



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - MESTRADO

**O DIREITO DE ARREPENDIMENTO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA
DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO**

Maria Cristina Paiva Santiago

João Pessoa-PB

2013

MARIA CRISTINA PAIVA SANTIAGO

**O DIREITO DE ARREPENDIMENTO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA
DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito para a obtenção do título de Mestre.

Área de Concentração: Direito Econômico

Linha de Pesquisa: Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: juridicidade e economicidade.

Orientador:

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos

**João Pessoa-PB
2013**

S235d SANTIAGO, Maria Cristina Paiva.
O direito de arrependimento como instrumento de tutela
da autonomia da vontade nos contratos de consumo / Maria
Cristina Paiva Santiago. -- João Pessoa, 2013.
121f.

Dissertação (Curso de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba - UFPB

1. Direito de Arrependimento. 2. Consumidor. 3.
Sociedade de Consumo. I. Título.

UNIPE / BC

CDU – 347.451.031

MARIA CRISTINA PAIVA SANTIAGO

**O DIREITO DE ARREPENDIMENTO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA
DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO**

João Pessoa: **26 de novembro de 2013**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos
(Orientador)

Prof. Dr. Gustavo Rabay
(Membro Interno)

Profa. Dra. Ana Paula Basso
(Membro Externo)

*Dedico esta Dissertação de Mestrado aos meus
queridos filhos Matheus e Maria Thereza, cujo
companheirismo e amizade são o porto
seguro da minha vida. Amo vocês!*

AGRADECIMENTOS

A Deus-Pai por sua misericórdia infinita que me cumulou de dons e me deu a graça de concluir este trabalho.

À Nossa Senhora de Aparecida, cujas mãos me conduziram em todas as etapas desse mestrado, o meu eterno reconhecimento.

A Maria Thereza e Matheus presença viva do amor de Deus na minha vida. Filhos amados que me incentivam a vencer sempre novos desafios. A vocês dedico este mestrado com a minha ternura e a minha gratidão.

A minha mãe, Maria das Graças, pela amizade e companheirismo Esta vitória, minha, também é sua.

A minha irmã Maria Helena e ao meu cunhado Marcelo, pelo exemplo de fé e perseverança que nos comunicam.

Aos meus sobrinhos, Marcela e Pedro, pelo carinho e torcida durante todo o curso.

Ao meu Pai, Sindulfo Santiago, cuja lembrança permanece viva dentro de mim, e de quem tive a graça de ser aluna de direito civil, na Universidade Federal da Paraíba, e, que por uma dessas coincidências da vida, hoje, como ele, sou professora da mesma disciplina. A você, pai, meu eterno carinho.

A minha avó Helena, cuja força e carinho muito me marcaram durante sua vida. Para ela, dedico também, este trabalho.

Ao meu professor orientador Doutor Fernando Antônio de Vasconcelos, cujos ensinamentos em Direito do Consumidor, foram fundamentais para a realização deste trabalho.

A professora Doutora Anna Taddei, cujos conhecimentos, na área da Sociologia muito contribuíram na elaboração desse trabalho.

Para todos os meus amigos do Centro Universitário de João Pessoa, UNIPÊ, com quem partilho sonhos e desilusões próprias de nosso ofício de professor.

A todos os meus alunos, especialmente, aqueles cujos questionamentos nos fazem buscar constante aperfeiçoamento.

A todos os meus professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal Da Paraíba, que contribuíram para concretização deste momento acadêmico.

RESUMO

Dentre os direitos do consumidor destaca-se a importância do direito de arrependimento como instrumento de proteção à manifestação de vontade do consumidor. O presente trabalho propõe-se a demonstrar as modificações que ocorreram na sociedade ao longo dos anos que se seguiram após a promulgação do Código brasileiro de Defesa do Consumidor. A proposta desta dissertação é o debate do direito de arrependimento e a possibilidade de ampliação do seu campo de incidência, estendendo-o para além das compras realizadas fora do estabelecimento comercial. Assim sendo, entende-se diante dos posicionamentos jurisprudenciais que existe a possibilidade de ampliação do direito de arrependimento para as compras presenciais, o que já vem sendo feito, por exemplo, nas compras de *time sharing*.

Palavras-chave: Direito de Arrependimento; Consumidor; Sociedade de Consumo; Autonomia da vontade; Compras presenciais.

ABSTRACT

Between the rights of the consumer stands out the importance of the “Right repentance” as an instrument of protection to manifestation of consumer’s will. The present work proposes to demonstrate the modifications that occurred on the society over the years that followed after the promulgation of the Brazilian Code of Consumer Protection. The proposal of this dissertation is to debate the rights repentance and the possibility of an extension on his field’s incidence, extending it to beyond the shops made out of the business establishment. On this purport, means that facing the positioning jurisprudential exists the possibility of the field’s of the right repentance extension for the classroom shops, what has already been made, for example on the time sharing shops.

Key words: Righth repentance; Consumer; Consumer society; Freedom of will; Classroom shops

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR EM UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	15
1.1	BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA EUROPA.....	15
1.2	BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL.....	21
1.3	DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	26
1.4	O SURGIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	31
1.5	A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	32
1.6	CONCEITOS BÁSICOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	37
1.7	A SOCIEDADE ATUAL E SUA RELAÇÃO COM O CONSUMO.....	42
2	REFLEXOS DA NOVA TEORIA CONTRATUAL SOB O DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	51
2.1	BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A TEORIA DOS CONTRATOS.....	51
2.2	A NOVA CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RELATIVIZAÇÃO DO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i>	56
2.2.1	Princípio da função social.....	65
2.2.2	Princípio da boa-fé objetiva.....	73
2.2.3	Princípio da equivalência material.....	78
2.3	A LIBERDADE DE ESCOLHA NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA	80
3	DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	86
3.1	CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E PRESSUPOSTOS DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	86
3.2	DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	90
3.3	APLICAÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO AOS CONTRATOS DE CONSUMO POR MEIO ELETRÔNICO.....	92
3.4	DEBATE SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO ÀS COMPRAS PRESENCIAIS.....	95
	CONCLUSÕES.....	109
	REFERÊNCIAS.....	111

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procurará dar sua contribuição ao estudo a respeito de importante instituto de direito contratual, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor, entendido como de fundamental importância para a proteção da dignidade da pessoa humana: o direito de arrependimento.

O direito de arrependimento, disposto no artigo 49 do referido *Codex*, possibilita ao consumidor a proteção do seu direito fundamental de manifestação da vontade em uma relação contratual, somente possível de ser exercitado nas compras não presenciais (fora do estabelecimento comercial do fornecedor).

Deve-se ter em mente a situação de vulnerabilidade do consumidor que não está imune à desinformação ou à informação deturpada no que tange ao forte apelo para o consumo, fruto de uma cultura do consumo, o que pode levá-lo a aderir a contratos sem a devida reflexão acerca de sua oportunidade e conveniência.

Assim sendo, este estudo terá, basicamente, dois objetivos. O primeiro deles é o de expor, de modo mais claro possível, as modificações ocorridas na sociedade e que provocaram importantes alterações na disciplina da teoria geral dos contratos, culminando com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Nesse novo estatuto disciplinador das relações contratuais de consumo, se verifica a patente desigualdade entre as partes contratantes, desigualdade esta que existe pelo domínio econômico e material do fornecedor exercido perante o consumidor, será dada especial atenção ao direito de arrependimento.

O segundo objetivo pretende realizar a tarefa de examinar o direito de arrependimento conectado com a nova realidade social dos dias atuais, na qual o consumo assume papel significativo na concretização da dignidade da pessoa humana, bem como, estabelecer uma relação entre o direito de arrependimento como instrumento de proteção da vontade da parte vulnerável da relação de consumo.

Nesse âmbito do direito de arrependimento far-se-á uma análise sobre o seu conceito e natureza jurídica. Também, será traçado um panorama sobre o campo de incidência do direito de arrependimento à luz da legislação consumerista brasileira, ocasião em que se empreenderá uma incursão sobre a *ratio* desse direito.

Compreende-se que o direito do consumidor é disciplina acadêmica, que no cenário nacional, desenvolveu-se a partir do mandamento constitucional para que o Estado promovesse, na forma da lei, a defesa do sujeito consumidor, sendo, para tanto, promulgado o Código de Defesa do Consumidor. Entende-se que o conteúdo deste Código e a aplicação de suas normas pelo Poder Judiciário, para além da proteção do consumidor foram e, ainda hoje, são fontes de uma verdadeira revolução nas normas de direito privado brasileiro.

Ressalte-se que, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 2002, já se vislumbrava a importância do direito do consumidor em razão de seu contraste com a ordem contratual vigente no Código Civil de 1916. A realidade de interpenetração desses dois sistemas positivados no âmbito do direito privado, em especial no campo da teoria contratual, sedimentou, na jurisprudência pátria, uma aplicação das disposições normativas a partir de uma visão constitucional do direito privado.

