusive àqueles que não podem pagar seus custos operacionais”. (PORTANOVA, 2001, p. 62).

Tal como já abordado alhures, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, deu um significativo passo para uma mudança paradigmática sobre o conceito de vulnerabilidade do consumidor, afastando a análise reducionista da hipossuficiência econômica como pressuposto fundamental da tutela do Estado. Para a relatora, citando entendimento de Ada Pellegrini Grinover,

O conceito de necessitado, lembra Ada Pellegrini Grinover, “nesse amplo quadro, delineado pela necessidade de o Estado propiciar condições, a todos, de amplo acesso à justiça [evidencia a importância da] garantia da assistência judiciária. E ela também toma uma dimensão mais ampla, que transcende o seu sentido primeiro, clássico e tradicional. Quando se pensa em assistência judiciária, logo se pensa na assistência aos necessitados, aos economicamente fracos, aos “minus habentes”. E este, sem dúvida, o primeiro aspecto da assistência judiciária: o mais premente, talvez, mas não o único. Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3943, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 7/5/2015, DJe-154, apud GRINOVER, 2008, p. 11-12).

Portanto, o papel da jurisdição na contemporaneidade é o de promover a máxima abertura de suas portas, fato que vem a reclamar a elevação do preceito constitucional protetivo para o afastamento da cobrança de custas processuais como condição de acesso à justiça do consumidor contratante. Ou a jurisdição é protetora, como lhe determina a Constituição, ou é mercenária, como sugere a engenharia jurídica das leis de índole liberal.

Todavia, vencida a barreira do acesso à jurisdição, o consumidor não pode ser deixado à sua própria sorte dentro do processo jurisdicional. Considerando que o comparecimento do consumidor em juízo pressupõe inexoravelmente a presença²⁴ de um defensor público ou de um advogado, poder-se-ia imaginar que sua atuação processual se realizaria na plenitude de uma relação equilibrada para com o fornecedor.

No entanto, nem o mais hábil representante jurídico do consumidor conseguiria, ordinariamente, segundo as regras e a interpretação processuais clássicas, contribuir para a realização da tarefa protetiva a cargo da jurisdição. É que o consumidor, em sua relação com o fornecedor, já acumulou na fase pré-processual inúmeras desvantagens, notadamente aquelas ligadas às questões probatórias e do próprio direito material previsto em contrato.

No ambiente jurisdicional, as questões processuais são resolvidas a partir do cotejo das *matérias de fato e de direito*. As matérias de fato reclamam provas, e as matérias de direito, por óbvio, reclamam fontes. Pode haver até o somatório das duas ou até mesmo a presença de apenas uma, como no caso das matérias de direito. Tradicionalmente, conforme abordado em linhas anteriores, o contrato é reconhecido como fonte de direito.

Mas, na seara das disputas contratuais, o consumidor geralmente não detém as provas de que precisa ou não pode, por força própria, produzi-las, como nos casos das perícias e provas que envolvem custos financeiros e emprego de alta técnica. Mais que isso, são constantemente negados aos consumidores contratantes

²⁴ Frise-se que, nos procedimentos jurisdicionais afetos aos Juizados Especiais Cíveis das justiças dos Estados e da União, a atuação de advogado ou de defensor público é facultativa nas causas de valor até vinte salários mínimos. Portanto, não obstante a injustificada exceção legal, o texto considera a presença do advogado ou defensor como sendo a situação recomendável para maior concretização dos direitos do consumidor.

recibos, comprovantes, vias de contratos, declarações sobre as ocorrências de fatos importantes para sua tese processual.

No campo das questões de direito, dentro dos conflitos jurisdicionais dos contratos de consumo, os olhos são voltados comumente para o que prevê o conteúdo do contrato em discussão, razão pela qual se chega à conclusão de que tais questões também não tendem ao benefício do consumidor, já que as regras contratuais nos contratos de consumo militam substancialmente em favor do instituidor, ou seja, o fornecedor.

As cláusulas predispostas, a ausência de diálogo, a incapacidade de reflexão por conta da rapidez e da superficialidade do relacionamento – a propósito de debelar uma fila de outros consumidores ou de atingir uma meta de maximização de contratações –, bem como a própria incapacidade de compreensão do texto contratual, tudo isso se convola em um ambiente pré-jurisdicional que reduz as chances de sucesso do consumidor em juízo, em qualquer um dos polos da relação processual.

Certamente, uma ambientação jurisdicional que não reorganize a posição das partes e suas capacidades, dentro do processo civil, não se mostra adequada à tutela do consumidor. Nessa hipótese, Robert Alexy suscita a existência de um "dever de tratamento desigual", pois, "se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório" (ALEXY, 2011, p. 410).

A razão pode ser comodamente sustentada considerando a desigualdade fática vivente entre o consumidor e o fornecedor, bem como também uma desigualdade jurídica que acena em prol do consumidor. Essa desigualdade jurídica está pronunciada na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, de que derivam diversos outros espécimes legais tendentes à proteção do consumidor (BRASIL, 1988).

Não por outra razão, o próprio Código de Defesa do Consumidor tratou de estabelecer, como *cláusula geral de proteção*, aquela disposta no artigo 6º, inciso VIII, que garante como direito básico do consumidor a "facilitação da defesa de seus direitos" (BRASIL, 1990).

No Código de Processo Civil de 2015, incorporando preceitos constitucionais, impõe-se à jurisdição o dever de *paridade*²⁵ entre as partes, o que, na melhor interpretação, à sombra de uma hermenêutica consumerista, significa reconhecer a necessidade de uma proteção do consumidor, porquanto é ele o sujeito que comparece ao processo com menos armas, ensejando, portanto, um verdadeiro e proposital tratamento desigual em prol do consumidor (BRASIL, 2015).

O tratamento desigual passa, conseqüentemente, pela capacidade da jurisdição em assimilar a missão de desigualar as partes dentro da relação processual, especialmente fundada em três eixos, quais sejam o *privilégio de foro*, a *inversão do ônus da prova* e a *interpretação mais favorável* das cláusulas contratuais.

No que toca ao *privilégio de foro*, consigne-se que as ações de consumo são, em regra, voltadas para o tratamento de direitos obrigacionais ou para direitos reais de natureza móvel. Logo, considerando que não há previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor acerca do foro competente para a solução dos litígios de consumo, natural caminho seria o de socorrer-se no que estabelece o Código de Processo Civil:

Art. 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.

Art. 62. A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes (BRASIL, 2015).

Considerando os contratos de consumo e toda a sua ambientação já tratada nesta obra, comumente há a previsão de cláusulas que estabelecem a competência da justiça do foro de domicílio do fornecedor. Não são necessários mais argumentos para se inferir que, na condição de autor ou réu, o consumidor estará extremamente prejudicado, porquanto, a prevalecer o foro diverso daquele de seu domicílio, deverá empenhar recursos financeiros e tempo para fazer face a um eventual descolamento.

Trata-se de uma situação processual que tem por efeito causar imensas dificuldades à atuação do consumidor em juízo.

²⁵ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (BRASIL, 2015)

Como os contratos de consumo são considerados contratos de natureza privada, muitas demandas capitaneadas por fornecedores argumentavam acerca da impossibilidade de que a jurisdição pudesse reconhecer eventual incompetência de foro em favor do consumidor. O argumento positivista tem sua lógica, máxime à luz da Súmula nº 33, do Superior Tribunal de Justiça, a qual enuncia que "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 33, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/1991, DJ 29/10/1991, p. 15312).

Com a crescente percepção de que os litígios de consumo não são exatamente expressão de uma relação privada, em que se situam interesses meramente patrimoniais disponíveis, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ponderou, conforme se vê no aresto seguinte:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - AÇÃO DECLARATÓRIA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - NULIDADE - PREJUÍZO À DEFESA DA PARTE HIPOSSUFICIENTE.

1 - [...]

2 - [...]

3 - Uma vez adotado o sistema de proteção ao consumidor, reputam-se nulas não apenas as cláusulas contratuais que impossibilitem, mas que simplesmente dificultem ou deixem de facilitar o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Desta feita, é nula a cláusula de eleição de foro que ocasiona prejuízo à parte hipossuficiente da relação jurídica, deixando de facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário (REsp nº 190.860/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJ de 18.12.2000; AgRg no Ag nº 637.639/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 9.5.2005).

4 - Recurso não conhecido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 669.990/CE, Rel. MIN. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 289).

De outro lado, a incidência da aludida Súmula nº 33 foi afastada para as questões jurisdicionais relacionadas ao âmbito das relações de consumo, conforme exemplifica o acórdão de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, ao decidir que, "segundo entendimento desta Corte, tratando-se de relação de consumo, a competência é absoluta, podendo ser declinada de ofício. Afastamento da súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. CC 106.990/SC, Rel. MIN. FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 23/11/2009).

Mesmo considerando a importante tomada de rumo da jurisprudência, o fato é que a consolidação dessa forma de facilitação, ou seja, o estabelecimento de uma prerrogativa de foro ainda continua sendo uma tarefa que depende fundamentalmente do intérprete.

Consolidar a perspectiva protetiva e zelar pela sua manutenção e, até mesmo, pelo seu aperfeiçoamento, é uma tarefa que deve ser implementada pela jurisdição para se evitarem retrocessos. Ingo Wolfgang Sarlet, a propósito, sustenta que

[...] verifica-se que a proibição do retrocesso mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta – tal como pensamos já ter demonstrado – diretamente do princípio da maximização de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, já que medidas administrativas e **decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança**. Portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento, concretização e proteção eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade (SARLET, 2008, p. 24-25, grifo nosso).

Assim, sob as perspectivas de que a proteção do consumidor é dever do Estado e do Estado-Juiz, bem como de que esse dever estatal corresponde a um Direito Fundamental do consumidor e da sociedade de consumo, o papel facilitador, nessa seara, está em se consolidar o privilégio de foro para benefício do consumidor, como *conditio sine qua non* da facilitação de sua atuação no âmbito da jurisdição.

Não pode ser esquecido que há uma pressão constante exercida por diversos setores da economia junto ao Estado, visando à flexibilização das normas de regulação do mercado, a exemplo do que ocorre no Direito do Trabalho. Essas pressões, certamente, se não contidas, podem implicar flexibilização do próprio Direito do Consumidor.

Caso bem recente demonstra que a atuação jurisdicional pode atuar *contra legem*, inclusive em matéria de Direito Fundamental decorrente de Cláusula Pétrea

da Constituição, tal como ocorreu nos julgamentos do *habeas corpus* nº 126292, pelo Supremo Tribunal Federal, que mitigou a aplicação do disposto no artigo 5º, inciso LVII²⁶, da Constituição Federal, ou seja, mitigou o pressuposto para a presunção de inocência; e do recurso extraordinário nº 601314, que entendeu ser constitucional a obtenção, pelo Fisco, mesmo sem ordem judicial, dos dados de movimentação bancária dos contribuintes.

