

## O impacto do CDC na relação contratual

Rafael Gondim D`halvor Sollberg\*

A relação de consumo a partir do sec. XVIII, sofreu um grande abalo social em decorrência das transformações ocasionadas pela revolução industrial e tecnológica, o mercado apresentava-se com uma nova modelagem, o artesanato foi substituído pela produção em massa, o contrato individualizado foi alterado pelo padronizado, abrindo caminho para diversas práticas abusivas, criando um ambiente extremamente hostil para o consumidor. Nesse habitat mendaz, o Estado não poderia continuar no ostracismo, a proteção somente se faria efetiva por intermédio do direito positivo, que apesar da demora, se fez presente na ordem jurídica na segunda metade do século passado.

Apesar de todas essas crises e mudanças vivenciadas pelo direito durante o século XX, não se pode desprezar que este mesmo período também nos propiciou a descoberta de novos ramos do direito e um brilhante legado jurídico, inserido nessa linhagem está justamente o Direito do Consumidor.

O Direito do Consumerista atualmente é um dos ramos mais importantes da atual normatização, sua importância social é extrema, haja vista, que hoje em dia todos nós somos consumidores de produtos e serviços, e a relação de consumo em todas as esferas tornou-se um paradigma da sociedade contemporânea, fazendo parte do ideário coletivo. Sua confecção foi tão somente “uma especialização útil e necessária, que mantém os princípios e normas do direito privado e os desenvolve com maior densidade em relação a atividades e situações específicas.”<sup>1</sup>

Os antigos dogmas sempre presentes na teoria geral dos contratos, como a autonomia da vontade, o *pacta sunt servanda* e a imutabilidade dos contratos, não poderiam ser analisados de forma absoluta como outrora, a característica individual cedeu seu espaço à dimensão social. No entanto, esses princípios continuam, apesar de mitigados, presente nas relações contratuais, a autonomia da vontade ainda é conceito basilar desde que as partes sejam realmente equânimes, o *pacta sunt servanda* não foi extinto da esfera dos contratos, basta que este se mantenha razoavelmente equilibrado durante toda a sua vigência, faz coro a esse pensamento José Augusto Delgado quando doutrina que “o contrato de relação de consumo, como já afirmado, não se desvincula dos valores jurídicos adotados pelo direito privado para os contratos em geral. Apenas adota-os de modo mais flexível e com a produção de efeitos que visem a evitar abusos provocados por estamentos econômicos e mais fortes que se posicionam sempre como fornecedor do bem ou executor do serviço consumido.”<sup>2</sup> Ratificando essa idéia, Humberto Theodoro Junior afirma que “a obrigatoriedade dos pactos, a autonomia da vontade dos contratantes, definidos pela teoria clássica do direito contratual, subsistem em relação aos contratos de consumo, apenas flexibilizadas e melhor adaptadas pela valorização dos aspectos éticos da boa-fé objetiva e da tutela especial à parte vulnerável das negociações de massa.”<sup>3</sup>

Como já vimos, o avanço da economia moderna, fez com que antigo modelo contratual individual fosse absolutamente impraticável, o consumo em massa exigia uma nova forma de acordo e foi justamente nesse cenário liberal que a prática abusiva do contrato de adesão assumiu destaque principal.

Com o intento de aplacar essas diferenças nasce o Código de Defesa do Consumidor, que logo de princípio conceitua que se do contrato emergir uma relação de consumo este será disciplinado pela referida lei, não importando qual a forma de contrato, tornando-se assim, de forma intrínseca, a maior preocupação do legislador, não especificar o tipo de contrato para não excluir nenhuma espécie da apreciação da eminente legislação.

O segundo conceito que a lei idealizou foi o das “clausulas gerais” ou “condições gerais do contrato”, que seriam aquelas que estariam obrigatoriamente presente em todos os

contratos. São elas as cláusulas da Transparência, para facilitar um claro entendimento, da Confiança, para a confiabilidade do produto e do serviço, da Informação, para obter uma informação adequada sob a égide do vernáculo pátrio, da Segurança, para prevenir o consumidor de algum dano, e a mais importante aos olhos do Professor Sylvio Capanema e demais estudiosos do Direito do Consumidor, que é a cláusula da boa-fé objetiva, que é comportar-se de maneira correta durante toda a vigência do contrato, sem intenção de prejudicar qualquer dos contratantes e agir com probidade sempre,

## 1 – A vulnerabilidade do Consumidor

A grande façanha do Código de Defesa do Consumidor foi atentar para a dualidade do Direito moderno, que é a grande conquista da sociedade contemporânea, como afirmou Habermas, de um lado a facticidade, quando se realiza por intermédio de um legislador político e é cumprido e executado socialmente pelo poder coercitivo do Estado, do outro lado, a validade quando suas normas são fundadas em argumentos racionais, plausíveis e aceitáveis, pela sociedade<sup>4</sup>, conseguindo conjugar a legalidade e a legitimidade da norma, alcançando a dicotomia perfeita.