Desse modo, a lei de proteção ao direito do consumidor, no cenário nacional, e, também, no exterior, passou a ser reconhecido com seriedade científica e comprometimento em sua aplicação normativa. Desta forma, tem-se que o direito do consumidor constitui uma disciplina jurídica, fundada especialmente em dois grandes vetores: uma visão social profunda das novas relações privadas e a necessidade de se proteger a pessoa humana, de modo especial, naqueles países que se encontram, como no caso do Brasil, na posição de “países em desenvolvimento”.

Nesse cenário de extremas desigualdades, crê-se que o sistema normativo infraconstitucional, em harmonia com o texto normativo da *Lex Fundamental*, deve promover um equilíbrio nas relações privadas, de modo a diminuir a posição de desigualdade entre as partes. O segundo vetor consubstancia-se na preocupação em se dar aplicação e efetividade para essas normas existentes no sistema jurídico nacional. Para se alcançar essa efetividade, se deve, à luz de uma ordem principiológica existente no Código de Defesa do Consumidor, proporcionar uma constante adequação das normas de direito do consumidor às novas exigências presentes na sociedade de consumo, tudo isso para se assegurar a proteção da pessoa humana.

Portanto, esse trabalho pretenderá dar sua contribuição, buscando traçar, pelo estudo do direito de arrependimento, a fundamental proteção à dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, a dissertação terá como escopo responder à seguinte indagação: aos contratos de consumo estão sendo aplicadas as normas da lei de consumo no que tange à proteção da autonomia da vontade do consumidor, e, conseqüentemente, existe a possibilidade de ampliação do direito de arrependimento às compras presenciais, uma vez que, na forma da lei, tal direito somente é aplicado às compras realizadas fora do estabelecimento comercial?

Para tanto, a dissertação utilizará a seguinte metodologia: método de abordagem dedutivo, com fincas na pesquisa documental e bibliográfica nacional e estrangeira, consultando-se livros, periódicos especializados, legislação, Internet, entre outros documentos; métodos de procedimento o hermenêutico e o histórico, que consistem, respectivamente, no estudo da evolução da proteção do consumidor e na interpretação dos documentos e da legislação pertinentes ao tema da pesquisa. Quanto às técnicas de pesquisa utilizar-se-á a documentação indireta que consiste em pesquisa bibliográfica.

Desse modo, o Capítulo I traçará um panorama, breve e pontual, sobre os principais fatos históricos que influenciaram na gênese do direito do consumidor no cenário internacional e nacional, ressaltando esse direito, em seu caráter de direito fundamental, ocasião na qual se apresentará uma sucinta base teórica a respeito dos direitos fundamentais e do valor que eles ostentam na atual ordem constitucional.

Ainda nesse capítulo apresentar-se-á o caminho trilhado pelos consumidores brasileiros até a inserção da defesa do consumidor como princípio assegurado pelo Estado, tendo sido esse princípio erigido à categoria de direito fundamental, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 05 de outubro de 1988. Em seguida, proceder-se-á a uma demonstração panorâmica dos principais conceitos, possibilitando uma visão mais clara do consumidor como sujeito de direito, assim como da identificação de uma relação contratual de consumo, com suas características próprias, bem como, do estudo dos seus direitos básicos, a partir da análise do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, com especial ênfase para Política Nacional das Relações de Consumo. Também, nesse primeiro capítulo, será proposto um debate sobre a sociedade de consumo, chamando-se a atenção de que não se trata de incursão profunda no âmbito da sociologia, até porque este não será o objetivo deste trabalho.

Contudo, entende-se, que não se pode furtar, na presente dissertação, à análise de certos aspectos da sociedade de consumo, cuja característica interessa, de certo modo, para o debate das relações contratuais contemporâneas. Com esse objetivo serão apresentados alguns teóricos do âmbito sociológico que auxiliarão na tentativa de elucidar o que vem a ser sociedade de consumo. Saliente-se que, a partir dessas ponderações teóricas sobre a atual sociedade, será oportunizada uma reflexão sobre o possível comprometimento da autonomia da vontade do consumidor.

No Capítulo II será estudada a autonomia da vontade do consumidor. Para tanto, em um primeiro momento, demonstrar-se-á a concepção tradicional da teoria contratual. Nesse ponto, se demonstrará o caminho percorrido pelo direito privado em matéria contratual, desde o dogma do *pacta sunt servanda*, interpretado de forma absoluta como ideal de justiça até a sua relativização. Nesse capítulo, também, propor-se-á uma análise sobre os princípios orientadores da teoria geral dos contratos, dando-se, atenção especial aos chamados princípios sociais, em razão de sua identificação com o direito do consumidor. Registre-se, que nessa oportunidade, toda a análise principiológica, em matéria de contrato, será feita com base no papel dado à vontade da parte contratante.

Finalmente, será estudado no Capítulo III o direito de arrependimento propriamente dito, instituto introduzido na sistemática jurídica brasileira pelo Código de Defesa do Consumidor como meio de proteção da declaração de vontade deste. Com esta finalidade será feita uma incursão sobre a *ratio* da norma para que se possa pavimentar a reflexão de ampliação para o seu campo de incidência. Desse modo, far-se-á uma radiografia deste direito, destacando-se conceito, natureza jurídica e pressupostos de incidência. Após, far-se-á uma revisão do momento histórico-social da codificação consumerista brasileira, isto é da realidade social da década de noventa, ao mesmo tempo, em que se chama a atenção para as principais modificações sociais ocorridas na contemporaneidade. Far-se-á, ainda, uma reprodução interpretativa da atuação jurisprudencial nacional no que refere ao direito de arrependimento, demonstrando, ainda que de forma sucinta, o início da ampliação de seu campo de incidência como um reclamo da sociedade atual.

Ainda no capítulo III também será demonstrado, igualmente, o direito de arrependimento em algumas legislações estrangeiras, e, finalmente, o porquê da necessidade da ampliação desse direito, que, na forma da lei, limita-se às compras

não presenciais. Chamar-se-á a atenção para a dificuldade de aceitação desse novo direito de resolução contratual entre os adeptos da teoria clássica dos contratos, sistematizada à época do dogma da autonomia da vontade. Contudo, entende-se que é importante estender este instrumento de proteção à vontade do consumidor. Deve-se ter em mente que a norma contida em um código, não pode ficar presa, estagnada. Antes, a aplicação da regra codificada deve ser algo dinâmico, cumprindo, assim, o Código de Defesa do Consumidor seu papel operacional de proteger o vulnerável, sendo, possível, quando necessário, adaptá-lo às novas mudanças sociais.

1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Este capítulo pretende delinear o caminho trilhado pelos consumidores até a inserção da defesa do consumidor como princípio assegurado pelo Estado, tendo sido esse princípio erigido à categoria de direito fundamental, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXII¹, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 05 de outubro de 1988. Para tanto, parte-se de uma breve evolução histórica sem a pretensão de esgotar a temática, a fim de traçar o percurso da consolidação do direito consumerista no texto constitucional, perpassando pelas leis que indiretamente contribuíram para a proteção do consumidor até o surgimento do Código de Defesa do Consumidor.

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA EUROPA

A concepção de ser a defesa do consumidor um direito econômico fundamental surgiu após a conquista de direitos individuais fundamentais (livre iniciativa, liberdade, igualdade, propriedade) com a Revolução Francesa e a Revolução Americana no século XVIII. Isto se deve a ocorrência do abuso dos economicamente mais poderosos fundamentados justamente naqueles direitos individuais, conquistados numa época em que se exigiu a abstenção do Estado no que se refere às relações privadas.

Percebe-se que houve uma significativa transformação histórica e cultural no cenário social e jurídico decorrente da Revolução Francesa ocorrida em 1789. Nota-se, a partir deste movimento revolucionário, o surgimento de novos valores contrapostos aos antigos como os cultivados nas sociedades teocráticas, em que a vontade do soberano era justificada como a vontade divina. Os movimentos revolucionários ocorridos no século XVIII, inspirados nos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, contribuíram para a queda das organizações corporativas², que vigoraram durante toda a Idade Média, em que postulados de cunho

¹ Art. 5º, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

² Estas também denominadas de *guildas* que consistiam em associações profissionais em que existia a figura do Mestre e do(s) aprendiz(es).

suprapositivo orientaram e limitaram o poder do soberano, atuando como critérios de legitimação do exercício desse poder³.

O ideal revolucionário consistia, entre outros fundamentos, no entendimento de ser a pessoa livre, dona de seu destino e contribuinte de uma nova estrutura estatal, concretizada por meio de regras fundamentais reunidas em documento único: a Constituição. Conforme sugere Alberto Venâncio Filho (1998, p.4) a posição que o Estado adotou naquele período caracterizou-se pela postura de abstenção do domínio econômico⁴.