Portanto, se por um lado o privilégio de foro em prol do consumidor, nas demandas de consumo, representa um entendimento uníssono na jurisprudência, na doutrina e na própria legislação, por outro, sua manutenção enseja uma constante vigilância para que tal conquista não seja objeto de qualquer medida ou entendimento destinado à sua flexibilização, a exemplo dos recentes retrocessos protagonizados pela Corte Constitucional.

Nada está definitivamente garantido.

Quanto à *inversão do ônus da prova*, o código de Defesa do Consumidor garante a relativização da chamada *teoria estática do ônus da prova*. É o que se extrai do seguinte comando:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - 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 verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990, *online*).

Quanto à *teoria estática do ônus da prova*, Luiz Guilherme Marinoni, anota que:

Segundo o art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo e ao réu em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Essa regra, ao distribuir o ônus da prova, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito que afirma, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição ou determinam a sua modificação ou a sua extinção. (MARINONI, 2008, p. 324).

Essa realidade presume uma situação formal de igualdade, o que não se verifica nas relações de consumo, muito menos nas lides delas decorrentes.

²⁶ Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A igualdade substancial, portanto, é a meta a ser alcançada, no tocante à inversão do ônus probatório. Importa mencionar que a igualdade substancial é que consolida o ideal da *paridade de armas* e faz com que o consumidor possa realmente participar da atividade jurisdicional, no âmbito do processo civil, podendo dele extrair a utilidade prática de que precisa para sua tutela contratual.

A jurisdição, no contexto dos litígios sobre contratos de consumo, deve assumir duplo papel, no que se refere à questão probatória: protagonizar a prova, determinando medidas probatórias *ex officio*, sob o fundamento de que se trata de verdadeira questão de ordem pública e transferir, sempre que possível, como é o caso da inversão do ônus probatório, esse ônus ao fornecedor, o qual, via de regra, se encontra em condição de dominância (contratual, econômica, jurídica etc.).

Essa postura da jurisdição rompe com um código de conduta passiva, de índole liberal, privada, que pressupunha uma lógica de neutralidade como justificativa de tratamento igual entre os litigantes. Nada disso faz sentido em uma relação que, antes mesmo da atuação jurisdicional, já começou desigual no próprio plano do contrato.

Conforme aponta José Roberto dos Santos Bedaque,

Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso de que qualquer iniciativa sua possa torná-lo parcial. A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário. Essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual. Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. (BEDAQUE, 2009, p. 114).

Vale ainda mencionar que há muito foi o tempo em que a verdade formal satisfazia o caráter cognitivo do processo civil, pois é a busca por uma verdade real que traduz o sentimento mais próximo de uma efetiva justiça material.

Objetivando chegar à verdade real, muitas vias podem ser percorridas, tantas quantas forem as exigências reclamadas pelas dúvidas surgidas no processo civil, bem como pela dificuldade de se atribuir ao consumidor o ônus de elucidá-las.

De fato, para o consumidor, já extenuado pela sua condição recursiva de trabalho e consumo, qualquer esforço probatório já seria demasiado e, pior do que isso, *desestimulante* da própria busca pela tutela jurisdicional.

Dentro desse contexto, a “simples” tarefa de obter uma certidão junto a algum mecanismo de proteção ao crédito, aos cartórios extrajudiciais ou, até mesmo, aos judiciais, sujeitaria o consumidor a ausentar-se do seu trabalho e dos seus afazeres (o que muitas vezes não consegue), e ainda ao desembolso de dinheiro para o pagamento de taxas cartorárias, transporte etc., o que torna o ônus da prova difícil para o consumidor.

Tudo isso constitui um universo de fatores que contribuem negativamente para o consumidor e para sua atuação em juízo. A produção de provas a cargo do consumidor implica verdadeiro desvio de sua legítima trajetória de vida. Conforme abordado em interessante obra, Marcos Dessaune ressalta que, em todos os fatos decorrentes da atuação ilícita do fornecedor,

[...] o consumidor é levado a se afastar de uma atividade que deveria ou desejaria estar realizando – como trabalhar, estudar, cuidar de si, divertir-se, descansar, estar com entes queridos – para gastar seu tempo e suas competências na tentativa de resolver um problema de consumo ao qual não deu causa, mas que o está sujeitando a algum tipo de prejuízo, potencial ou efetivo (DESSAUNE, 2011, p. 49).

Registre-se que, felizmente, o Código de Processo Civil de 2015 incorporou em seu texto a possibilidade de se relativizar²⁷ a regra geral do ônus probatório, o que vem em reforço do que contido no próprio Código de Defesa do Consumidor. Porém, não obstante o avanço legislativo decorrente da aludida abertura, a inversão ainda continua a depender da atividade jurisdicional, ou seja, o ônus probatório permanece²⁸ sendo distribuído da forma clássica, e continuará a caber ao consumidor a prova do fato constitutivo do seu direito, salvo se o juiz se convencer da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança da alegação.

No entanto ao juiz não é dada a faculdade de proteger ou não o consumidor mediante a inversão do ônus da prova (*ope judicis*). Essa proteção decorre de mandamento da própria Constituição Federal e também da diretriz estampada no

²⁷ Art. 373. [...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 2015)

²⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL, 2015)

artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que alude a um reconhecimento geral de que o consumidor é vulnerável em relação ao fornecedor, o que enseja a inversão cogente do ônus da prova (*ope legis*).

Dentro de tais premissas, Fábio Costa Soares, de forma bastante apropriada, conclui que:

Considerando que a relação entre consumidores e fornecedores é permeada pela desigualdade em diversos aspectos, que se projeta nas lides de consumo, assim como é marcada pela existência de interesses conflitantes, a inversão do ônus da prova consagrada no Código de Defesa do Consumidor é importante técnica destinada à realização da igualdade material no plano processual. (SOARES, 2006, p. 271).

Destarte, se a lei mantém como regra a distribuição do ônus para o consumidor-autor, no que toca à prova do fato constitutivo de seu direito, caberá à jurisdição observar a necessidade de inversão do ônus probatório como regra e não como exceção, vez que a hipossuficiência probatória do consumidor, longe de constituir uma exceção casuística, é verdadeiramente uma realidade cotidiana que impõe ser transportada para cada processo judicial.

Por fim, a possibilidade de *interpretação das cláusulas contratuais em favor do consumidor* está disposta no artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o texto legal, "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". (BRASIL, 1990).

Dessa forma, a tarefa hermenêutica a cargo da jurisdição configura um pressuposto inarredável de justiça contratual, na medida em que repara, afina e molda os contornos das cláusulas que o consumidor sequer teve a possibilidade de construir.

Cláudia Lima Marques afirma que essa "hermenêutica mais favorável ao consumidor" é algo especial dentro dos contratos e das normas de consumo. Tal como esclarece, "trata-se de uma tendência mundial, originada da constitucionalização do direito dos contratos" (MARQUES, 2011, p. 904).

Portanto, nas demandas consumeristas, considerar o contrato como fonte de obrigação a partir do que contido em suas cláusulas seria o mesmo do que dar abrigo ao processo de dominação que é realizado pela indústria capitalista, dadas as necessidades do consumidor e a ausência de qualquer possibilidade de diálogo e de rejeição do pacto, por parte do consumidor.

Na verdade, "apenas a existência de uma argumentação, que não seja coercitiva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional" (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 581). Entretanto a condicionante expressa pelos autores não é a realidade experimentada nos contratos de consumo o que conduz a julgamento equivocados por parte da jurisdição. Segundo Günter Haupt, "per questo si dovrebbe liberare il giudice dall'indegno ruolo di dover mistificare i fatti per poter decidere correttamente". (HAUPT, 2012, p. 49).

Em outras palavras, a jurisdição deve atuar de forma interventiva para que a ausência de liberdade vivida pelo consumidor na construção e vinculação ao contrato seja reconhecida e compensada com os recortes e as adaptações destinados ao alcance da justiça material.

Não se pode perder de vista o fato de que a atividade interpretativa das cláusulas contratuais representa a espinha dorsal da tutela contratual do consumidor.

Enquanto a atividade jurisdicional de acesso e facilitação da defesa do consumidor encerram os meios para se chegar à realização da tutela, a atividade de interpretação do conteúdo contratual é o próprio fim perseguido pelo Estado na proteção do consumidor e que deve, nos termos do mandamento constitucional presente no artigo 5º, inciso XXXII, ser materializado pela jurisdição (BRASIL, 1988). A tutela contratual, portanto, tem na interpretação dos contratos a carga da jurisdição a justiça propriamente dita sendo realizada.

Como assinala Cláudia Lima Marques, "[...] a interpretação pró-consumidor é uma regra geral do sistema brasileiro (direito privado e público), que no microsistema do CDC consubstancia-se por meio da norma do art. 47, mas nela não se exaure [...]". (MARQUES, 2011, p. 907).

Outro aspecto relevante, no que pertence à tutela contratual do consumidor, é que a interpretação mais favorável deve levar em conta a finalidade do contrato.

É sabido que os contratos de consumo estão entre o consumidor e suas necessidades. São pontes de acesso, portanto. Objetivam desde a compra e a venda de um relógio importado àqueles que visam a garantir a saúde do consumidor e de toda a sua família. Há contratos que se destinam a viabilizar uma viagem de

turismo. Outros, porém, têm por escopo regular a oferta de água, energia, telecomunicações ou, ainda, realizar o direito à moradia.

Portanto, inegavelmente, o direito contratual e a tutela dos contratos de consumo atingem um nível protetivo que não está apenas relacionado a objetos patrimoniais, mas, muito além disso, estão intimamente ligados com a própria consecução prática de Direitos Fundamentais.

Em tal contexto, como já defendido aqui, jurisdicionar o contrato de consumo não é apenas resolver uma questão que diz respeito a meras expressões econômicas, conforme concepção clássica liberal. Por isso, o compromisso da jurisdição para com a tutela do consumidor deixa para trás o plano do negócio jurídico e passa ao plano das prestações positivas de Direitos Fundamentais a cargo do Estado e, portanto, do Estado-Juiz.

5.2.2.1.2 Direito fundamental à razoável duração do processo

Um ponto importante a ser enfrentado pela Teoria dos Contratos de Consumo é o da exata compreensão da emergência inerente a toda questão consumerista.

Na contemporaneidade, as necessidades são, em regra, todas urgentes. Um consumidor com o nome inscrito em um banco de inadimplentes está fadado à exclusão econômica e de acesso a bens de consumo que lhe são essenciais. Noutro exemplo, a ocorrência de um *corte* indevido de fornecimento de serviços públicos, tais como água, energia e, até mesmo, de serviços de telecomunicação, determinam condições extremamente desfavoráveis ao consumidor e à sua dignidade existencial; o que também ocorre no caso de vícios de produtos ou serviços, tudo estando a reclamar uma ação enérgica e pronta da jurisdição.