Uma das maiores preocupações do legislador ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, era o de criar mecanismos para restabelecer a igualdade dos contratantes, frente à evidente inóipia do consumidor na relação, portanto, merecedor de uma proteção afim de compensar juridicamente essa vulnerabilidade.

De acordo com a orientação do Direito, a vulnerabilidade é o princípio pelo qual o comando jurídico pátrio toma ciência da fragilidade do consumidor diante do fornecedor, essa presunção no nosso sistema é absoluta, independe de qualquer fator sócio-econômico do agente em questão.

Acompanhando a lição de Sylvio Capanema, podemos observar que esse fenômeno pode se manifestar de várias formas além da já conhecida e destacada hipossuficiência econômica. Existe uma segunda hipótese muito presente em nosso cotidiano, que é a vulnerabilidade

técnica, que esta diretamente ligada ao direito de informação, ou melhor, a ausência deste, seja na hora de adquirir, seja na hora de manusear, o consumidor não possui conhecimentos técnicos, ocasionando prejuízos de todo o tipo, tanto pelos malefícios que o produto ou serviço possam causar, quanto pelos benefícios do correto uso dos mesmos, problema esse fruto de práticas mercantis descompromissadas, que visam única e exclusivamente à quantidade, subestimando irresponsavelmente a qualidade.

Uma terceira espécie, considerada a mais perversa por Capanema, é a vulnerabilidade fática, que surge quando o consumidor necessita desesperadamente fazer uma aquisição de um serviço ou um produto, disponibilizado somente por um monopólio ou oligopólio, sem nenhuma oportunidade de escolha, invariavelmente ele acaba suportando de forma compulsória qualquer imposição do fornecedor.

Em relação ao nosso tema principal, constatamos que a vulnerabilidade é bem nítida nos contratos de adesão, utilizados em demasia pelos fornecedores. A massificação das cadeias de consumo, permitiu aos fornecedores à elaboração de contratos pré-estabelecidos, com uniformidade de formatação, desprezando o caráter individual pessoal do instrumento, estipulado de forma unilateral. Essa uniformização e rigidez das cláusulas do contrato de adesão facilitaram a segurança empresarial, pois assim consegue “assentar as bases mais corretas e seu cálculo econômico, tornando mensuráveis os riscos de gastos dentro de cada categoria de negócios praticados pela empresa” 5

A verdade é que a intensidade e o volume da demanda propiciaram a efetiva instalação desta prática capitalista no campo comercial, a adoção por si só dessa ferramenta não enseja nenhuma reprimenda ou abusividade por parte do fornecedor, porem, de maneira nenhuma deve afastar a fiscalização e a especial tutela dos direitos do consumidor por parte do Estado.

Verificamos que a abusividade ocorre com freqüência no que diz respeito ao exagero do emprego de termos técnicos firmados no pacto, dificultando ou impossibilitando a compreensão do conteúdo do texto, onde muitas das vezes são usados vocábulos jurídicos,

econômicos ou alienígenas completamente desconhecidos do cidadão comum, conseqüentemente não expressando sua a real vontade ou intenção. O tamanho das letras é outro grave problema trazido pelo contrato de adesão, às vezes formatado com caracteres praticamente ilegíveis, e ainda com informações imprescindíveis não ostensivas, contrariando o parágrafo terceiro do artigo cinquenta e quatro do Código.

Outra peculiaridade bastante comum na redação destes dispositivos é a imensa quantidade de cláusulas e remissões, tornando o complexo e confuso aos olhos leigos do consumidor e também sob o prisma criterioso do especialista, que tem que fazer a exegese do documento e desperdiça horas para decifrá-lo e entendê-lo, algo que poderia ser facilmente resumido.