Dentro desta perspectiva histórica Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 37) ensina que, a ideologia liberal⁵ determinava o caminhar livre da economia e do indivíduo sem a intervenção do poder estatal. Exigia-se uma abstenção do Estado, contemplando-se as liberdades individuais sem, contudo, interferir nas relações

³ Cf. A.E. Perez Luño, Los derechos fundamentales. (Citado por Ingo Sarlet, 2011, p. 38 em nota de rodapé).

⁴ Desde esta época até a atualidade o Direito Privado vem passando por uma profunda e significativa modificação em sua estrutura. Essa modificação deve-se, inclusive, pela alteração dessa postura de abstenção do Estado no domínio econômico e nas relações privadas para uma postura mais intervencionista. Entre nós o intervencionismo estatal foi tomando corpo na Constituição Federal de 1988, institucionalizando-se a interferência do Estado nas relações contratuais (TARTUCE, 2007, p. 29), o que será abordado, no presente texto mais a vagar, em momento oportuno. No entanto, para uma maior compreensão em que consiste esta atuação do Estado dentro desta perspectiva ideológica liberal, parece oportuna a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, acerca do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais uma vez que, segundo seu magistério, o reconhecimento dos direitos fundamentais coincide, também, com o surgimento do moderno Estado constitucional de Direito, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais (SARLET, 2011, p. 36). Propõe-se com este percurso histórico delinear, ainda que de forma breve e pontual, a passagem do Estado Liberal para o modelo de Estado social e democrático de Direito. Para tanto, far-se-á uma análise do processo histórico de consolidação, reconhecimento e defesa dos direitos fundamentais, por entender-se patente a relação entre os direitos fundamentais e sua tutela por parte do Estado. Assim, pode-se aderir à ideia de que as mutações decorrentes do processo de industrialização, e dos impactos acarretados pelo desenvolvimento científico e tecnológico, associados ao processo de descolonização influenciaram direta ou indiretamente todas estas mudanças (SARLET, 2011, p. 37), reclamando a tutela Estatal na defesa de novos interesses que foram surgindo, a partir do reconhecimento de novas necessidades básicas como o direito do consumidor.

⁵ Este processo de afastamento do Estado das relações privadas iniciou-se a partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, ocasião em que a doutrina jusnaturalista atingiu seu apogeu através das teorias contratualistas. Contribuiu, também, para este movimento de abstenção estatal das relações privadas, o processo de laicização do direito natural, que atingiria o seu clímax no iluminismo, de inspiração jusnaturalista. Dentro deste contexto de valorização da autonomia privada, merecem destaque, na visão de Ingo Wolfgang Sarlet (2011), a contribuição, deixada ainda no século XVI de alguns jusfilósofos alemães, a exemplo de Hugo Donellus, que durante o ano de 1589 já ensinava aos seus discípulos, em Nuremberg, que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem; e, de igual importância, para o autor, a contribuição de Johannes Athusus, que nos primórdios do século XVII, defendeu a ideia da igualdade humana, da soberania popular, ensinando que os homens estariam “submetidos à autoridade apenas à medida que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação.” (SARLET, 2011, p. 39).

privadas.

Surgem os direitos fundamentais denominados de primeira dimensão, que buscavam estabelecer direitos individuais que garantissem ao homem liberdade, igualdade e fraternidade. Paralelamente, ainda no século XVIII, sobreveio a Revolução Industrial que proporcionou a divisão do trabalho e a formação de uma classe de trabalhadores.

A divisão do trabalho estimulou o consumo, porque o incremento do setor industrial criou uma classe de indivíduos assalariados que adquiriram a condição de consumidores de bens produzidos pelas fábricas que haviam surgido. É bem verdade que o ato de consumir é antigo, mas foi com o processo de industrialização que o consumo tornou-se expressivo⁶, o que resultaria em posteriores conflitos de interesses entre consumidores e fornecedores, inclusive no que tange à compreensão do direito de arrependimento, de acordo com o que será visto no capítulo III.

Por conseguinte, registre-se que o século XIX foi marcado por sucessivos movimentos de reivindicação por melhores condições laborais. Como eram os consumidores os próprios trabalhadores, deve-se esclarecer que estas reivindicações não possuíam apenas enfoques trabalhistas, mas também, existiam reclamações para a tutela de direitos dos consumidores. Assim, tem-se que os trabalhadores, na condição de consumidores, também, pleiteavam mudanças nas relações de consumo, porquanto a população consumidora, de modo geral, carecia de proteção mais efetiva por parte do Estado quanto à qualidade dos bens consumidos e de meios de defesa contra eventuais abusos dos fornecedores desses bens (TADDEI PEREIRA, Anna, 2009, p. 17-24).

Ainda com respaldo nos séculos XVIII e XIX a situação de debilidade do consumidor diante do fornecimento de produtos e serviços também se fazia sentir no momento da contratação. As transformações sociais da época provocaram mudanças principalmente no aspecto contratual em âmbito econômico, não apenas no aumento significativo do uso de instrumentos contratuais, mas também na própria

⁶ O desenvolvimento livre e sem freios do comércio, juntamente com a ampliação e desenvolvimento das técnicas publicitárias criaram uma sociedade consumista. Associe-se a esses fenômenos uma necessidade, cada vez mais premente, do Estado sair dessa postura de mero expectador para atender aos reclamos e anseios de uma sociedade massificada. O equilíbrio entre as partes estava definitivamente rompido nessa nova estrutura social. Assim, houve paulatinamente a passagem do Estado liberal para o Estado social, relativizando-se o individualismo imperante, até então, adotando-se elementos de reforma com reflexos positivos na defesa do consumidor.

fisionomia dessa figura jurídica, contribuindo para o surgimento de um novo cenário socioeconômico composto por aceleração do processo produtivo concomitantemente à expansão das relações comerciais, devido ao acesso mais abrangente da população ao consumo.

Diante de tal situação no final do século XIX proliferaram as demandas sociais por proteções legais aos contratantes consumidores. O modelo clássico de outrora, no qual se detinha uma igualdade formal entre os contratantes (LÔBO, 1991, p.30) decorrente dos ideais liberais havia demonstrado não funcionar nas relações de consumo em decorrência da vulnerabilidade do consumidor.

Assim como ocorria com os bens de consumo, as relações contratuais de consumo, especificamente, passariam por uma estandarização de produtos e serviços, realidade que hoje, também, se faz presente através das condições gerais e contratos de consumo. A prática da liberdade contratual igualitária, de cunho individualista, da época do surgimento do processo de industrialização prejudicava o consumidor em vista das disposições contratuais serem postas pela parte mais forte (fornecedor) que elaborava o conteúdo do contrato e o impunha ao mais fraco (consumidor)⁷. Por esta razão as relações contratuais de consumo foram perdendo o caráter consensual para assumirem o de adesão⁸.

Torna-se, desta maneira, cada vez mais clara a assimetria de poderes negociais entre fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo e os consumidores desses bens e serviços.

Em resposta a estas inúmeras reivindicações, principalmente as da classe trabalhadora, o Estado adotou medidas a fim de promover uma maior intervenção, com maior ênfase nos contratos de consumo, que se submeteram (e ainda se submetem) ao dirigismo estatal.

Assim sendo, cabia ao Estado realizar através das leis o justo equilíbrio de

⁷ Segundo o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, *caput*, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, enquanto que fornecedor, de acordo com o artigo 3º, do mesmo diploma, consiste na pessoa física ou jurídica, de natureza privada ou pública, nacional ou estrangeira, inclusive entes despersonalizados, que tenham como atividade produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁸ “Art. 54, do Código de Defesa do Consumidor: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

interesses, de harmonia com a tese de que a liberdade de decisão constitui um pressuposto geral da validade da declaração⁹ (BELMONTE, 2002, p. 65-69). Nesse sentido, chame-se a atenção para a eventual mitigação da liberdade de decisão, por parte do consumidor, que, muitas vezes, possivelmente age sob a influência de campanhas publicitárias que podem restringir, consideravelmente, sua capacidade de escolha.

Assim, a intervenção estatal nos contratos de consumo fortaleceu-se com os movimentos reivindicatórios do século XIX, a fim de que o Estado propiciasse o bem-estar social e a proteção necessária aos menos favorecidos, de modo a garantir a todos a concretização de suas dignidades. Os consumidores exigiram o reconhecimento de seus direitos, por se considerarem a parte vulnerável na relação de consumo, vulnerabilidade que seria posteriormente reconhecida globalmente na década de 80 do século XX, através da posituação dessa proteção em diversas constituições incluindo a atual Carta Magna brasileira.