Na visão de Kasuo Watanabe,

Uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sociojurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos

processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal (WATANABE, 2012, p. 19).

Isso não significa que as garantias processuais do fornecedor serão olvidadas ou desconsideradas em prol do pronto atendimento aos declames consumeristas.

Por exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa, certamente, confere a principal característica do processo civil, qual seja a de que qualquer tipo de ato judicial de conteúdo decisório dependa, em regra, do esclarecimento prévio da verdade. Esse fato é descrito por Marinoni e Arenhart:

Perceba-se que o verdadeiro obstáculo para o juízo antecipatório sempre foi a possibilidade de arbítrio do juiz; por isto é que se pensou em garantia de participação das partes (contraditório). Contudo, a doutrina antiga, para não falar diretamente na possibilidade de arbítrio do juiz e na necessidade de preservação do contraditório, preferiu aludir a busca da “certeza jurídica” (ou da verdade) como pressuposto para a execução (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 210).

Entretanto, para os autores,

As novas exigências de tutela jurisdicional célere e pronta – responsáveis, inclusive, pela transformação da tutela cautelar em técnica de sumarização do processo de conhecimento – *transformaram o princípio da nulla executio sine titulo em mito*. Em outros termos: os novos conflitos, por sua própria natureza, deixaram clara a necessidade de tutela antecipatória, ou seja, de realização do direito no curso do processo de conhecimento (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 210).

Dessa forma, a adoção de medidas urgentes ou preventivas, seja de natureza cautelar ou antecipatória de mérito, deve ter foco na finalidade material de sua realização e não nos aspectos processuais liberais, típicos do Código de Processo Civil de 1973, ainda incrustados no imaginário jurisdicional.

É preciso, portanto, que a jurisdição se liberte dos dogmas conducentes a uma timidez na concessão de medidas urgentes, máxime no ambiente do contrato de consumo, em que mais devem ser a regra do que a exceção, pois, afinal, as questões de consumo estão intimamente ligadas aos bens e aos serviços que compõem o pacote de dignidade do ser humano.

O Código Processual Civil de 2015 dividiu a tutela jurisdicional entre a tutela provisória e a tutela definitiva. A primeira foi tratada no Livro V e compreende todas as medidas adotadas pelo juiz antes²⁹ da sentença. A sentença, por óbvio, conserva sua missão clássica de extinguir³⁰ o processo, sob a perspectiva das sentenças terminativas ou mesmo daquelas que determinam o encerramento da fase cognitiva, a partir do que pode ocorrer, dentro do processo de conhecimento, a etapa do cumprimento de sentença.

Pois bem, a tutela provisória, de acordo como Código de 2015³¹, deve estar fundada na *urgência* ou na *evidência*. Assim, criou-se uma divisão em que a tutela de urgência fragmenta-se em *cautelar* e *antecipada*. Quanto ao aspecto temporal³², pode ser *antecedente* ou *incidente*.

A função da tutela provisória ganha relevo no âmbito da jurisdição contratual de consumo ante a sempre imperiosa necessidade de rapidez de que se revestem tais questões. Assim, “a principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o *ônus do tempo do processo* [...]” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 567).

Fato é que o elemento temporal aparece como fator crucial para o consumidor, uma vez que não pode esperar demasiadamente por uma solução. Quando o consumidor buscar tutela jurisdicional, quase sempre essa demanda está relacionada com produtos ou serviços essenciais à sua condição de dignidade. Ao contrário do consumidor, o fornecedor não tem relação de dependência para com os produtos e serviços, o que faz com que a espera processual seja imensamente mais árdua para o consumidor do que para o fornecedor.

Destarte, adiante estão separadas as tutelas de urgência e da evidência, dentro dos quais será tratado como esses institutos, surgidos com o Código de Processo Civil de 2015, podem contribuir para a efetividade da jurisdição na tutela contratual de consumo, especialmente no que toca à rapidez e à efetividade das medidas de proteção ao consumidor contratante.

²⁹ Não obstante, importa destacar que o julgador pode também adotar medidas emergenciais durante o cumprimento de sentença, justamente porque conserva durante a jurisdição que exerce o poder geral de cautela.

³⁰ Art. 316. A extinção do processo dar-se-á por sentença.

³¹ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

³² Art. 294. [...] Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Segundo o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 300, "a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (BRASIL, 2015). Logo se vê que essa modalidade de tutela é bem parecida com a tutela cautelar do Código de 1973, estudada no tópico alusivo ao poder geral de cautela.

Para a concessão da medida, deve configurar-se a existência de uma probabilidade do direito, perigo de dano à parte ou mesmo o risco ao resultado útil do processo. De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, esses requisitos da tutela de urgência "são expressões redacionais do que é amplamente consagrado nas expressões latinas *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*, respectivamente". (BUENO, 2015, p. 2019).

Todavia, tanto no que toca à urgência da medida para se evitar dano irreparável ou risco ao objeto do processo quanto à probabilidade do direito, ficará a cargo da interpretação jurisdicional os seus reconhecimentos. Por isso, é importante sempre ter em mente que a maior probabilidade de violações jurídicas ocorre no sentido do fornecedor para o consumidor, e este, por essas e outras causas, é considerado por lei a parte mais vulnerável.

Dessa forma, via de regra, sem olvidar os recorrentes casos de vícios de produtos e serviços, é muito mais provável que o consumidor realmente tenha sido injustiçado em um contrato com cláusulas sempre predispostas, ou que tenha sido cobrado em quantia excessiva, ou, ainda, que tenha sido alvo de uma fraude eletrônica, que se tornou trivial na contemporaneidade, do que o contrário.

Ademais, se o fornecedor conseguir demonstrar a licitude e a justiça de seus atos, é claro que a medida pode ser revertida em prejuízo do consumidor. Mas, até que isso aconteça, a aposta na tutela consumerista imediata é bem mais *plausível* de acerto do que a postergação da tutela, seja para uma fase mais avançada do processo ou mesmo para a própria sentença/tutela definitiva.

É preciso, a toda evidência, que o conceito de *fumus bonis iuris* seja redimensionado para a lógica da contemporaneidade e que passe a admitir determinadas probabilidades que não dependam, necessariamente, da presença de provas formais, a exemplo do construto jurisprudencial aplicável ao caso da presunção da existência de dano moral (*in re ipsa*) decorrente de inscrição ilegal do consumidor em cadastro de inadimplentes.

Embora esse paradigma seja mais ligado à tutela definitiva, não deixa de comprovar como é possível à jurisdição adotar uma compreensão mais realista e menos ligada aos formalismos dogmáticos do positivismo. Na linha de tal pensamento, Humberto Theodoro Júnior entende que, para receber a tutela de urgência,

[...] não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no final do processo. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o "direito de ação", ou seja, o direito ao processo de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 623).

O devido processo legal pode muito bem ser adaptado ao dinamismo das relações de consumo.

Por outro lado, o *periculum in mora* também deve ser redimensionado para se aplicar a tutela de urgência nos contratos de consumo. É que, como as questões de consumo, invariavelmente, aludem ao atendimento de necessidades inarredáveis da pessoa humana (crédito, acesso aos bens de consumo, acesso aos serviços essenciais etc.), impera garantir a concessão da medida protetiva de urgência ao invés de não a conceder. É uma verdadeira presunção *juris tantum* que deve ser firmada em favor do consumidor e que pode, é claro, ser quebrada pelo fornecedor, caso demonstre uma realidade diversa daquela presumida.

Muitos poderiam bradar que se trata de uma opção paternalista e, de fato, é. No entanto, o paternalismo aqui nada mais é do que obediência constitucional (art. 5º, inciso XXXII) e está muito bem justificado, na medida em que a lógica dos iguais não pode ser aplicada aos contratos de consumo.

Nesse sentido, frise-se, é muito mais provável (*fumus boni iuris*) que o consumidor esteja injustamente enredado pelo contrato, via de regra, estipulado pelo fornecedor, e que isso esteja causando ou esteja na iminência de causar danos ao primeiro (*periculun in mora*) do que o contrário.

Portanto, *fumus boni iuris* e *periculun in mora*, no âmbito das relações e dos contratos de consumo, exigem sim da jurisdição um paternalismo providencial por dois motivos: para construir uma nova concepção que possa distinguir adequadamente os sujeitos processuais, suas características e suas necessidades, e para, a partir de tal compreensão, efetivar as medidas tutelares, não somente

possíveis, mas necessárias. Dentro desse contexto são as afirmações de Bruno Miragem, no sentido de que "[...] não se exige do Estado a neutralidade ao arbitrar, via legislativa ou judicial, as relações entre consumidor e fornecedores (MIRAGEM, 2010, p. 80).

Não foi à toa que o próprio Código de Defesa do Consumidor reconheceu o Direito Básico de *facilitação da atuação do consumidor em juízo*. Dessa forma, no âmbito das tutelas provisórias, o sentido facilitador sempre deverá ser observado pela jurisdição de forma abrangente e potencialmente multifacetário.

Vale ser tomado como paradigma a situação do §1º, artigo 300, do Código de Processo Civil de 2015, que relativiza a exigência de caução como condição para a concessão da tutela de urgência, caso seja a parte pretendente da medida "hipossuficiente" economicamente.

Em tal hipótese, se o julgador levar em conta o elemento textual da deficiência financeira, incorrerá em fatal erro na condução de sua função jurisdicional tutelar, a exemplo do que tratado nesta obra, relativamente ao caso da gratuidade judicial. Mas, sob um prisma de abertura interdisciplinar (histórico, sociológico, antropológico etc.), o critério econômico ditado pelo texto legal não fará o menor sentido, uma vez que o que torna vulnerável o consumidor não é a sua situação econômica propriamente dita, mas sua própria condição de dependência em relação ao fornecedor e a sua magnitude sistêmica em relação ao consumidor. Nos dizeres de Marcelo Duque, "[...] a vulnerabilidade do consumidor do no mercado de consumo extrapola barreiras sociais e econômicas" (DUQUE, 2013, p. 386).

Ademais, ainda que o consumidor, no caso concreto, não seja considerado hipossuficiente economicamente, não lhe deve ser exigida qualquer caução pelo simples fato de que tal exigência se afigura como um *dificultador* e não como um *facilitador*³³ de sua atuação em juízo. Nesse caso, haverá uma prevalência da norma consumerista por ausência de elemento contributivo à tutela do consumidor, por parte da norma processual civil. O *diálogo das fontes* é viável quando se puder, com ele, construir caminhos melhores ao consumidor. De acordo com o pensamento de Claudia Lima Marques, as leis dialogarão,

³³ O Código de Defesa do Consumidor alude a uma abertura geral para a tutela jurisdicional protetiva. Eis o texto: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos [...].

[...] à procura da realização do mandamento constitucional de proteção especial do sujeito mais fraco. [...] a uma mesma relação jurídica de consumo podem ser aplicadas muitas leis, em colaboração, em diálogo, se afastando ou se unindo, caso a caso, com seus campos de aplicação coincidentes, em diferentes soluções típicas para cada caso. (MARQUES, 2011, p. 614).