Contudo, o CDC em diversas passagens reconhece essa esfera hostil ao consumidor e preconiza algumas regras imperiosas à justiça, como a do art. 47 onde diz que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável a ele, ou quando manifesta a abusividade das cláusulas, à luz do art. 51, estas serão nulas de pleno direito, quando impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios do produto e serviço ou impliquem renúncia ou disposição de direitos, ou, transfiram a responsabilidade para terceiros. Também serão consideradas nulas as cláusulas que firmem obrigações iníquas, abusivas e que posicionem o consumidor em excessiva desvantagem, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, que afirmem a inversão do ônus da prova em malefício do consumidor, que obriguem a utilização de arbitragem, a cláusula que imponha ao consumidor um representante para concluir ou realizar negócio jurídico também será nula, assim como, aquela que faculte ao fornecedor cumprir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor.

Igualmente vedada é toda e qualquer situação de conduta unilateral por parte do fornecedor, ou seja, variação no preço, cancelamento, modificação de conteúdo ou quantidade após a celebração do contrato. Finalmente será nula a condição que esteja em desacordo com o sistema de defesa do consumidor ou que infrinja ou possibilite a violação de normas ambientais.

A nulidade de qualquer uma das cláusulas não invalida automaticamente a totalidade do contrato, exceto quando seu núcleo configurar onerosidade excessiva para uma das partes, “a tendência hoje no direito comparado e na exegese do CDC é conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais seu efeito, seu resultado e não tanto reprimir uma atuação maliciosa ou não subjetiva. A atuação subjetiva deve ser desconsiderada e dar lugar a um exame do contexto do contrato, de seu equilíbrio, da conduta conforme a boa-fé que dele objetivamente emana. O CDC brasileiro não destoia desta tendência.” 6

O objetivo do CDC não foi criar um sistema jurídico obrigacional e contratual próprio, segundo Hapner ele apenas lançou, “exceções ao direito privado codificado, refletidas em regras de proteção, contratual ao consumidor e que determinam, nos exatos limites da exceção legal, a prevalência da regra especial sobre a regra geral. Ou seja, naquilo em que expressamente não tenha havido especialização, mesmo em matéria de proteção ao consumidor, aplicam-se normas gerais do direito privado.” 7

## 2 – Clausulas ou condições gerais do contrato.

Outro importante conceito que o Código de Defesa do Consumidor idealizou foi o das “clausulas gerais” ou “condições gerais do contrato”, obrigatoriamente presente em todos os contratos, mesmo implícitas, em se tratando de relação de consumo elas estariam inseridas tacitamente em qualquer pacto. Nesse brilhante sistema produzido pelo legislador verificamos de forma evidente a onipresença da cláusula de Transparência, que surge basicamente para facilitar o entendimento do consumidor, através de uma redação contratual clara e objetiva, afim de evitar dúvidas posteriores, esse princípio está expressamente previsto no caput do art. 4º do CDC.

A cláusula da Confiança, assim como a acima citada também é de suma importância para a Política Nacional de Relações de Consumo, isto porque é ela a principal garantidora da qualidade daquilo que foi adquirido, trabalha com a confiabilidade em relação ao

fornecedor, é a crença de que o produto está livre de vícios e não oferece perigo, a expectativa que desperta.

Compreendida de forma conjunta com as duas condições já mencionadas, a cláusula da Informação, está disciplinada nos arts.30 e 32 da Lei, disciplinando que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação em relação a produtos e serviços apresentados ou ofertados, obriga o fornecedor que a tenha patrocinado ou dela se utilizado, integra automaticamente o contrato a ser celebrado. Ela traz o dever de informar, obriga por exemplo que o produto importado traga consigo um manual adequado sob a égide do vernáculo pátrio, contendo características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem, além de outros dados que versem sobre os riscos e danos que possam causar.

Diretamente entrelaçada com as cláusulas anteriores, a condição geral da Segurança, tem único e exclusivo intento de prevenir o consumidor de sofrer algum dano, fornecendo um produto ou serviço seguro, ou seja, não nocivo ao adquirente.

Finalmente veremos a mais importante de todas as cláusulas, a da boa-fé objetiva, que obriga as partes a assumir uma postura correta durante toda a vigência do contrato, sem intenção de prejudicar qualquer dos contratantes e agir com probidade sempre, como observa Antonio Junqueira de Azevedo, “a boa-fé objetiva é, do ponto de vista do ordenamento, o que os franceses denominam nation-quadre, isto é, uma cláusula geral que permite ao julgador a realização do justo concreto, sem deixar de aplicar a lei” 8, será esse o princípio que esmiuçaremos a seguir.

## 2.1 – A boa-fé objetiva.

É de conhecimento geral que o princípio da boa-fé sempre esteve presente no direito das obrigações, principalmente no que diz respeito à revisão contratual, visando anular ou desconstituir negócio jurídico fundado em erro, dolo ou coação, ou seja, qualquer vício de consentimento.