Segundo Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva (2003, p. 9), a ordem pública no âmbito econômico não incide em dirigismo a pessoas indeterminadas, mas visa “à proteção de determinados grupos ou classes sociais (...) considerando a debilidade econômica e contratual que caracteriza sua posição perante outros (...)”. O Estado do Bem-Estar Social, denominado de Welfare State, caracteriza-se por uma atitude positiva do ente público, que visa à realização de políticas públicas orientadas no sentido de efetivar o desenvolvimento humanizado da sociedade, assumindo o Estado uma conformação diversa da posição de mero espectador, passando a organizar estruturas capazes de atender aos anseios sociais de obtenção de uma vida digna (MORAES, 1999, p. 192). Nesse novo contexto social e jurídico o contrato típico, instituto de Direito Privado, sofre forte interferência da atuação estatal que entra na relação contratual, tutelando os interesses da parte mais vulnerável, buscando, assim, o equilíbrio, anteriormente, perdido.¹⁰

⁹ Cf. Capítulo 2 acerca do debate entre a autonomia da vontade e autonomia privada.

¹⁰ Desse modo, o consumidor não é mais o personagem típico e idealizado no Estado liberal do sujeito determinante do ciclo econômico e determinante, também, do que tinha que ser produzido e por ele consumido para atender suas necessidades. Necessidades que, por sua vez, eram definidas por este mesmo sujeito dentro de um mercado concorrencial e competitivo. Discorrendo sobre o assunto, Paulo Luiz Neto Lôbo (2011, p.31), enfatiza a modificação do sujeito cartesiano na relação de consumo, para tanto, afirma que produto e serviço não são postos em circulação apenas com o propósito de atender às necessidades sentidas do consumo, mas para provocar necessidade de consumo, mediante engenhosos mecanismos de publicidade, e na qual o consumidor não desempenha qualquer papel ativo. Registre-se, também, nesta oportunidade que esta modificação no

No cenário internacional, o início do século XX foi marcado por sucessivas crises econômicas que puseram em xeque o modelo liberal de economia. Entre estas se pode citar a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) que foi responsável pela desestabilização econômica e social de inúmeros países europeus. Outro evento marcante, no âmbito internacional, foi a “quebra” da Bolsa de Nova York, no ano de 1929, fazendo com o que os Estados Unidos mergulhassem em uma recessão econômica sem precedentes. Após algum tempo, precisamente em 1939, foi deflagrada a Segunda Guerra Mundial que só veio a ter fim em 1945, deixando em toda a comunidade jurídica a marca indelével da falta de proteção à pessoa humana.

Referidas crises econômicas atingiram sobremaneira o mercado de consumo, tendo em vista a perda do poder aquisitivo de milhares de potenciais consumidores e a retração da produção industrial. Nas condições em que se apresentavam as economias mundiais somente o Estado, mediante propostas e execuções de medidas que assegurassem o bem-estar social e econômico, conseguiria impulsionar o restabelecimento do mercado de consumo que, naquele momento, encontrava-se aliado para a sua auto-regulação. Conforme lição de Eros Roberto Grau (2012, p. 29) o Estado assumiu, então, o papel de agente regulador da economia, na tentativa de corrigir os desequilíbrios econômicos do mercado¹¹.

Em razão do mercado não ser uma instituição natural ou espontânea um *locus naturalis*, mas uma instituição que nasce e se desenvolve em razão de determinadas reformas institucionais, operando com esteio em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam, é considerado, portanto, um *locus artificialis*, na visão de Natalino Irti (apud Grau, 2012, p. 29). Por esta razão, não se pode deixar o mercado ditar livremente suas regras, desenvolvendo-se e atuando conforme suas próprias leis, pois dessa forma, se cristalizariam graves situações de desigualdades

significado do consumo dentro de uma sociedade de consumidores (ver nota de rodapé n.º 20, deste capítulo). Contudo, é necessário, também, tecer-se algumas considerações sobre outro agente, que, juntamente com o Estado atua também no direito econômico: o mercado. Propõe Carlos Alberto de Salles (1996) a noção de mercado não se opõe a de Estado, vez que uma de suas atribuições é disciplinar as relações contratuais que se desenvolvem no âmbito das relações fundamentais, até porque ele entende que o ideal de mercado não é a ausência do Estado no domínio econômico e social, mas a presença dele como agente disciplinador da atividade econômico-social.

¹¹ Toma-se no presente trabalho a acepção do mercado como instituição jurídica destinada a regular e a manter determinadas estruturas de poder, cumprindo o papel de assegurar a prevalência de interesses de determinados grupos sociais em detrimento de interesses de outros grupos sociais que se encontram em situação de vulnerabilidade, propondo-se no presente escrito, a noção de mercado como sendo espaços ocupados pelo poder social, sendo estes com base na perspectiva conceitual proposta por Norbert Elias (GRAU, 2012, p. 29).

advindas de um mercado autorregulável, comprometendo, inclusive, a própria produção capitalista.¹²

Em conformidade com o pensamento de J. Y. Calvez (apud VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 18) o Estado existe para realizar o bem comum na ordem temporal e não pode ausentar-se do mundo econômico, posto que a intervenção na economia tem como finalidade promover a abundância material e o exercício dos direitos dos cidadãos, protegendo aqueles que se encontram fragilizados diante dos mais poderosos, reequilibrando as forças dos agentes que atuam no mercado.

Assim sendo, o direito do consumidor é um dos direitos econômicos do indivíduo, considerado como um dos direitos fundamentais de segunda geração¹³, cuja consagração deu-se somente no século XX, após diversas crises econômicas. Os direitos de segunda geração ou dimensão não excluíram os da primeira, posto que foram mantidos os direitos individuais, surgindo a concepção do indivíduo como parte integrante da sociedade.

1.2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Para uma melhor visão do processo de intervenção do Estado na economia nacional nos dias atuais, propõe-se uma leve reflexão histórica sobre as origens de sua ingerência na nossa economia.

No tocante à intervenção nas relações de consumo no Brasil, durante a colonização, a metrópole portuguesa não objetivava os progressos econômicos e sociais da colônia, cuja política consistia em atividades fiscalistas, no entanto havia um certo cuidado com o consumidor. Na época do Brasil Colonial havia alguma preocupação com a população consumidora, principalmente em relação às mazelas do comércio que, na ocasião, era praticado. Exemplo disso é que a metrópole revogou os privilégios da Companhia do Comércio do Brasil sobre o comércio na costa brasileira e também o monopólio da venda do vinho, azeite, bacalhau e trigo,

¹² Sobre o assunto sugere Karl Polny (apud Grau, 2012, p. 29): “Por mais paradoxal que pareça não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado autorregulável, mas também, a própria organização da produção capitalista.”

¹³ Para entender melhor as diversas dimensões dos direitos fundamentais, sugere-se a obra de Ingo Wolfgang Sarlet, in Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional, 2011, p. 45.

em virtude do desabastecimento que havia na Colônia e, principalmente, dos preços excessivos que eram impostos à população, violando dessa maneira os tabelamentos instituídos pela Coroa Portuguesa e que estavam em vigor. Neste sentido, Américo Luís Martins da Silva (2003, p. 11) sugere que:

Em 1755, foi organizada a Companhia do Grão-Pará e, em 1759, a Companhia de Pernambuco e Paraíba, ambas com vários incentivos e privilégios concedidos pela coroa. Todavia, não demorou muito para a Mesa do Bem comum expedir um documento expondo ao Marquês de Pombal seu descontentamento com a Companhia do Grão-Pará, já que os privilégios e objetivos prejudicavam o sistema de liberdade de comércio então vigente. Além disso, alguns setores da população colonial passaram a reclamar muito de ambas as companhias, principalmente no que se refere a práticas de abuso de posição dominante, ou seja, preços exorbitantes, desvalorização dos produtos para aquisição por preço inferior ao real etc.; bem como no que se refere aos prejuízos causados ao consumidor, ou seja, venda de gêneros deteriorados, sem que os compradores pudessem escolher etc.

No Brasil, na primeira metade do século XX, a intervenção estatal na economia revelou-se em questões tarifárias e na proteção de produtos agrícolas exportáveis como o café. No âmbito das relações de consumo, inexistia inferência direta, mas apenas algumas disposições de cunho econômico que beneficiavam, de forma indireta, os consumidores.

Pode-se ponderar que a atuação do Estado na economia brasileira, a partir da segunda metade do século XX, tinha por finalidade traçar limites ao capitalismo. Para tanto, utilizou-se de seu ordenamento jurídico para moldar a ordem econômica nacional para, então, proporcionar a justiça social, as condições mínimas da dignidade humana e níveis aceitáveis de sobrevivência das classes menos favorecidas.

Desta forma, pode-se alegar que o Estado desempenha paralelamente esta dupla função de legitimação e repressão, além da função, inicialmente implementada de integração e modernização capitalista, originariamente referida como de acumulação.

Nos ensinamentos propostos por Grau, a primeira vez que se usou a expressão “constituição econômica” remonta ao século XVIII, ocasião em que foi utilizada por Badeu para denominar o conjunto dos princípios jurídicos reguladores da sociedade econômica (2012, p. 76).

A título de exemplo, foi na doutrina alemã, ainda neste século, que a ideia de uma Constituição Econômica ganhou corpo, em especial na “vida econômica” disposta na constituição de Weimer. Neste sentido, propõe João Bosco Leopoldino da Fonseca (2003, p. 54) que o ordenamento jurídico-econômico, portanto, foi responsável pela institucionalização de princípios e regras informadores das normas que regem as relações econômicas, inclusive adotando normas programáticas, seguindo, na visão do autor, as tendências das constituições estrangeiras como a mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919.