Dentro dessa análise, é possível chegar à conclusão de que o regramento da tutela provisória de emergência, antecipada ou incidente, será aplicado a questões de consumo, tanto quanto puderem ampliar ou aperfeiçoar os mecanismos previstos no próprio Código do Consumidor (art. 84, §5º), o qual se funda, para efeito das tutelas emergenciais, em cláusulas legais gerais, com abertura para larga atuação jurisdicional em prol da tutela consumerista.

Por seu turno, a tutela da evidência é trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 311, assim redigido:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente (BRASIL, 2015).

O ponto central dessa possibilidade de tutela provisória é que ela não requer a demonstração do chamado *periculum in mora*, estando fundada, em linhas gerais, na possibilidade de demonstração do direito por meio da *prova documental*. É uma verdadeira tonificação da prova documental dentro do processo civil.

De outro lado, ganha relevo a força dos precedentes jurisprudenciais, fato que nem sempre é positivo, já que o consumidor, dadas as incontáveis deficiências que o vulneram, nunca foi um protagonista jurisprudencial, sendo certo que as grandes corporações econômicas logram e lograrão melhores resultados junto aos Tribunais de cúpula.

Mais uma vez, deve ser chamada a atenção ao fato de que a tutela da evidência, assim como a de urgência, deve ser utilizada tanto quanto possa beneficiar o consumidor. Dessa forma, importa notar que essa modalidade de tutela está intimamente ligada ao próprio objeto da pretensão final, de forma a dar maior efetividade à jurisdição. Isso pode ser percebido pelo fato de que as decisões alusivas à tutela da evidência podem ser concedidas liminarmente (Art. 311, § único).

Especialmente nos casos de vício ou até mesmo de fato do produto ou serviço, diante da nota fiscal, das ordens de serviço, dos comprovantes de despesas, tudo estando a atestar a fluência de prazo e os prejuízos suportados, o consumidor já poderá, por exemplo, exercer o direito de substituição dos produtos ou refazimento dos serviços, ou mesmo, em ambos os casos, receber a restituição do valor pago devidamente atualizado, como prevê o Código do Consumidor.

Dessa forma, abolir o elemento *periculum in mora* como pressuposto para a concessão de tutela emergencial provisória significa algo de muito importante e contributivo para a tutela contratual do consumidor, já que valoriza, de certa forma, o conteúdo e a relevância do direito postulado em juízo. Destarte, na tutela da evidência, "[...] o que se protege diretamente é a própria usufruição do direito material, e não propriamente a conservação da utilidade do processo" (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 691).

Assim, caberá à jurisdição bem utilizar a possibilidade da tutela da evidência em diálogo com o que dispõe o artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, compreendendo que as demandas de consumo têm relação íntima com a satisfação de necessidades essenciais da vida em sociedade e que, portanto, devem receber tratamento privilegiadíssimo. Como ensina Bruno Miragem,

A preocupação com a efetividade vai estabelecer uma correspondência eficiente entre o direito subjetivo de proteção do consumidor e a finalidade observada a partir deste direito, com os meios processuais conducentes a este fim. Esta correspondência, antes de um ensaio meramente formal já havido no direito tradicional sob a célebre disposição de que "a todo direito corresponde uma ação que o assegura", passa a vincular direito material e os meios processuais conducentes a sua eficácia, com instrumentos inspirados pela efetivação dos direitos, combinando o reforço dos poderes do juiz, a celeridade e a utilidade da prestação jurisdicional (MIRAGEM, 2010, p. 446).

Em uma sociedade cujos membros (consumidores) efetivamente não conseguem prover suas necessidades, a dependência destes em relação aos fornecedores é evidente. Como diz Bauman, "[...] a sociedade pós-moderna envolve seus membros primariamente em sua condição de consumidores e não de produtores. A diferença é fundamental". (BAUMAN, 2001, p. 90).

Essa dependência é transportada para o ambiente processual civil na medida em que as demandas judiciais de consumo têm sempre como causa uma relação direta e essencial entre o sujeito consumidor e os meios materiais necessários a sua vida digna. É dentro desse contexto que a tutela da evidência pode contribuir para a tutela contratual de consumo, que é sempre uma tutela emergencial por natureza e não por uma situação casuística.

Oportunas, pois, as palavras de Humberto Theodoro Júnior quando, a propósito das tutelas provisórias previstas no Código de Processo de 2015, reconhece haver "[...] situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da justiça" (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 610).

Portanto, a tutela da evidência, no campo da tutela contratual de consumo, se tomada pelo viés da efetividade de Direitos Fundamentais, pode, enfim, contribuir para a melhoria do mercado de consumo, uma vez que, na medida em que passe a atender rápida e eficazmente as necessidades dos consumidores, redirecionará as práticas comerciais e inibirá as condutas lesivas aos consumidores, as quais estão assentadas, muitas vezes, na certeza da ineficiência jurisdicional.

Conclusivamente, a incorporação do direito fundamental à razoável duração do processo de uma forma efetiva por uma teoria dos contratos de consumo, resultará em benefícios inegáveis aos consumidores, especialmente porque, para eles, qualquer espera, por menor que seja, já representa um grande sacrifício.

5.3 Concepção não negocial dos contratos de consumo

Para o Direito Privado em curso, contrato é espécie de negócio jurídico. As condições fáticas (suporte fático) de ocorrência de um são as mesmas do outro, com

destaque para a atuação da liberdade das partes, ou seja, para a atuação da vontade.

Porém, essas circunstâncias fáticas pressupostas pela Teoria do Negócio Jurídico e que se irradiam pela Teoria Geral dos Contratos, não se repetem no âmbito dos contratos de consumo, estes últimos regidos pela necessidade e realizados quase sempre de forma automatizada e despersonalizada. Segundo a lúcida análise de José Lopes de Oliveira,

[...] é freqüentemente sob o império da necessidade que o indivíduo contrata; daí ceder facilmente ante a pressão das circunstâncias; premido pelas dificuldades do momento, o economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte; e transforma em tirania a liberdade, que será de um só dos contratantes; tanto se abusou dessa liberdade durante o liberalismo econômico, que não tardou a reação, criando-se normas tendentes a limitá-las; e assim surgiu um sistema de leis e garantias, visando impedir a exploração do mais fraco. (OLIVEIRA, 1978, p. 9)

Contudo, embora exista um sistema de leis e garantias destinadas à proteção do mais fraco, a permanência dos contratos de consumo na base do negócio jurídico, tem funcionado como enorme incongruência ante à realidade destes mesmos contratos.

Em regra, nenhum consumidor manifesta vontade em contratar algum bem de consumo. Fosse a vontade o elemento genético do contrato de consumo, poderia o consumidor decidir por realizá-lo ou não. Entretanto, no lugar da vontade posiciona-se a necessidade como verdadeiro elemento animante do contrato de consumo.

Portanto, uma teoria dos contratos de consumo deve considerar a inviabilidade de que os contratos por ela alcançados assentem-se sob uma base negocial, passando a adotar um contrato sem negócio jurídico subjacente.

Na doutrina, escassas são as obras que tratam do tema. Dentre elas, a de Juliana Pedreira da Silva abordou a questão, não necessariamente com foco nos contratos de consumo. Todavia, os estudos são altamente contributivos para a defesa do argumento de que determinados contratos não estão sob a tábua negocial.

A referida autora identifica diversas situações de contratos que fogem completamente à estrutura rígida do negócio jurídico. Sua opinião pode ser sintetizada no seguinte fragmento:

O reconhecimento e tutela dos contratos sem negócio jurídico fundante não significa o surgimento de um novo instituto de direito privado. Significa na verdade, a necessidade de releitura do conceito de contrato de acordo com as exigências do tráfego jurídico. (SILVA, 2011, p. 129)

De fato, os contratos de consumo efetivamente ocorrem à revelia da existência de um formalismo dogmático.

Diversas situações do dia a dia ocorrem sem qualquer solenidade negocial. Como exemplo, é possível citar a compra de um sanduíche em um *fast food*. Trata-se de um contrato de compra e venda tão automatizado que o consumidor nada mais idealiza do que o próprio sanduíche (finalidade) em si. Por parte do fornecedor, o consumidor é tido como mais um, dentre milhares que passam pelo balcão de atendimento. As partes sequer tomam nota de suas identidades civis. Sequer é observado pelo fornecedor se o comprador, para quem está sendo vendido o alimento, é ou não um *agente capaz*. Mesmo assim, a operação de compra e venda é realizada mediante o pagamento e a entrega do produto ao consumidor.

De uma forma geral, os contratos de consumo seguem essa mesma trilha de informalidade e de dinamismo. Contudo, mesmo no caso de relações contratuais de consumo realizadas sob o manto de contratos escritos, o que de fato ocorre é tão somente a criação de uma *fachada* formal destinada a fazer supor que o ato se deu de acordo com o constante nas respectivas cláusulas. Isso porque os contratos de consumo, até por uma exigência do fluxo de operações, nada mais são do que modelos pré-concebidos para determinadas finalidades (contratos de consórcio, seguro, conta-corrente, cartão de crédito, empréstimo, compra e venda, prestação de serviços de telefonia, saúde, dentre tantos outros).

E nem se diga que estes contratos são de *adesão*, conforme disciplinado no artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor, porque até para aderir é preciso um ato de vontade neste sentido.

Na verdade, o consumidor não adere por ato de vontade. A adesão, se é que se pode usar este termo, ocorre pela necessidade de acesso aos bens de consumo. Vale dizer que os contatos de consumo, em tais circunstâncias, são apenas um rito de passagem e não um ato negocial propriamente dito.

Na sociedade contemporânea, os atos de consumo simplesmente são realizados pelos consumidores tendo em vista o bem de consumo necessário. A

tecnologia contratual alicerçada na base do negócio jurídico e que se coloca entre os consumidores e o acesso aos bens de consumo é desimportante. São, de igual modo, sem qualquer relevância para o consumidor o conhecimento prévio dos termos do contrato ou mesmo, caso seja possível – geralmente não é – a efetiva compreensão da dimensão jurídica de tais termos.

É fato que nas relações de consumo, cujos contratos no mais das vezes são ou de compra e venda ou de prestação de serviços, sequer há a formalização de um instrumento. Nos casos em que há a celebração de um instrumento contratual, nada mais se pede do consumidor além da aposição de sua rubrica nas folhas da escritura contratual.

O contrato em tais casos, quando celebrado formalmente não é visto sob a perspectiva do conteúdo de suas cláusulas, mas sim de acordo com os elementos expressamente cognoscíveis da relação, quais sejam o bem de consumo com sua descrição (marca, cor, modelo, versão, dentre outros) e o preço, nele incluídas as condições de pagamento.