Porem, com o advento do CDC, a boa-fé adquiriu uma nova faceta em relação aos contratos, deixou de percorrer somente no plano subjetivo originário do Direito Romano e passou a observar a função social do acordo, adotando também uma forma objetiva de análise das situações contratuais, tendo como norte o equilíbrio dessas relações, como um verdadeiro instrumento dotado de legalidade para a construção da harmonia e equidade dos contratantes e contratados, consumidores e fornecedores.

Essa natureza objetiva da boa-fé, se fez necessária em observância ao modelo social contemporâneo, afim de coibir abusos e limitar à livre iniciativa e à autonomia da vontade, tendo em vista que dentro de uma sociedade de consumo, onde imperam os contratos de massa, as condições e regras são formuladas de forma unilateral e assim impostas verticalmente ao consumidor, fácil verificação ao visualizar a predominância das “condições gerais” previstas em sua grande maioria em manifestos contratos de adesão, que afastam de imediato a possibilidade da prévia dialética entre os contratantes.

Nesse novo cenário econômico, onde a produção e a distribuição têm por destinatário uma verdadeira gama social, tornou-se impensável o caráter pessoal da relação, a vontade individual deu lugar à praticidade, a segurança cedeu seu posto à celeridade, o subjetivo ao objetivo, “a teoria da vontade se substitui pela teoria da declaração”<sup>9</sup>.

Portanto ultrapassado o critério subjetivo, o controle judicial será exercido não para sanar vício de consentimento ou defeito de vontade, terá como imperativo a restauração da equidade das partes, o equilíbrio sócio-econômico, dentro da proporcionalidade e razoabilidade. Tem por intento restabelecer o principio da lealdade contratual, gerando segurança social. Podemos constatar que atualmente, “em virtude do principio criador, limitador e hermenêutico da boa-fé objetiva, as obrigações como processos de cooperação no tempo, como feixes de deveres de conduta e de prestação direcionados a um só bom fim, o cumprimento do contrato.”<sup>10</sup>

O moderno conceito de boa-fé objetiva prega a retidão e a lealdade dos contratantes, enfocando a conduta social ou standard jurídico, onde cada um dos contratantes deve ajustar sua própria conduta ao arquétipo, agindo de forma correta como dele se espera, através da honestidade, lealdade e probidade. Nesse sentido Cláudia Lima Marques assevera que a “Boa-fé objetiva é um standard de comportamento leal, com base na confiança, despertando na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.” 11

Para o desembargador Sylvio Capanema, essa boa-fé objetiva “é uma espécie de janela que se abre para uma nova dimensão ética.” 12

Ademais, abandona-se a idéia de que os contratantes são apenas indivíduos isolados dentro de uma relação contratual, nesse momento eles são membros de uma sociedade juridicamente tutelada, que tem por maior intento a proteção da coletividade e não somente dos interesses individuais.

Sendo assim, ocupa função primordial e destacada, a figura do juiz, pois a ele incumbe à tarefa de aplicar o principio da boa-fé objetiva visando tornar a relação contratual mais justa e equitativa, observando as circunstancias peculiares do negocio jurídico em questão. O juiz moderno é na verdade, um equilibrador dessas relações contratuais, que deve intervir para corrigir seus rumos, para restabelecer a comutatividade inicial. Abandonando a função de mero espectador e renascendo como um autêntico agente de transformação.

No entanto, essa faculdade não pode se transformar em um verdadeiro poder discricionário, onde o juiz interfere de forma indiscriminada na relação obrigacional privada, abusando da flexibilidade do instituto, de seu sistema aberto. Nesse sentido, a jurisprudência italiana, através de sua Corte de Cassação assevera que o alvo a ser reprimido é a conduta negativa, que viole o escopo do contrato ou sua finalidade, respeitando a economia do contratual.

No direito obrigacional a boa-fé ocupa status de dever contratual, lançando ferramentas de controle tanto no âmbito do conteúdo quanto no âmbito do funcionamento do contrato,

adquirindo nova característica diversa do dever puramente ético, abrangendo também o estudo do próprio contrato em si, obedecendo a um critério social e jurídico. Condicionado por essa visão, o Código de Defesa do Consumidor cria a faculdade da revisão contratual, não somente fundamentada em vícios de consentimento, como o erro, o dolo e a coação, mas também observando as condições estipuladas de maneira onerosa que desequilibram a relação e a equidade, analisando o meio-social em que o pacto se firmou. O objetivo é “que a base, a equação econômica venha a se manter equilibrada durante toda a vida do contrato.” 13