Analisando o cenário nacional, a intervenção estatal na economia brasileira foi positivada de forma expressa nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Assim, pode-se sugerir que no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, de forma expressa, vários dispositivos denotam o dirigismo estatal na economia. Cite-se, para tanto o teor do artigo 170¹⁴ no qual se define os fundamentos e os princípios que devem reger a atividade econômica. Verifica-se, pois que a ordem econômica tem por fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa em conformidade com a justiça social. Sendo esta atividade norteadada por diversos princípios incluindo o da defesa do consumidor.

Visualiza-se dentre os princípios norteadores da atividade econômica o princípio da defesa do consumidor, o que pode levar à reflexão de que a intervenção do Estado brasileiro na economia também se opera no mercado de consumo, quando se eleva a defesa do consumidor à categoria de princípio a ser observado na consecução da atividade econômica¹⁵. Discorrendo sobre esse princípio

¹⁴ “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:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

¹⁵ Discorrendo sobre esse princípio afirma João Batista de Almeida “Tal princípio equivale a dizer que o Estado intervirá na área econômica para garantir a defesa do consumidor, havida pelo constituinte como um direito constitucional fundamental (art. 5º, XXXII). Na necessidade de intervir no domínio

específico, José Afonso da Silva (2012, p. 178-179), o considera, ao lado de outros, como o da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e à busca do pleno emprego, princípio de integração uma vez que está direcionado para solucionar os problemas advindos da marginalização regional ou social. Saliente-se, também, nesta oportunidade que, na visão do constitucionalista, a defesa do consumidor além de ser direito coletivo, também é direito fundamental, com o que se elevam os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais, conforme expressa o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição de 1988.

Dessa maneira, ainda sob o olhar do José Afonso da Silva, conjugando-se o conteúdo do artigo 5º inciso XXXII¹⁶, com o do artigo 170, inciso V¹⁷, ambos da Constituição Federal de 1988, tem-se como legitimada toda atuação interventiva do Estado na economia para dar concretização à defesa do consumidor.

Assim, pode-se sugerir que o Estado é o agente regulador da economia e, na qualidade de agente normativo da atividade econômica, atua de modo a desempenhar duas modalidades de atuação: a participação e a intervenção. Nesta última modalidade o Estado age como agente normativo e regulador da atividade econômica nos termos do artigo 174¹⁸, da carta política de 1988 desempenhando funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Ainda, sobre o tema, válido citar o pensamento de Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (2007, p. 219) ao analisar a atuação do Estado interventor no domínio econômico, e que demonstra de forma precisa essa possibilidade de

econômico para assegurar a defesa do consumidor reside a justificativa da tutela, pois que, sem tal intervenção, poderá resultar ineficaz a proteção de que se cuida” (ALMEIDA, J.; 1993; p. 20).

¹⁶ “Art. 5º, da Constituição Federal: 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 seguintes termos:

[...] *omissis*

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

¹⁷ “Art. 170 da Constituição Federal: 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, observado os seguintes princípios:

[...] *omissis*

V – defesa do consumidor.”

¹⁸ “Art. 174 da Constituição Federal: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

atuação intervencionista, outrossim, no campo das relações interpessoais. Demonstrando, a partir de um vasto cotejo doutrinário, o perfil do Estado regulador dentro do universo dos contratos, no ambiente global da atualidade¹⁹.

Diante de toda a análise até aqui proposta, sugere-se que o consumidor, enquanto sujeito possivelmente desprovido de liberdade no exercício de sua autonomia, como consequência de estar inserido em uma sociedade marcada pelo fenômeno do consumismo²⁰, o consumidor brasileiro está em situação de vulnerabilidade. Saliente-se, também, que uma das características da sociedade de consumo é a contratação massificada, estandardizada, em que inexiste discussão e determinação de conteúdo contratual por ambas as partes contratantes por ser, em regra, o contrato de consumo de adesão. Diante desta flagrante situação de desequilíbrio, legitima-se a intervenção estatal na revisão de determinados contratos de consumo, para que se concretize a proteção jurídica do consumidor pelo Estado. Neste sentido:

De acordo com Paulo Valério Dal Pai Moraes (1999; p.201) o mercado de consumo massificado obriga a uma nova e atualizada maneira de observar a vida moderna, por ser o contrato um mecanismo fundamental para a circulação rápida e eficaz das riquezas que retornam para a sociedade sob a forma de salários ou de investimentos na realização das políticas do Estado. É preciso compreender que apesar de haver a intervenção estatal nas relações de consumo, isso não interfere na estrutura concorrencial de mercado, posto que a proteção ao consumidor possibilita um reequilíbrio das relações contratuais, revitalizando o instituto fundamental das

¹⁹ Ainda de acordo com a autora “Esses modelos atribuem novo feitiço à intervenção estatal nas inter-relações com a economia, considerando-se inclusive, algumas possibilidades de atuação estatal nos domínios privados da contratação”. (FEITOSA, 2007, p. 219).

²⁰ Nesse sentido, “sugere Bauman (2008b, p.41) que o consumismo é um tipo de arranjo social, cujas vontades são recicladas, consistindo na principal força motivadora da sociedade, ocupando o espaço da força motivadora anterior que era o trabalho. O mero ato de consumir seria a ocupação dos sujeitos, enquanto que o consumismo seria um atributo da sociedade de consumo. É na sociedade líquido-moderna com a sua cultura apressada e caracterizada pela instabilidade dos desejos e insaciabilidade das necessidades, mediante o consumo instantâneo de bens e símbolos, que se encontra o fenômeno do consumismo. Segundo Bauman (2008b) na sociedade líquido-moderna ocorre o fenômeno da fragmentação dos instantes, ou seja, o tempo pontilhista. Neste os sujeitos organizam os pontos, configurando-os de significados. É como se cada oportunidade fosse a única, inexistindo a possibilidade de haver outra oportunidade igual ou que proporcione as mesmas emoções. O viver o *agora* (ou vida agorista) tem por base a premente necessidade de descartar e substituir. Assim sendo, a economia consumista se baseia em excessos e em desperdícios, e no excesso de informação. Quanto à felicidade não se pode afirmar que as pessoas na sociedade líquido-moderna sejam mais felizes que as pessoas da sociedade sólido-moderna (de produtores), apesar de ser a felicidade um valor central na sociedade líquido-moderna. Por isso, atribuir à satisfação a felicidade almejada não procede, pois a promessa de satisfação somente permanece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito.” (TADDEI PEREIRA, Anna. Tese intitulada ‘O crédito na sociedade de consumo’, Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPB, p.55-60, 2013).

transações de mercado: o contrato (SALLES; 1996; p. 90 apud TADDEI PEREIRA, Anna, 2009, p. 24).

No próximo tópico será abordado o direito do consumidor na qualidade de direito econômico fundamental.

1.3 DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Considera-se pertinente, ainda que de modo pontual para fins do presente escrito, visitar o direito do consumidor, em sua perspectiva constitucional de direito fundamental inserido sistematicamente em um Estado democrático de Direito. Pretende-se com esta abordagem doutrinária propiciar uma visão mais clara sobre a legitimação do Estado em sua atuação interventiva no domínio econômico, em especial, dentro dos contratos de consumo, analisando o caminho percorrido pelo legislador até se concretizar a elaboração do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, crê-se estar proporcionando uma reflexão sobre a legitimidade de determinadas posturas interventivas do Estado, notadamente, no que diz respeito à possibilidade de ampliação do alcance e incidência do direito de arrependimento nos contratos de consumo, tema que será tratado, posteriormente, em capítulo próprio.

Tem-se notícia de que diversos países, ao longo de todo século XX, adotaram políticas de proteção aos consumidores a fim de propiciar-lhes equilíbrio e harmonização nos contratos de consumo perante os fornecedores de produtos e serviços. Constata-se desse modo, a estreita relação existente entre a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico de um Estado. Percebe-se, pois, que na tutela dos direitos do consumidor, considerado a parte vulnerável da relação de consumo, se objetiva assegurar o desenvolvimento salutar do mercado de consumo. Frise-se, também, nos dias atuais, a expansão do mercado por meio de contratos de massa, realizados de forma impessoal e indireta.

Neste sentido, o pensamento de Eros Grau, citado por João Batista de Almeida (2009), discorrendo sobre a proteção jurídica do consumidor, igualmente, realça a necessidade de diminuir os desequilíbrios, próprios de uma relação consumerista, através de uma atuação estatal em diversos seguimentos, como na educação e na concretização da tutela do consumidor.