Um ou outro elemento adjunto à relação, tal como a garantia, se torna conhecido do consumidor apenas por ação da oferta, sendo certo que as *condições da garantia*, via de regra restritivas ao consumidor, sequer são objeto de uma análise apurada.

Certamente, a própria dinâmica de rapidez e de fluidez das contratações não permite maiores incursões investigativas por parte do consumidor. Mesmo que pudesse desvendar todos os meandros do contrato, de nada adiantaria. Qualquer questionamento por parte do consumidor seria completamente inútil, considerada a sua posição de não dominância na relação jurídica e de dependência do produto ou do serviço ofertado,

Portanto, a Teoria do Negócio Jurídico vigente no Direito brasileiro, não é apta a explicar e a disciplinar os contratos de consumo, razão pela qual tais contratos devem ser considerados dissociados da base do negócio jurídico.

Se o contrato de consumo não pode estar assentado em uma base negocial, poderia ser cogitado que ele pudesse ser acomodado dentro da categoria *mais genérica* do *ato jurídico*. Nesse sentido, dentre poucos civilistas brasileiros que refutam a base negocial para os contratos em geral, César Fiuza é quem, em

decorrência disso, reposiciona o contrato (não especificamente os de consumo), afirmando que "Contrato é todo ato jurídico lícito [...]" (FIUZA, 2009, p.15).

No entanto, ainda que se exclua o contrato de consumo da base do negócio jurídico, o ato jurídico não se revela como melhor instituto pelo qual pudesse ser agasalhado. Isso porque, tal como ocorre com o negócio jurídico, o ato jurídico é consistente na "[...]declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente." (RÁO, 1961, p.30).

Ademais, preceitua o Código Civil, no seu artigo 185, que: "Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.", que tratam justamente do negócio jurídico. (BRASIL, 2002).

De todo modo, parece bem evidente que tanto a doutrina francesa, adepta da teoria do fato e do ato jurídicos, como a alemã, adepta do negócio jurídico, situam o contrato sempre considerando a atuação da vontade dos contratantes.

Tudo indica que a estrutura dogmática dos fatos jurídicos, ora decomposta em ato ou em negócios, se posta à prova na esfera dos contratos contemporâneos, especialmente os de consumo, revelará sua incompletude, sua insuficiência.

Portanto, para além de negar o caráter voluntário e negocial do contrato de consumo é preciso (re)posicioná-lo dentro de um construto jurídico condizente com sua mais autêntica natureza social.

5.3.1 O contrato de consumo como comportamento social típico

Günter Haupt levantou a questão dos contratos sem negócio jurídico e o fez especialmente ao analisar o caso das "relações contratuais fáticas", decorrentes de *comportamentos sociais típicos*. (HAUPT, apud LARENZ, 2006, p.57).

Para Haupt, é possível que haja contrato sem negócio jurídico, ou seja, sem acordo de vontade. O contrato decorreria de certos comportamentos existentes na sociedade, amplamente aceitos e principalmente típicos das relações que caracterizam o tráfego de interesses sociais. Para o autor, o objetivo de seu estudo:

[...] era cercare di dimostrare che non corrisponde alla realtà dei fatti ricondurre ogni rapporto contrattuale alla conclusione di un contratto perfezionata con l'emissione di dichiarazioni di volontà reciproche nell'accezione del codice civile. Infatti in talune circostanze, anche in assenza di un accordo negoziale efficace, conformemente a quanto avviene

nella realtà possono sorgere dei rapporti contrattuali già con la realizzazione di uno stato di fatto sociale, che vincola in modo tipico gli interessati. (HAUPT, 2012, p. 74)

Larenz, na observação crítica da obra de Haupt, avalia que a moderna circulação de bens representativa de um plexo altamente dinâmicos de relações de massa, ocorre sem necessariamente ser precedida de qualquer solenidade. As relações simplesmente ocorrem mediante o pagamento de um preço determinado, decorrendo disso a conseqüente entrega de algum bem ou prestação. (LARENZ, 2006, p. 58).

Quando afirmou isso no ano de 1941, tudo indica que Haupt já conseguia ver na Europa um cenário parecido com o que ocorre sistematicamente na sociedade de consumo contemporânea. Ao tratar, por exemplo, do serviço de transporte público (bonde, etc.) já dava a noção da existência de relações contratuais (contrato de transporte) sem qualquer precedente negocial ou mesmo sem qualquer contrato formal, na mesma linha do que se vê no mercado de fornecimento de bens e consumo atual.

As relações observadas por Haupt e que compõem, no seu entender, o universo das relações contratuais de fato decorrentes de comportamentos sociais típicos, foram organizadas da seguinte forma, pelo autor:

Data l'ampia scala dei rapporti contrattuali di fatto a cui si è fatto cenno, a dire il vero è impossibile stabilire la fattispecie in modo unitario e organico. Invece per il momento si può soltanto tentare di inquadrare il fenomeno in una casistica tipizzata. Così nel prosieguo si tratteranno: rapporti contrattuali di fatto da contatto sociale (par. II), da inserzione in un rapporto comunitario(par. III), e da obbligo sociale di prestazione (par. IV). (HAUPT, 2012, p. 49-50)

Karl Larenz, por seu turno, não vê com bons olhos tal organização e analisando criticamente o conteúdo anteriormente citado diz que Haupt,

[...] agrupou sob a expressão “relações contratuais fáticas” três grupos de fatos típicos, cuja característica comum era que, sem um acordo negocial válido, relações jurídicas de direito contratual se estabeleciam em razão de que “uma fatispécie social vinculante para os envolvidos se realiza conforme a praxe cotidiana”. Trata-se, em primeiro lugar, das por ele chamadas relações contratuais fáticas “em virtude de contatos sociais”, dentre as quais ele inclui principalmente os deveres de cuidado e consideração “pré-contratuais”, que, segundo a doutrina dominante, são estabelecidos pela

entrada nas negociações contratuais, assim como as “coletividades fáticas” (relações de trabalho e sociedade), estabelecidas por meio da prestação feita de fato, apesar da nulidade do contrato de trabalho ou de sociedade, e, finalmente, aquelas que aqui interessam, as por ele chamadas “relações contratuais fáticas em virtude de uma obrigação de prestar social”, entre as quais ele elenca especialmente o contrato de transporte que se realiza por meio da utilização de um bonde ou de outro meio de transporte público. A reunião desses três grupos de fatos típicos sob um conceito comum e, além disso, erroneamente formulado é pouco feliz, uma vez que se trata de manifestações bastante diversas. (LARENZ, 2006, 57)

No entanto, o que realmente pode ser aproveitado do pensamento de Haupt e que importa a uma teoria dos contratos de consumo é o reconhecimento de que a vida em sociedade e o modo como seus membros se relacionam não seguem necessariamente um padrão conceitual jurídico, que de regra tem contornos muito menos dinâmicos do que os observados no tráfego dos bens de consumo.

Portanto, as contribuições de Haupt e também de Larenz – este último um pouco mais conservador no sentido de ainda reconhecer, mesmo nos comportamentos sociais típicos a presença da autonomia (LARENZ, 2006, p. 60) –, servem como base para o entendimento de que o contrato de consumo é um comportamento social típico da sociedade contemporânea, caracterizado por uma atitude muito mais complexa do que aquela do tempo histórico de Haupt e que envolve um cenário de falência da autonomia e prevalência da necessidade dos consumidores.

Importa ser registrado que o pensamento de Haupt não é desconhecido da doutrina consumerista brasileira e recebeu de Nelson Nery Junior atenção quando o mesmo tratou da proteção contratual, em conhecida obra publicada pelos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o referido autor,

No que respeita a incidência das normas do CDC para regular as condutas sociais típicas, verificamos que essa aplicação terá lugar principalmente quanto às relações por tráfego de massa, como, por exemplo, a utilização dos serviços públicos de energia elétrica, gás, água, telefone e transportes. (GRINOVER et al., 2011, p. 2).

Contudo, não a restrição proposta por Nery Junior, não parece coerente com a realidade social.

O contrato de consumo, como comportamento social típico, existe em todo lugar e a todo tempo. Vive-se uma ininterrupta contratação que objetiva desde os alimentos aos serviços de telefonia, energia elétrica, água, roupas, remédios,

alcançando tudo o que pode e é ofertado pelo mercado, voltado para o atendimento das necessidades dos consumidores.

Em tais circunstâncias uma teoria dos contratos de consumo deve procurar um espaço adequado para o seu contrato. Não é possível que as contratações de bens de consumo sejam tratadas como frutos de uma vontade, as quais remanescem apenas num plano fático bastante específico hoje em dia, muito mais alinhado às questões empresariais e aquelas cujo fim está em viabilizar a circulação de riquezas patrimonialmente consideradas.

O contrato de consumo não visa fazer circular riquezas, pelo menos por parte dos consumidores que, como já dito, ambicionam satisfazer suas necessidades. Sua missão é instantânea e de satisfação pouco duradoura, até porque as necessidades dos consumidores estão sempre sendo renovadas de acordo com as exigências da vida diária.

Tem-se, portanto, que o contrato de consumo é algo particularmente diferente do contrato que é um conceito geral adotado pelo Direito Privado. Pode ser afirmado que o contrato de consumo não recebeu do Direito o seu reconhecimento devido. Nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor tratou de fazê-lo. É que o contrato de consumo não foi trabalhado como um instituto autônomo, mas como uma variação do contrato *lato sensu*, fundado na atuação da vontade.

Portanto, a transposição do contrato a partir de uma espécie de negócio jurídico para a condição de um comportamento social típico, representa enorme avanço que, no mínimo, traz realidade ao enfrentamento do tema e possibilita a uma teoria própria dos contratos de consumo a construção de modelos jurídicos mais alinhados com a realidade social que o Direito pretende tutelar, especialmente no campo obrigacional.

Acertadamente, avalia Haupt, na linha de sua crença nas relações contratuais fáticas decorrentes de comportamentos sociais típicos, que os contratos não nascem apenas de negócios jurídicos. Assim, diz que “L’analisi effettuata ha dimostrato che la conclusione negoziale del contratto, che domina il sistema del nostro diritto contrattuale, non può essere considerata l’unica fattispecie generatrice di rapporti contrattuali.” (HAUPT, 2012, p. 77).

Dessa forma, considerar ser possível o deslocamento do contrato de consumo da base negocial abrirá um campo repleto de possibilidades para que uma teoria dos contratos de consumo consiga construir um modelo de contrato e de tutela contratual mais condizente com a realidade da sociedade de consumo, do que aquele atualmente ofertado pela Teoria Geral dos Contratos, assentada em uma base negocial.

5.3.2 A rejeição do contrato de consumo como fonte de obrigações

A dominação exercida pelos fornecedores em detrimento dos consumidores está sustentada basicamente em dois elementos: a *necessidade* e o *contrato*.