Portanto a revisão deve obedecer o princípio sinalagmático do contrato, não tendo como ideário a elisão da autonomia da vontade e da livre contratação, mas sim equilibrar durante todo o espaço temporal da relação às condições do pacto, focando a justiça e a utilidade do mesmo. Segundo Capanema “é preciso que durante as tratativas, assim como durante a vida do contrato e até mesmo depois de expirado o contrato, os contratantes realmente se conduzam de maneira a manter um equilíbrio econômico do contrato.” 14

Com base nessa premissa, o Código de defesa do consumidor autoriza a revisão judicial do contrato, quando houver a lesão genética ou seja no seu nascimento, no seu escopo, e na superveniência de um fato deveras oneroso, sempre sob um olhar objetivo da questão, não baseado somente na vulnerabilidade da parte, pois caso contrário, a revisão corre o risco de ser arbitrária e ofensiva ao princípio consagrado da segurança jurídica. O intento da boa-fé objetiva, deve ser na verdade segundo a professora Claudia Lima Marques “mais e mais associado não a qualificação do consumidor como um status, um privilégio, uma espécie de salvo-conduto para melhor exercer suas atividades econômicas, mas à preocupação constitucional com a redução das desigualdades e com o efetivo exercício de cidadania.” 15

Conseqüentemente não existe outra forma de equilibrar e tornar a relação contratual equânime que não passe necessariamente pelo princípio da boa-fé, verdadeiro pilar da confiança contratual.

No atual conceito de relações de consumo, os princípios basilares que regem as relações contratuais, deslocam seu eixo, da consagrada autonomia da vontade e da obrigatoriedade das cláusulas, para o primado da justiça, tendo em vista que o poder da vontade de uns é maior que o de outros.

O objetivo desse novo princípio é valorizar a vontade legítima das partes que venham a contratar, sendo assim, observar o nexo entre as prestações assumidas, ou seja, a autêntica sinalagma contratual.

Finalmente, como assevera Cláudia Lima Marques, o princípio da boa-fé objetiva inserida no CDC em relação à formação e execução das obrigações possui uma dualidade de funções, os deveres anexos, que são novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, e a função de limitar o exercício, anteriormente legal, atualmente abusivo, dos direitos subjetivos.

Por todo exposto, torna-se claro e latente o avanço que este dispositivo trouxe, no que tange aos contratos e ao equilíbrio sócio-econômico da sociedade, não somente um sopro de renovação no Direito contemporâneo, mas um furacão de sensibilidade em busca da justiça.

Notas de rodapé

1 (Wald apud Junior, Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, pág. 16, 3ª edição, editora:Forense)

2 (Delgado apud Junior, Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, pág. 16, 3ª edição, Forense)

3 (Junior, Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, pág. 17, 3ª edição, Forense)

4 (Habermas apud apud Pegoraro. O.A, Ética é Justiça, 9ª edição, editora: vozes, pág.161)

5 (Roppo apud Junior, Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, pág. 42, 3ª edição, Forense)

6 (Marques apud Junior, Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, pág. 29, 3ª edição, Forense)

7 (Hapner apud Junior, Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, pág. 27, 3ª edição, Forense)

8 (Azevedo apud Junior Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, pág. 24, 3ª edição, Forense)

9 (Roppo apud Junior, Theodoro, Humberto , Direitos do Consumidor, pág. 20, Ed: Forense, 3ª edição)

10 (Marques apud Junior, Theodoro, Humberto, Direitos do Consumidor, pág. 24, 3ª edição, Forense)

11 (MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, pág 124, Editora Revista dos Tribunais, 2003)

12 (Capanema, Sylvio, O CDC e seus reflexos na teoria geral do direito civil, pág. 72, revista da EMERJ, v3. N.10. 2000)

13 (Capanema, Sylvio, O CDC e seus reflexos na teoria geral do direito civil, pág. 73, revista da EMERJ, v3. N.10. 2000)

14 (Capanema, Sylvio, O CDC e seus reflexos na teoria geral do direito civil, pág. 72, revista da EMERJ, v3. N.10. 2000)

15 (Marques apud Junior, Humberto Theodoro, Direitos do Consumidor, pág. 24, 3ª edição, Forense)

Revista Jus Vigilantibus, Segunda-feira, 11 de agosto de 2008

\*Advogado, especialista em Direito do Consumidor, pós-Graduado pela Universidade Candido Mendes, com escritório na Av. Rio Branco, 277, 1803, Centro RJ.

Disponível em:

<http://jusvi.com/artigos/35306>

Acesso em: 14 agosto 2008.