Se existe consenso no que se refere ao desequilíbrio nas relações de

consumo, estando o consumidor “em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem o serviço de consumo”, nada mais justo e correto do que buscar restabelecer o equilíbrio desejado, quer protegendo o consumidor, quer educando-o, quer fornecendo-lhe instrumentos e mecanismos de superação desses desequilíbrios (ALMEIDA, 2009, p. 35).

Verifica-se com base nessa perspectiva histórica e global que a preocupação com a defesa do consumidor é tema que se insere em categoria supranacional, pois abrange todos os países desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. Por isso, a defesa do consumidor tem posição de destaque na legislação de inúmeros países, inclusive tornando-se pauta de discussões na Organização das Nações Unidas – ONU. Segundo João Batista de Almeida os primeiros passos para o reconhecimento dos direitos do consumidor com a aprovação da Resolução n. 2.542, no dia 11 dezembro de 1969, na qual foi proclamada a Declaração das Nações Unidas sobre o progresso e o desenvolvimento social. Logo após, precisamente, no ano de 1973, a Comissão dos Direitos Humanos da ONU, enunciou formal e expressamente os direitos universais e fundamentais do consumidor (ALMEIDA, 2009, p. 5), não restando qualquer dúvida a respeito de seu valor de direito fundamental. Entretanto, o avanço mais significativo na defesa do consumidor foi no ano de 1985 com a Resolução n. 32/248 da ONU, que continha o conjunto de normas sobre a tutela protetiva do consumidor. Diga-se, contudo, que esta atuação da ONU, embora tenha sido decisiva, não foi pioneira na defesa dos consumidores que já vinha ocorrendo de maneira pontual e não sistematizada em diversos países através da elaboração de legislação específica sobre o tema, ou mediante a criação de órgãos que cuidassem da defesa do consumidor.

Antes da promulgação da atual Carta Magna, nenhuma outra Constituição do país havia explicitado a defesa do consumidor como um dos princípios norteadores da atividade e intervenção econômica do Estado. Até então, existiam leis inespecíficas que beneficiavam indiretamente o consumidor, ainda que não tenha sido esse o objetivo específico do legislador. É o caso do Decreto 22.626, de 07 de abril de 1933, conhecida como Lei de Usura.

A Lei 1.522, de 22 de dezembro de 1951, tratava da autorização do governo federal para intervir no domínio econômico com a finalidade de assegurar a livre distribuição de produtos necessários do consumo do povo, enquanto que, a Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, denominada Lei da Economia Popular,

considerava como crimes a recusa individual, em estabelecimento comercial, de prestação de serviços essenciais à subsistência; a sonegação de mercadoria ou recusa em vendê-la a quem esteja em condições de comprá-la a pronto pagamento; o favorecimento ou preferência de comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; a exposição à venda ou a venda de mercadoria ou produto alimentício, cuja fabricação haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição, entre outros.

Também era crime contra a economia popular, previsto no artigo 4º, letra 'b', da referida Lei, a usura pecuniária que visava à obtenção, ou estipulava, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que excedesse o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. No atual Código Civil, o instituto da lesão, disposto no artigo 157 corresponde ao artigo 4º, letra "b", da Lei 1.521/51.

As Constituições anteriores a de 1988 tinham dispositivos que favoreciam indiretamente o consumidor. Todos os dispositivos versavam sobre a proteção à economia popular, sem apresentar a dimensão que atualmente ocupa a defesa do consumidor, alçado como já foi dito à categoria de direito fundamental.

A Carta Magna de 1934 disciplinava em seu artigo 117 que o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito seriam promovidos por lei, sendo vedada a usura. A Constituição de 1937 previa, em seu artigo 140, que a economia da população seria organizada em corporações, completado pelo artigo 141, o qual estipulava que a lei fomentaria a economia popular, assegurando garantias especiais.

Nota-se, a partir desse breve traço histórico, haver uma relação estreita entre a intervenção do Estado no domínio econômico e a proteção do consumidor. Durante a fase do Estado Liberal²¹ a ordem era, justamente inversa, ou seja, a de abstenção do Estado nas relações econômicas, o mercado fluía livremente segundo suas próprias regras, restando para aquele a função de mero expectador. Paulo Bonavides (1980, p. 208), com arguta precisão pondera sobre o Estado liberal, no

²¹ Toma-se a lição de Fernando Facury Scaff (1990, p. 26), segundo o qual o Estado Liberal se caracteriza pelo princípio da liberdade, a separação dos Poderes, o voto censitário, observando-se o critério de renda para que fosse possível a participação no processo eletivo, a liberdade contratual, a propriedade privada da mais-valia produzida pelos trabalhadores em razão da mais valia da venda de sua força de trabalho.

sentido de “quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse”²².

No Brasil a transição do Estado liberal para o Estado social ocorreu nos anos de 1930 e 1934, com a inclusão nos textos constitucionais de dispositivos afetos à ordem econômica e social. Segundo João Batista de Almeida (2009, p. 2) a partir de 1950, na vigência do Estado do Bem-Estar Social as relações de consumo sofreram fortes alterações. Posteriormente, apareceriam os primeiros mecanismos de tutela do consumidor, cite-se, inclusive, que alguns desses mecanismos beneficiavam o consumidor indiretamente, pois foram criados com outros propósitos.

Com a finalidade de proteger a ordem econômica foram criados Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE pela Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico (Lei n.º 4.137/62) e, em São Paulo foi criado o Sistema Estadual de Proteção do Consumidor (Decreto n.º 7.890/76) e ainda o Conselho Nacional de Auto Regulamentação Publicitária – CONAR. No Brasil a preocupação em volta do tema da defesa do consumidor é recente. Foi no Estado de São Paulo no ano de 1978 que surgiu o primeiro órgão de defesa dos direitos do consumidor, o Procon. No âmbito federal somente no ano de 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor através do Decreto Legislativo n. 91.469. A defesa do consumidor aparece positivada, de forma expressa, na Constituição brasileira, somente em nossa Carta de 1988. No ano de 1980 no Rio Grande do Sul, criou-se o Programa Estadual de Proteção da População e de Defesa do Consumidor (Decreto n.º 31.203/83) – PRODECOM, já em Santa Catarina, tem-se o Serviço Especial de Defesa Comunitária (Decreto n.º 20.731/83) – DECOM. Verificava-se, até então, que a tutela do consumidor ocorria de forma pontual e, apenas, em determinados Estados da federação. Em nível nacional sua proteção ocorreu com a instalação do Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei n.º 7.244/84) posteriormente revogada

²² Sobre Estado social cite-se Paulo Bonavides (1980, p. 208) que o entende nos termos seguintes: “Quando o Estado coagido por pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém, na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao burocrata e ao trabalhador a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, institui comissão de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende essa influência a quase todos os domínios que antes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social”.

pela Lei n.º 9.099/95; Cite-se, também, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – CNDC, em Brasília (Decreto n.º 91.469/85) e a Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) de responsabilidade por danos causados ao consumidor, inaugurando, no direito pátrio a defesa jurisdicional dos interesses difusos. Logo depois, no ano de 1987, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, cuja função era de assessoria ao chefe do poder executivo nacional, na condução da elaboração de uma política voltada para a defesa do consumidor. Registre-se sua extinção no governo de Collor de Mello e, posterior, substituição pelo Departamento Nacional e Defesa do Consumidor, desta vez subordinado ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Decreto n.º 2.181/97) – SNDC que por sua vez estava ligado à estrutura do Ministério da Justiça (BELMONTE, 2002, p. 96-99).

Nesta fase já se reconhecia a situação de vulnerabilidade do consumidor e, seguindo a posição de outros países, foi inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a proteção do consumidor. Registre-se, nesse momento que a previsão da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica do Estado democrático de direito, seguindo o magistério de é princípio constitucional impositivo, na doutrina de J.J. Gomes Canotilho (2003, p.338-344). Saliente-se, também, sua categorização como *cláusula pétrea*, consubstanciada na vedação de modificação através de emenda constitucional. Note-se a atuação interventiva do Estado para viabilizar a horizontalização da relação de consumo, restaurando, na medida do possível a paridade perdida na relação contratual. Para tanto, viabiliza ao consumidor instrumentos para tutela de seus interesses, envolvendo-a em uma nuvem de proteção (NUNES JÚNIOR; SERRANO, 2003).

Ressalta-se o significado teórico e prático do reconhecimento do direito do consumidor como princípio jurídico. Segundo o magistério do professor Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 60), confere ao mesmo *status* de norma jurídica, apresentando características de positividade e vinculatividade, obrigando positiva e negativamente acerca de comportamentos públicos ou privados, interpretação e aplicação de outras normas.