A necessidade, como visto, decorre do domínio da produção dos bens essenciais aos consumidores, por parte dos fornecedores, e que compõem um pacote viabilizador de mínima dignidade. Além disso, outras necessidades são efetivamente criadas pelo mercado de fornecimento, induzindo ao modismo, ao consumismo e à constante descartabilidade dos bens de consumo, enquanto atividade que garante a permanente demanda do consumidor, viabilizando a maximização dos lucros.

Mas a necessidade, que é fator de dominação, conduz ao outro fator, também de dominação; o contrato. O contrato se coloca, pois, entre a necessidade e a realização do necessário ao consumidor.

A dominação do consumidor, que se dá pela utilização do contrato decorre do poder instituidor de que dispõe o fornecedor. Tal poder instituidor atua a partir da dependência do consumidor e se legitima no modelo jurídico vigente para os contratos, ou seja, no modelo de base negocial.

Desse modo, as cláusulas instituídas unilateralmente pelo fornecedor, uma vez celebrado o contrato de consumo, passam a gerar força obrigacional. Ora, para o Direito Privado o contrato obriga as partes de acordo com o seu conteúdo e com as regras legais vigentes. Segundo Orlando Gomes,

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser

excepcionalmente, pode intervir, para mudar o curso de seus efeitos (PEREIRA, 2014, item 185)

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, só não garante força obrigacional aos contratos de consumo, nos termos do artigo 46, caso não seja dada ao consumidor “[...] a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”. De todo modo, o Código afirma textualmente no artigo 48, que: “As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor [...]” (BRASIL, 1990).

Dessa forma, as cláusulas contratuais, sejam justas ou injustas, legais ou ilegais, produzem efeitos imediatos até que sejam posteriormente questionadas e efetivamente anuladas perante a Justiça. Esta é a questão central do problema dos contratos de consumo fincados em uma base negocial.

Definitivamente, defende-se, a propósito de uma teoria dos contratos de consumo, que este contrato não possa ser considerado como fonte de obrigação.

Considerando que o conceito de obrigação está relacionado com o vínculo jurídico que é construído pelas partes a partir do exercício da liberdade e as enliça, não faz o menor sentido que o contrato de consumo, enquanto construto não proveniente da autonomia, possa gerar obrigação.

Não se quer dizer, com isso, que a obrigação deixa de ser algo inerente aos contratos de consumo. O que se pretende modificar é a noção de fonte obrigacional que deve deixar de ser o contrato, em si mesmo considerado, passando a residir tal fonte na justiça da relação; justiça esta que está, por sua vez, atrelada à *equivalência material* e ao *atendimento das necessidades dos consumidores*.

O suporte jurídico e axiológico para sustentar esta proposta encontra-se no artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, sob o signo de uma Política de Estado:

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** [...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e **compatibilização** da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a

viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e **equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores**. (BRASIL, 1990)

Parece coerente considerar que o contrato de consumo não pode mais ser considerado como fonte obrigacional, porque é justamente dessa concepção que os abusos são praticados contra o consumidor. O próprio Código de Defesa do Consumidor reservou um espaço para tratar única e exclusivamente das *cláusulas abusivas*, conforme se vê no artigo 51.

Ora, parece insano apostar num modelo contratual de base negocial já cogitando, de antemão, a hipótese de que cláusulas abusivas possam vir a ocorrer no tráfego dos contatos de consumo.

Tudo está, portanto, a indicar que as circunstâncias de surgimento dos contratos de consumo não recomendam que ele seja reconhecido como fonte obrigacional.

5.3.2.1 O alcance da finalidade dos contratos de consumo como pressuposto obrigacional

Ao recusar o contrato de consumo como fonte obrigacional vem à lume o ônus de identificar qual seria então o substituto do contrato para ligar consumidores e fornecedores em um vínculo.

Pensar o contrato de consumo como fonte de obrigação, pura e simplesmente, a partir do que informam suas cláusulas é um verdadeiro equívoco, como já dito, já que, no cenário das relações de consumo, as bases do contrato não são necessariamente aquelas do negócio jurídico preconizado pelo Direito Privado. As declarações e as recepções formais da vontade, no âmbito dos contratos de consumo, representam uma vontade meramente fictícia, destinada a atender um pressuposto jurídico objetivo de juridicidade do contrato.

Estudando tal problema, Clóvis do Couto e Silva apresentou, no ano de 1964, à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, uma tese intitulada de "A obrigação como processo". Em uma lúcida análise das transformações sociais ocorridas na parte final do século XX, o autor alude ao flagelo da autonomia em matéria contratual:

É manifesto, assim, que a autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações, que com ele se vincula, se encontram em período de transformação e de reelaboração dogmática. De um lado, a intervenção estatal, os atos de planificação e os formativos de direitos privados e, de outro, a tipificação social, e sobretudo os atos jurídicos de caráter existencial, forçaram a revisão dos conceitos (SILVA, 2007, p. 31).

Para o autor, "o 'processo' da obrigação liga-se diretamente com as fontes (como nascem os deveres) e com o desenvolvimento do vínculo" (SILVA, 2007, p. 64). O grande problema foi o de que as fontes, dentro do modelo positivista e dentro da visão civilista, que influencia hoje os contratos de consumo, podem ser mais ou menos abrangentes e, via de regra, no terreno das relações de consumo, encontram no contrato formal a sua maior representação. Mas, para Clóvis do Couto e Silva, "obrigação é um conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor" (SILVA, 2007, p. 168).

Sob a perspectiva do consumidor, seu crédito está em ser abastecido por produtos e serviços de qualidade e a um preço justo. Essa relação que o próprio Código de Defesa do Consumidor considera como relação de *finalidade* (art. 2º, *caput*) obviamente não depende da vontade, sendo ditada por circunstâncias sociais da vida urbana na esteira dos mecanismos do capitalismo. Não é o contrato de consumo que faz nascer a relação entre o consumidor e o fornecedor, bem como essa ligação não se faz pelo império da vontade, mas pelo imperativo da produção, da necessidade e do consumo.

Postos, assim, consumidor e fornecedor, em uma relação de interdependência, frise-se, finalística, o que a sustenta, do ponto de vista jurídico-obrigacional, é justamente o esforço comum para o cumprimento das finalidades almejadas, dentro da Ordem Econômica, muito bem delineadas no próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, tal como já abordado anteriormente.

Logo, a obrigação, em matéria de contratos de consumo somente pode ganhar proteção jurídica se, e somente se, estiver de acordo com as diretrizes especificadas para a relação de consumo, e não necessariamente de acordo com o que dispõe o contrato, o qual, geralmente, vem eivado por cláusulas predispostas ao benefício substancial do fornecedor.

Portanto, a obrigação em matéria de consumo não nasce ou tem como fonte o contrato enquanto instrumento jurídico-formal ou não formal. Na verdade, a obrigação nasce, em matéria de consumo do universo de acontecimentos

conducentes ao atendimento das finalidades da relação jurídica. Segundo Clóvis do Couto e Silva,

A principal transformação ocorrente na teoria das fontes é a existência de deveres resultantes da concreção do princípio da boa-fé. Da concreção desse princípio resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se mediante ao princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre figurantes da relação jurídica. (SILVA, 2007, p. 169).

Levando tal entendimento para o terreno consumerista, a obrigação em matéria de consumo está assentada no binômio que integra o direito de acesso dos consumidores aos bens e serviços necessários à vida contemporânea e o dever dos fornecedores em ofertar produtos e serviços de qualidade e a um preço justo. Nesse sentido, Paulo Lôbo descreve que:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importante que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária e da razoabilidade (LÔBO, 2011, p. 70).

Tem-se que a relação de consumo, à luz do que até aqui foi trabalhado, é muito menos fundada no conteúdo do contrato e muito mais fundada no objetivo final da referida relação. O que deve importar para uma teoria contratual de consumo não é o contrato de consumo, mas o fato mais amplo em que ele está inserido, ou seja, a própria dimensão da relação de consumo. Segundo Ruy Cirne Lima:

Fato jurídico não é, portanto, o contrato, de conclusão instantânea; mas, os contratantes, o objeto do contrato, o contrato mesmo, e a própria coletividade social, a que aqueles pertencem. O todo condicionará a relação jurídica que, graças a essa conjunção, virá a surgir e a perdurar, renovada de instante a instante. (LIMA, p. 118)

Nesse sentido, é possível afirmar que a relação de consumo independe do contrato – tal como dogmaticamente conhecido –, assim como a obrigação também independe do contrato como fonte. Na verdade, a obrigação em matéria de consumo

surge para o consumidor e para o fornecedor quando o objetivo do ato de consumo se realiza, dentro das premissas da Política Nacional de Relações de Consumo.

Dessa maneira, os contratos de consumo ocorrem aos milhões, sob diversas formas, alheias aos postulados do negócio jurídico, especialmente da autonomia e, até mesmo, da própria capacidade jurídica das partes, como é o caso das pessoas relativa ou absolutamente incapazes.

O acontecimento dos contratos de consumo está muito mais relacionado a um comportamento social rotineiro, frenético e cíclico, do que propriamente a um construto do Direito, no caso, o contrato, enquanto negócio jurídico. Atento a tal fato, aduz Ruy Cirne que: “O objeto do contrato não mais encerra, [...] do que um comportamento social: "dare, facere, praestare" (LIMA, 1952, P.121).

Já para Karl Larenz;

O termo “contrato” engloba tanto a causa de surgimento, a conclusão do contrato, quanto a relação jurídica por meio deste estabelecida, a relação contratual; querendo-se afastar esse duplo sentido, faz-se bem em evitar aqui também a expressão “relação contratual”. Mas, caso se fale aqui também de “relações contratuais”, então será necessário, futuramente, diferenciar entre relações contratuais fundadas em um contrato (ou seja, em um negócio jurídico) e aquelas que se baseiam em um correspondente comportamento social típico dos envolvidos. **Poder-se-ia talvez, então, construir como conceito mais abrangente e comum aquele do “contrato em sentido amplo”, que significaria tanto quanto “comportamento correspondente como fonte de uma relação de direito privado”.** Dentro desse conceito mais amplo, deveriam, então, ser diferenciados os verdadeiros contratos, os negócios jurídicos bilaterais, e o comportamento social típico como fonte de uma relação contratual. O futuro dirá qual uso linguístico será acolhido. Também não será aprofundada aqui a questão de saber se outros contratos, que até o momento se procurou construir como conclusões de contrato, não seriam melhor enquadrados com ajuda da categoria dos comportamentos sociais típicos; penso aqui na “compra” em máquinas automáticas e também nos casos de lojas de autoatendimento (*self-service*). Com o reconhecimento do comportamento social típico como causa obrigacional pelo BGH deve, de qualquer forma, ser introduzido um desenvolvimento capaz de permitir uma adequada apreciação de manifestações da moderna circulação de bens (LARENZ, 2006, p. 62, grifo nosso).

Consigne-se que a análise do contrato ensimesmado como fonte obrigacional é deveras equivocada porque, quase sempre, o contrato é justamente o foco dos problemas e das injustiças que devem ser combatidas pelo Direito, através de uma teoria própria para os contratos de consumo.