Comentando sobre o assunto André Ramos Tavares (2003, p. 185-186) sugere que o princípio da defesa do consumidor descreve e alicerça o conjunto de regras que possibilita a eficácia da tutela consumerista, ao mesmo tempo em que garante, também, meios adequados para sua concretização. Ainda, para o autor, a proteção do consumidor tem alcance mais extenso que o normativo por constituir-se

em princípio-programa, cujo objeto é a ampla política pública. Registre-se, também, que além de direito individual e coletivo, a tutela do consumidor é princípio regulador da atividade econômica, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, uma vez que sua proteção é medida que objetiva a harmonização dos interesses das partes integrantes da relação de consumo e o Estado, garantindo, deste modo, proteção à parte mais fraca e desprotegida dessa relação: o consumidor. Saliente-se, ainda, que foram os reclamos da sociedade que culminaram com seu reconhecimento como direitos fundamentais dispostos na Constituição de 1988, pois segundo Uadi Lammego Bulos (2005, p. 214) “elevando os consumidores ao posto de receptores das liberdades públicas (artigo 5º, XXXII), ao lado do capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, V)”.

1.4 O SURGIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A elaboração do Código de Defesa do Consumidor, não é resultado de uma preocupação verificada apenas no Brasil. Note-se que sua criação foi fruto de um contexto internacional de incentivo à consolidação de um mercado de consumo mais equilibrado e harmônico.

Verifica-se que a codificação dos direitos do consumidor no ordenamento pátrio teve sua semente germinativa na Resolução nº 39/248 da ONU. Registre-se, inclusive que a resolução da ONU repercutiu em vários países despertando o interesse em proteger o homem em sua dimensão de consumidor.

Na Constituição brasileira sua previsão constou do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao dispor que caberia ao Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, a elaboração de um Código de defesa do consumidor. Apesar de ultrapassado o prazo assinalado, no dia 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078, chamada Código de Defesa do Consumidor. Sua construção foi influenciada por diversas leis de Direito do Consumidor existentes no âmbito internacional, tais como a Lei 26/1984 denominada *de Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (Espanha), Lei 29/81 (Portugal), *Ley federal de protección al consumidor* (México) e *Loi sur la protection du consommateur* de 1979 (Canadá). Afirmam Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin (2004, p. 10) que as seções do Código de Defesa do Consumidor referentes à publicidade e responsabilidade

civil pelos acidentes de consumo inspiraram-se nas Diretivas 84/45 e 85/374, oriundas do Direito Comunitário Europeu. Com relação às cláusulas gerais de contratação espelharam-se no Decreto-lei 446/85 (Portugal), e no *Gesetz zur Regelung dês Rechts der All Gemeinem Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz* de 1976 (Alemanha). Também se inspiraram no Federal Trade Commission Act, Consumer Product Safety Act, Truth in Lending Act, Fair Credit Reporting Act e Fair Debt Collection Practices Act, legislação dos Estados Unidos e que trata da proteção ao consumidor.

O princípio constitucional da defesa do consumidor disposto no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988 tomou corpo no artigo 4º do referido Código e estabeleceu os parâmetros de uma Política Nacional das Relações de Consumo, fixando as diretrizes a serem seguidas pelo Estado na implementação de uma política que atenda, precipuamente, às necessidades e aos interesses econômicos dos consumidores.

1.5 A POLÍTICA NACIONAL DE RELAÇÕES DE CONSUMO

Prevista no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor a Política Nacional de Relações de Consumo, confere ao consumidor mecanismos que visam colocá-lo em paridade com o fornecedor, propiciando ao primeiro a igualdade nos termos do artigo 5º, *caput*, da Carta Magna de 1988. O estudo do referido artigo restringir-se-á aos incisos I e III, posto estarem mais próximos ao tema do presente trabalho. Determina o artigo 4º *caput* e incisos I e III do referido Código:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – *omissis*;

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 (...).

A existência de uma Política Nacional de Relações de Consumo demonstra o grau de intervenção do Estado no mercado de consumo. Registre-se que o consumidor é um dos elos da economia de mercado, por essa razão é importante garantir ao mercado de consumo o seu desenvolvimento adequado e salutar. Para tanto, oportuniza à parte mais vulnerável medidas de proteção. Esta tutela se concretiza através de políticas socioeconômicas e de normas de conduta. Note-se que muitos países, inclusive o Brasil, sofreram com as crises econômicas surgidas com as duas guerras mundiais e a quebra da Bolsa de Nova York, no início do século XX, e a intervenção do Estado na economia foi imprescindível para regular a atividade econômica e promover o bem-estar social de seus cidadãos.

Diga-se, ainda, que para a concretização da Política Nacional de Relações de Consumo são oferecidos instrumentos viabilizadores do atendimento das necessidades dos consumidores. Garante-se a proteção de seus interesses tais como a melhoria da sua qualidade de vida, transparência e harmonia das relações de consumo (EFING, 2002, p. 594). Ressalte-se, também, a indicação de objetivos, metas, programas a serem realizados a fim de equilibrar as relações de consumo (NUNES JÚNIOR; SERRANO, 2003, p. 29).

Constata-se a partir do teor do inciso III do artigo 4º que o sistema de proteção do consumidor se harmoniza perfeitamente com os princípios basilares da atividade econômica do Estado democrático de Direito. Busca-se o equilíbrio dos interesses das partes contratantes nas relações de consumo sem, contudo, sobrecarregar o fornecedor. Garante-se o desenvolvimento de mecanismos capazes de assegurar o desenvolvimento da economia capitalista e, ao mesmo tempo, vincula-se o princípio da igualdade descrito no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, com o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária pelo Estado.

A sociedade de consumo, a produção massificada, a modernização dos setores comerciais e industriais, acarretaram, na opinião de Fábio Zabet Holthausen (1998, p. 705) a imprescindibilidade da intervenção estatal, com seu poder cogente, nas relações consumeristas. Sugere-se ainda que toda a sistemática da proteção conferida à defesa do consumidor, na legislação consumerista se fundamenta na sua situação de vulnerabilidade em face do fornecedor de bens de consumo ser detentor das informações e técnicas inerentes à produção desses bens. Diante dessas novas realidades socioeconômicas o Estado precisava intervir para

assegurar a harmonia nas relações de consumo. Com relação à posição do Estado coloca-se como árbitro dos conflitos entre as partes da relação de consumo, munindo a parte mais vulnerável de instrumentos que lhe facilitem e promovam sua defesa. A proteção ao consumidor perfaz-se através do ordenamento jurídico pois é, justamente, por meio das normas que o poder estatal intervém no âmbito socioeconômico dos indivíduos.

Sobre o princípio da vulnerabilidade, previsto no inciso I, do artigo 4º, registre-se que enseja o reconhecimento da situação de debilidade do consumidor. Trata-se de princípio que fundamenta o microssistema jurídico de defesa do consumidor, garantindo-lhe a devida proteção. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor na legislação brasileira seguiu o contexto internacional, principalmente após a Resolução 39/248 da ONU. Neste sentido a doutrina de Pai Moraes (1999, p. 96):

Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação

Ainda sobre o assunto note-se que vulnerabilidade do consumidor é decorrência direta da superioridade contratual e econômica do fornecedor impostas pelos modelos de produção. Retiram-se, assim, do consumidor seu acesso e poder de gerência sobre o que consome.

Com o aumento da produção, através dos avanços tecnológicos, bem como com a criação de uma classe média consumista a partir da divisão do trabalho, estimuladora do consumo, tornou-se imprescindível a efetiva proteção do consumidor. Saliente-se, inclusive, que o consumidor tanto pode ser pessoa física, quanto jurídica, pobre ou rica, pois o que importa é sua posição de vulnerabilidade diante do fornecedor.

Afirma-se que o fornecedor sendo detentor do poder econômico e técnico do produto ou serviço que fornece, pode manipular as informações referentes à qualidade, quantidade, características, e possíveis mazelas desses bens para lhe beneficiar em prejuízo dos interesses dos consumidores. Sendo assim, saliente-se que o fornecedor em função de sua posição na condição de detentor dos meios de produção acaba sobrepondo seus interesses sobre os dos consumidores. Levando-

se em conta que o objetivo precípua do fornecedor é obter lucro, então, imagina-se que o consumidor ficaria a mercê da desinformação e das medidas unilaterais de consumo do fornecedor.

Também nessa linha, o pensamento de José Geraldo Brito Filomeno (2004, p. 64) que reafirma ser o consumidor a parte mais fraca e vulnerável da relação de consumo, levando-se em conta que os detentores dos meios de produção são os que têm o controle do mercado, para a fixação de suas margens de lucro. Muito embora se tenha o livre mercado e a livre concorrência, o próprio artigo 170 da Constituição federal estabelece os parâmetros da ordem econômica, colocando a defesa do consumidor como um de seus pilares imprescindíveis.

Ainda sobre a temática da vulnerabilidade é válida a citação de Pai Moraes (1999, p.116-132 e 155-161): a vulnerabilidade pode ser técnica, quando o consumidor desconhece os procedimentos utilizados na concepção de produtos e de serviços e, portanto, não sabe identificar seus eventuais danos ou vícios; jurídica, resultante da desinformação acerca de seus direitos e deveres relativos à relação de consumo; e econômica e social que decorre da disparidade de forças entre o consumidor e o fornecedor.