Enfim, tem-se que o contrato de consumo, como já exposto, tem uma missão constitucional a ser cumprida, especialmente no que toca à promoção da dignidade

humana através do acesso dos consumidores aos bens de consumo, de uma forma democrática e justa. Esta missão está também reproduzida no Código de Defesa do Consumidor a partir do que contido no seu artigo 4º. Logo, se há uma razão de ser para o contrato de consumo, sua juridicidade importará a partir do efetivo desempenho desta mesma razão de ser.

Eis, portanto sua *funcionalidade*, na esteira do que levou Leonardo Poli a atribuir aos direitos autorais uma redefinição, tal como se pretende fazer com o contrato de consumo. Segundo o autor:

[...] a teoria jurídica do Direito Autoral assentava-se nos dogmas da autonomia da vontade, no princípio da liberdade econômica, na dicotomia Estado e Indivíduo e em uma concepção formalista de igualdade e liberdade. Em contrapartida, em um Estado de Direito, a teoria jurídica do Direito Autoral deve ter por fundamentos a dignidade da pessoa humana e a funcionalidade do direito subjetivo[...] (POLI, 2008, p.144-145)

Logo, o contrato formalmente considerado é apenas um item desta complexa relação, razão pela qual não pode ser o fio condutor de seus destinos.

5.3.2.1.1 O papel referencial do contrato de consumo no processo obrigacional

Destituído o contrato de fonte obrigacional, tal como se propõe, é inevitável o questionamento de qual função passará a exercer o contrato de consumo.

De fato, o contrato de consumo, materializado sob a forma escritural, revela, como já apontado neste trabalho, uma enorme incongruência entre o seu conteúdo e a relação deste mesmo conteúdo com uma suposta vontade que o caracterizou, ainda que por adesão ao seu conteúdo pré-estabelecido.

No entanto, o contrato de consumo contém elementos altamente interessantes à relação jurídica de consumo, especialmente aqueles voltados aos aspectos qualitativos e quantitativos inerentes tanto ao objeto do contrato quanto ao preço.

No caso do objeto, ressaltam-se as utilidades de suas descrições pormenorizadas no contrato, as quais, considerados os diversos produtos à disposição no mercado de consumo, muitos similares e que se diferenciam por pequenos detalhes técnicos, de desenho, versão ou modelo, garantem segura jurídica ao consumidor.

Quanto ao preço, nele incluídas as condições de pagamento, a função referencial do contrato de consumo mostra-se apropriada, na medida em que oferece tanto ao consumidor quanto ao fornecedor as bases objetivas daquilo que é necessário para a avaliação da equivalência material. Além disso, proporciona um parâmetro de liquidação da obrigação, esta, que, como dito, surgirá a partir do desenvolvimento do contrato voltado para a conjunção dos interesses dos contratantes dentro do mercado de consumo.

Registre-se que o contrato de consumo, embora venha a deixar de ser uma fonte obrigacional, contribui para a formação da obrigação a partir de sua missão referencial. Em outras palavras, o contrato de consumo deixa de ser o fio condutor da obrigação, passando a desempenhar o papel de integrante de sua estrutura.

Com isso, as cláusulas que importarem em abusos ou em qualquer tipo de violação aos direitos do consumidor ou à ordem jurídica, sequer terão a possibilidade de atuar juridicamente em prejuízo do consumo, como hoje ocorre a propósito de sua condição de fonte de obrigações.

Como exemplo, se acaso judicialmente um fornecedor pretender alguma prestação do consumidor, deverá, de início, comprovar a justiça em que se desenvolveu a relação jurídica. Ou seja, afasta-se o mito de uma obrigação decorrente da vontade das partes e materializada no contrato, considerada em si mesma como fato jurígeno obrigacional.

O ônus de provar a justiça do pacto passaria a ser um pressuposto jurídico de todo e qualquer fornecedor, antes que pudesse exigir do consumidor ou mesmo lhe impor consequências de qualquer jaez.

Com isso, uma teoria contratual de consumo conferiria sentido protetivo, preventivo e efetivo ao consumidor, na medida em que provocaria no mercado de consumo uma considerável mudança que seria notada com maior destaque na preocupação do fornecedor em bem atender o consumidor, dentro dos postulados da boa-fé.

Enfim, no intuito de constituir força obrigacional contra o consumidor, o trabalho do fornecedor se deslocaria da ação de *provar que tem um bom contrato* para ação de *provar que tem uma boa relação de custo e entrega de bens ou serviços ao consumidor*.

5.3.3 Reconhecimento e definição do contrato de consumo

O contrato de consumo não é um acontecimento social equivalente aos demais contratos havidos no tráfego de riquezas e de interesses econômicos, sejam de natureza pública ou de natureza privada.

Reconhecer o fato social no seu mais profundo detalhamento é um passo elementar que o Direito deve dar no sentido de construir as ferramentas destinadas à regência da vida em sociedade.

A devida congruência entre o fato e os mecanismos jurídicos que lhes são correlatos é justamente o que confere ao Direito o seu sentido de ciência social aplicada ou de técnica de solução de conflitos, como preferirem.

Assim sendo, o Direito assenta-se, em muitos casos, na referência a signos distintivos e identificadores de seus construtos. São, pois, os conceitos jurídicos aptos ao desiderato de conferir a devida pertinência entre o Direito e o seu local de ação.

De acordo com a análise de Larenz,

A proposição jurídica enlaça, como qualquer proposição, uma coisa com a outra. Associa à situação de facto circunscrita de modo geral, à «previsão normativa», uma consequência jurídica, também ela circunscrita de modo geral. O sentido desta associação é que, sempre que se verifique a situação de facto indicada na previsão normativa, entra em cena a consequência jurídica, quer dizer, *vale* para o caso concreto. (LARENZ, 1997, p.351)

Não se pode olvidar que uma conceituação jurídica, em muitos casos, a depender de seu grau de rigidez ou de suas limitações descritivas, termina por, paradoxalmente, cegar o Direito a determinados fatos ou fazer com que determinados conceitos sejam referências inadequadas de determinadas ocorrências.

Dessa forma, atentando-se a um mínimo grau de definição e, ao mesmo tempo, de capacidade de universalização do alcance conceitual, eis que, *contrato de consumo é um comportamento social típico, não negocial, que tem por fim viabilizar o acesso dos consumidores aos bens e serviços necessários a uma vida digna e a cooperar, enquanto referencial quantitativo e qualitativo da relação, para a construção do processo obrigacional entre consumidores e fornecedores, observadas a equivalência material e a prevalência da pessoa humana.*

6 CONCLUSÃO

Os contratos de consumo assentam-se na plataforma do negócio jurídico. Diante de tal constatação, referidos contratos são tratados pelo Direito Privado à luz dos mesmos fundamentos com que são tratados os negócios jurídicos, com destaque para a atuação que a *vontade* desempenha na construção do contrato e, conseqüentemente, na produção de efeitos jurídicos de natureza obrigacional.

O presente estudo tem por fim questionar se a *vontade* realmente é um elemento atuante nos contratos de consumo ou se sua existência é apenas uma construção formal do Direito Privado, porque, se assim for, está-se diante um gravíssimo dissenso entre a realidade e o direito posto.

Pois bem, de início, o estudo passou pela análise do negócio jurídico, com olhos atentos aos seus contornos conceituais, inclusive no Direito brasileiro. Dentro de tais observações, foi possível observar que o negócio é criação engenhosa da dogmática alemã, voltada especialmente para a regência da vida privada, nela incluída as relações contratuais destinadas ao tráfego de interesses patrimoniais e a circulação de riquezas, dentro do espaço político-econômico de índole liberal.

De fato, o negócio jurídico atua no sentido da vontade das partes, visando a promoção de efeitos jurídicos por elas pretendidos. Importa, no entanto, registrar, que a dimensão com que a vontade atua no negócio jurídico passou de um espaço amplo (*autonomia da vontade*), característico do liberalismo, para outro mais restrito, de maior atuação da regulação econômica por parte do Estado, especialmente com a introdução de elementos normativos viabilizadores da sociabilização e equilíbrio material, das relações privadas (*autonomia privada*).

De todo modo, o negócio jurídico vigente no Direito brasileiro é uma construção normativa que permite e reconhece, em maior ou em menor grau, o poder da atuação dos sujeitos na construção de suas aspirações, ou seja, de acordo com o que determinado pela vontade do sujeito, conferindo às escolhas deste mesmo sujeito, juridicidade, especialmente através da geração de efeitos obrigacionais, a exemplo dos contratos em geral e dos próprios contratos de consumo, os quais não foram apartados do *generalismo conceitual* do negócio jurídico.

Ressalte-se, entretanto, que a figura do negócio jurídico é ainda um construto que revela sua utilidade para o Direito, porque consegue abranger diversas relações privadas onde a vontade *efetivamente* atua. Destaca-se, dentre elas, os contratos cujos escopos sejam o de regular interesses econômicos de cunhos patrimoniais disponíveis, especialmente aqueles voltados para a exploração de oportunidades lucrativas, de especulação e de acumulação de capital, desempenhados por sujeitos *realmente livres* para empreender, no momento, na quantidade e na qualidade desejadas por eles.

De outro lado, porém, não é possível afirmar que os contratos de consumo façam parte de tal universo! Mesmo assim, o Direito Privado não faz qualquer distinção conceitual destinada a acolher o contrato de consumo em um *locus amoenus*. Nisto reside um gravíssimo problema relacionado ao não reconhecimento do fenômeno consumerista e dos contratos havidos em seu universo de relações.

Engana-se quem entende que o Direito do Consumidor conseguiu estruturar um verdadeiro *microssistema jurídico-protetivo*, com princípios e normatividades próprios.

O estudo revelou que tanto o Código de Defesa do Consumidor, quanto a doutrina e a própria jurisprudência, ainda cuidam do contrato de consumo sob a perspectiva da atuação da vontade, sendo recorrente a sua vinculação à figura do negócio jurídico.

Porém, uma análise da sociedade de consumo e de como os consumidores se relacionam como fornecedores, no âmbito do capitalismo, revelou que o fato de o consumidor não ser detentor do processo produtivo, lhe posiciona dentro de uma condição de dependência em relação ao fornecedor, quanto a obtenção dos bens de consumo que lhes são necessários à manutenção de uma vida digna.

Logo, o elemento que anima o consumidor em direção ao contrato de consumo não é um ato de escolha voluntário, mas necessidades inarredáveis; não apenas aquelas tidas como básicas de todo e qualquer ser humano (comida, vestuário, saúde, higiene, etc.), mas, além destas, também, aquelas relacionadas com os comportamentos ditados pela ampla rede de publicidade que impõe a todas as pessoas determinados padrões de consumo e que levam o consumidor aos flagelos impostos pelo consumismo.

Portanto, se o consumidor contrata por necessidade, é possível afirmar que o contrato de consumo não é um ato decorrente do exercício da autonomia, fazendo deitar por terra a ideia subjacente do negócio jurídico, de que o conteúdo do contrato corresponde a um ato de declaração volitiva e que, por isso mesmo, é capaz de gerar efeitos obrigacionais ao consumidor.

Na verdade, além de os consumidores contratarem por incontornável necessidade, a massificação dos contratos, caracterizada por um frenético e incessante ritmo de contratação, impõe que os contratos de consumo sejam pré-fabricados pelos fornecedores, os quais são também os instituidores de suas cláusulas, não raro, predispostas ao seu próprio benefício e ao prejuízo do consumidor.

Todavia, ainda que fosse possível ao consumidor bem refletir acerca do conteúdo do contrato de consumo, de pouco adiantaria, porquanto a contratação não perpassa por uma análise de conveniência realizada pelo consumidor.

Quem determina a contratação é a necessidade, motivo porque afirma-se não haver, nos contratos de consumo, a *liberdade de contratar*. Além disso, afirma inexistir, igual modo, a *liberdade contratual*, já que o consumidor não influi no conteúdo jurídico do contrato.

Acrescente-se que os contratos de consumo sequer podem ser chamados de contratos de adesão, porque, até mesmo para aderir a determinado contrato, é preciso que o aderente possua um mínimo de espaço para atuação da vontade. Quem tem necessidade não adere; apenas contrata, pois contratar é um rito de passagem que se coloca entre o consumidor e o atendimento de suas necessidades.

No entanto, como já afirmado, o negócio jurídico e a Teoria Geral dos Contratos, simplesmente não esboçaram qualquer reação à realidade consumerista, fazendo com que a lógica de tais construtos jurídicos sejam aplicadas aos contratos de consumo, sem qualquer identidade fática real.

Certo é que o contrato de consumo guarda peculiaridades que recomendam sua regência por uma teoria própria que tenha a capacidade de conhecer, compreender e reagir juridicamente de acordo com tais peculiaridades.

Como olhos postos em tais peculiaridades, a construção de uma teoria própria para os contratos de consumo depende de elementos fundamentais que consigam, efetivamente, dialogar com a realidade social na qual pretende incidir.

O *primeiro elemento* é a sua correlação dos contratos de consumo com os Direitos Humanos, já que o acesso de toda e qualquer pessoa aos bens de consumo integra a seara dos Direitos Sociais e Econômicos, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, o foco da regência jurídica dos contratos de consumo migra da proteção patrimonial para a proteção da pessoa humana.

O *segundo elemento* traz à baila o imperativo de promoção da norma constitucional, especialmente porque o Direito do Consumidor tem sua matriz na Constituição Federal. Portanto, tem a missão de concretizar aquilo que pretendido e determinado pela Lei Maior (força normativa da Constituição).

Nesse sentido, naquilo que há de mais pertinente entre a Constituição Federal e os contratos de consumo, destaca-se o dever de os mesmos viabilizarem os Objetivos Fundamentais, especialmente porque neles é que se sustentam um ideal de justiça lastreado no reconhecimento de desigualdades entre os sujeitos e na consequente tutela do mais fraco, a exemplo do consumidor.

Ademais, cumprindo a norma constitucional, o contrato de consumo deve ser regido sob uma perspectiva protetiva do Estado (direito fundamental à prestação positiva de receber proteção), especialmente no campo jurisdicional.

O *terceiro elemento* assenta-se na concepção não negocial do contrato de consumo, pois nele não se verifica a atuação volitiva do consumidor. Ao invés disso, as relações de consumo e os contratos que lhes são correlacionados são tráfegos de massas que ocorrem numa fluência quase que automatizada, caracterizando-se pela sua repetição e pela sua constância, com um *comportamento social típico* da contemporaneidade capitalista.

Assim sendo, o contrato de consumo, em si mesmo considerado, deixa de ser fonte de obrigação, passando esta a ser construída a partir da junção de diversos fatores que devem ser observados na relação contratual; todos eles destinados ao alcance de uma *finalidade* ou de uma *funcionalidade*, qual seja a de garantir ao consumidor o acesso aos bens e serviços que lhes sejam úteis a uma vida digna, dentro de um contexto de onerosidade econômica limitada pela equivalência material das prestações.

Importa esclarecer que o contrato, quando escrito, desempenhará não mais um papel de fonte, mas apenas de *referência* quanto aos aspectos quantitativo e qualitativo do objeto da relação de consumo.

Em outras palavras, para invocar efeitos obrigacionais contra o consumidor, o ônus do fornecedor não mais seria o de provar ter um bom contrato, mas de provar ter bem desempenhado os fins deste mesmo contrato.

O *quarto elemento*, à luz dos elementos anteriores, redundará numa proposta que visa definir — e não redefinir, porque quer-se reconhecer um *tertium genus* contratual — o contrato de consumo como sendo **um comportamento social típico, não negocial, que tem por fim viabilizar o acesso dos consumidores aos bens e serviços necessários a uma vida digna e a cooperar, enquanto referencial quantitativo e qualitativo da relação, para a construção do processo obrigacional entre consumidores e fornecedores, observadas a equivalência material e a prevalência da pessoa humana.**

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8.ed.rev., atual., e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. 4. ed. São Paulo : Victor Civita, 1984.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de . **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado (REDE)**, Rio de Janeiro, n. 18, p. 71-91, abr.-jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos Editora.; Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN , Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN , Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN , Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Vol. I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Ancient law - um clássico revisitado 150 anos depois *in* **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, p. 527-561, jan. 2012. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67956/70564>>. Acesso em: 26 aug. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 3 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 3 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 3 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 3 jul. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **CC 106.990/SC**, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 23/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1058114/RS**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 16/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1106625/PR**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 09/09/2011)

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1518604/SP**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 29/03/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1519041/RJ**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 669.990/CE**, Rel. Ministro. Jorge Scartezzini, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 11/09/2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1422699/SP**, Rel. Ministro Humberto Martins, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 24/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1317536/MA**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1178555/PR**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1511640/DF**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1189050/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 14/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 96772**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe 21/08/2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANCLINI, Néstor Garcia. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Tradução de Maurício Santana Dias e Javier Rapp. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.) **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CLARO, Carlos Ducci. **Derecho civil: parte general**. 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral, volume I**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COGLIOLO, Pietro. **Filosofia do direito privado**. Versão de Enrique de Carvalho. Porto: J. Ribeiro dos Santos Editor, 1915.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. - 8.ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual: dirigismo-imprevisão In: TEPEDINO, Gustavo; Fachim, Luiz Edson (organizadores). **Obrigações e contratos: princípios e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, estado e filosofia**. Tradução de Luiz Luiggi. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica, 1952.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação**. V. II, 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**: parte general II. Tomo I. Tradução de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1953a.

FACHIM, Luiz Edson. Contratos e a ordem pública. In: TEPEDINO, Gustavo; Fachim, Luiz Edson (organizadores). **Obrigações e contratos**: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: contratos - teoria geral e contratos em espécie. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FILOMENO, José Geral Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

GADE, Christiane. **Psicologia do consumidor e da propaganda**. São Paulo: EPU, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume 1 : parte geral. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos e Vasco Gil. 6.a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 -, com a redação dada pela Lei n.11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do

Ministério Público-CONAMP (ADIN n. 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia). 2008. **ANADEP**. Disponível em:<<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. v. I. 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HARVEY, David. **O enigma do capital** : e as crises do capitalismo. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo, SP : Boitempo , 2011.

HAUPT, Günter. **Sui rapporti contrattuali di fatti**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato In: TEPEDINO, Gustavo; Fachim, Luiz Edson (organizadores). **Obrigações e contratos**: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HOBSBAWM, Eric. **A Era do Capital, 1848-1875**. 20. ed. Tradução de Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

JUNIOR, Nelson Nery. Da proteção contratual In GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. v. I. 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henri Dominique. **Conferences de Notre-Dame de Paris**: des effets de la doctrine catho sur lá société. Tome II. Paris: LIBRAIRIE DE Mme Ve POUSSIELGUE-RUSAND, 1861.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico (1956). In: **Revista de Direito da FGV**. Rio de Janeiro: FGV, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006, p. 55-64.

LIMA, Ruy Cirne. Relação e norma na vida do direito. In **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, p. 115-128, jan. 1952. ISSN 2318-8235. Disponível em: <file:///C:/Users/acer/Downloads/66154-87539-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre por que compramos tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v. 2 : direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.) **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. 2. ed. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni Editores, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **La emergencia económica y los contratos**. 2 ed. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2002.

LOTUFO, Renan. Teoria geral dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (coordenadores). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonade, 1998.

MARCUSE, Herbert. **Ideologia da sociedade industrial**. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART. Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito privado como um "sistema em construção". In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui(organizadores). **Atos, fatos, negócios e bens: princípios e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contracto**. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Vol. II, 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983a.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Vol. III, 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983b.

MISES, Ludwig von. **Liberalismo segundo a tradição clássica**. Tradução de: Haydn Coutinho Pimenta. 2.ed. São Paulo : Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

NORONHA, Fernando. Contratos de Consumo, padronizados e de adesão., In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno(organizadores). **Direito do consumidor**: contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, José Lopes de. **Contratos**. Pernambuco: Livrotécnica, 1978.

ONU. Assembléia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 10 jan. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Vol. III. 18ª ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POINCARÉ, Henri. **O valor da ciência**. Tradução de Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Contraponto, 1995.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral**: parte geral. Belo Horizonte. Del Rey, 2008.

POMPEU, Renata Guimarães. **O exercício dialógico da autonomia privada como expressão da cidadania**: por uma visão crítico- reconstrutiva da relação jurídica contratual. Tese (Doutorado) -Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2012

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Sérgio Sérulo da Cunha. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE, Miguel. **O projeto do código civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Tradução de Gilda G. De Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **A sociedade do sonho: comunicação, cultura e consumo**. Rio de Janeiro: Mauad, 1995.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 6. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999a.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Vol. III. 6. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999b.

Sales, Robson. Taxa de desemprego sobe para 11,2% no trimestre até abril, nota IBGE. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 31 mai 2016..
<<http://www.valor.com.br/brasil/4582235/taxa-de-desemprego-sobe-para-112-no-trimestre-ate-abril-nota-ibge>> Acesso em 10 de set. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto, PT: Edições Afrontamento, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>
Acesso em: 22 set. 2016.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo humanista**. Petrópolis, KBR: 2011

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem negócio jurídico**. crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso do consumidor à justiça**: fundamentos constitucionais do direito à inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOLFI, Giuseppe. **Teoria del Negocio juridico**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

SVENDSEN, Lars. **Moda: uma filosofia**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 21 ed. São Paulo:Saraiva, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução de Antônio Manuel Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WILDE, Oscar. **A alma do homem sob o socialismo**. Tradução de Heitor Ferreira da Costa. - Porto Alegre: LP&M, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.