Ressalta-se, enfim, o papel da publicidade que condiciona o consumidor a ter muitas vezes, necessidades desnecessárias, e que, na verdade, são fruto das exigências daquele que produz ou fornece. De fato, não é o consumo que determina a produção ou a prestação de determinado serviço. É o fornecedor quem determina o que será consumido, o que lhe gera mais lucro e menos custos, enfim, produz bens e presta serviços que atendam, primeiramente, aos seus interesses econômicos. O consumismo é antes de tudo uma vontade externa ao consumidor, vinculada a interesses puramente econômicos do fornecedor. Mas a sensação de que a necessidade, no fundo, é íntima do consumidor, é obtida por meio da propaganda e marketing, cuja responsabilidade é do fornecedor. Sugere a este respeito Ricardo Antônio Lucas Camargo (2001, p. 464-465):

O poder econômico, público ou privado, não apenas toma como ponto de partida o contexto cultural em que atua como também contribui para a sua alteração, muitas vezes através de uma divulgação falsa ou incompleta a respeito do produto ou serviço, de sorte a induzir em erro o consumidor que deles se serve. De outra parte, também a publicidade pode conduzir o consumidor a renegar a si próprio, a perder sua identidade, enaltecendo a violência ou a degradação moral, exacerbando medos ou superstições,

explorando a possibilidade de se induzirem comportamentos completamente antagônicos à saúde e à segurança do consumidor, com o que se consegue assegurar clientela, a despeito dos danos causados a toda coletividade

Por sua vez, analisando o consumo e sua repercussão no comportamento do consumidor, Washington Peluso Albino de Souza (1999, p. 587-588) sugere que o efeito consumo assume modalidades diferenciadas repercutindo no comportamento dos indivíduos e na política econômica. Ressalte-se, o desejo de consumo obtido por meio da propaganda habitual ou técnica subliminar em que são adquiridos modismos e criam-se necessidades artificiais. No efeito de consumo de memória o consumidor acredita ter um padrão de consumo e tenta mantê-lo através de um juízo de valor em termos de capacidade de consumir e sentir-se satisfeito, enquanto que no efeito de consumo cremalheira o consumidor deseja nunca decair de seu melhor padrão de consumo anteriormente alcançado.

Diga-se, ainda, que o consumo pode ser entendido em uma dimensão sociológica como meio de relação entre pessoas, entre pessoas e instituições e como mecanismo para a reprodução e dominação social. Estruturalmente, consistiria em um conjunto de processos orientados à apropriação individual de bens e serviços satisfação das necessidades, sendo tais bens materiais ou simbólicos (imagens, sons, informações, etc.). O fenômeno consumo estabelece-se por processos individuais que implicam processos de seleção e eleição, orientação dos recursos e busca de gratificação pelo uso dos bens, e por processos sociais, que comportam a construção dos bens, a inovação contínua e a circulação de representações sociais (TADEU, 2005, p. 202-219). Diante da vulnerabilidade e da imposição de cláusulas unilaterais nos contratos de consumo, do poderio econômico e técnico dos fornecedores, o Estado interveio para preservar o desenvolvimento salutar do mercado de consumo e promover o equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, estipulando normas de proteção e ajuste que devem ser respeitadas por ambas as partes.

A execução da Política Nacional de Relações de Consumo dá-se de acordo com os preceitos dispostos no artigo 5º do referido Código e é efetivada com alguns instrumentos de defesa entre eles a assistência jurídica, integral ou gratuita para o consumidor carente; instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; criação de delegacias de polícia

especializadas (ainda não implantadas); e de Juizados Especiais de Pequenas Causas, assim como apoio à criação e desenvolvimento de associações de defesa do consumidor.

Observe-se que não se quer criar uma antipatia pelos fornecedores de produtos e serviços. Pretende-se abordar a vulnerabilidade do consumidor diante dos detentores dos meios de produção.

1.6 CONCEITOS BÁSICOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao ser analisado o Código brasileiro de Defesa do Consumidor percebe-se que inexistente um conceito sobre relação de consumo, definição esta que pode ser compreendida mediante a análise doutrinária que estabelece que relação de consumo consiste naquela conexão havida entre o consumidor, que adquire ou utiliza produtos ou serviços oferecidos pelo fornecedor.

Relação de consumo, nesse sentido, é a vinculação qualificada juridicamente entre o consumidor e o fornecedor de bens ou serviços de consumo, sendo que referido vínculo termina por estabelecer direitos e obrigações previstos na lei de defesa do consumidor.

Assim sendo, observa-se que a relação de consumo abrange dois sujeitos, sendo que em um dos pólos há o sujeito que adquire o produto ou serviço, a quem se denomina de consumidor e, no outro pólo, há o sujeito denominado de fornecedor do produto ou serviço. A ligação jurídica entre ambos os sujeitos existe para garantir a satisfação de eventuais necessidades do consumidor, assim como o lucro do fornecedor. Entretanto, o consumidor não é detentor do controle da produção de bens de consumo ou da prestação de serviços que lhe são disponibilizados, o que coloca em posição de submissão ao poder e condições dos fornecedores dos bens e serviços (FILOMENO, 2004, p. 31).

O Código brasileiro de defesa do consumidor conceitua ambos os sujeitos: o consumidor e o fornecedor. A definição de consumidor tem-se no artigo 2º, *caput*, e assim se estabelece como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Em seguida, o parágrafo único do mencionado artigo equipara a consumidor a coletividade de pessoas, sejam ela determinável ou indeterminável, que tenha participado, direta ou indiretamente, da relação de consumo. Ou seja, mesmo quem

se subordina por vínculo doméstico ou protetivo para uso pessoal e/ou de sua família, adquirindo ou utilizando quaisquer bens de consumo ou informação a ele disponibilizados por fornecedores ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais, também é considerado consumidor (ALMEIDA, 2009, p. 27-28).

Por outro lado, propõem alguns doutrinadores brasileiros que o consumidor também pode ser aquele indivíduo destinatário da produção de bens, na qualidade de adquirente ou não, inclusive na condição de produtor de outros bens.

A lei brasileira de defesa do consumidor estabeleceu conceito de consumidor levando em consideração seu aspecto econômico, ou seja, como destinatário final, que venha a adquirir bens ou utilizar serviços no mercado de consumo, tendo em vista que assim o faz pressupondo-se que age em conseqüência da observância de necessidade pessoal e não para o desenvolvimento de outra atividade de cunho negocial (FILOMENO, 2004, p. 27).

Para atender ao que dita o artigo 2º, da aludida Lei, o consumidor deve adquirir o produto ou o serviço na qualidade de destinatário final, posto que se o produto ou o serviço for obtido ou usado como bem típico de produção, então, não há destinação final, mas intermediação. Desse modo, não se considera relação de consumo.

Note-se que quanto à conceituação da lei acerca do que vem a ser consumidor existem duas correntes principais: a corrente dos finalistas, que entende ser consumidor quem consome produtos ou serviços como destinatário final, e, a corrente dos maximalistas, que defende a interpretação extensiva do artigo 2º abrangendo as pessoas físicas ou jurídicas como destinatárias finais fáticas.

É importante verificar que a Lei 8.078/90 abrangeu o conceito de consumidor porque a este equipara a coletividade de pessoas, mesmo que seja indeterminável, assim como todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais nele previstas e aquelas atingidas por evento relacionado ao consumo, conforme o parágrafo único do artigo 2º, artigo 29 e artigo 17 do *Codex*.

Uma observação é pertinente: o artigo 2º, *caput*, da Lei 8.078/90 aborda o consumidor individual, considerado de forma concreta, diferentemente do artigo 29 do mesmo diploma, que aborda o consumidor ideal, abstrato.

Por outro lado, o fornecedor tem definição legal expressa no artigo 3º da referida Lei. Fornecedor é a pessoa física ou jurídica, de natureza privada ou

pública, nacional ou estrangeira, inclusive entes despersonalizados, que tenham como atividade produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Também são fornecedores as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração Pública Direta, entre outros.

Assim sendo, fornecedor é o sujeito que habitualmente abastece o mercado de consumo com produtos e serviços, a título de remuneração, em caráter profissional. Propiciam a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo para atender e satisfazer as necessidades dos consumidores (HOLTHAUSEN, 1998, p. 708).

O parágrafo 1º do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, define produto como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, enquanto que o parágrafo 2º dispõe que serviço é toda e qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, incluindo as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, com exceção daquelas oriundas das relações de caráter trabalhista. Percebe-se que a definição legal de serviço é muito ampla, abrangendo inclusive os serviços de natureza bancária e creditícia. A título de informação os serviços financeiros, bancários e securitários estão sob as regras do Código de Defesa do Consumidor, não só porque há disposição expressa no parágrafo 2º do artigo 3º, mas porque a evolução dos direitos protetivos do consumidor confirma a defesa dos tomadores de crédito ao consumo (FILOMENO, 2004, p. 50).

A Lei n.º 8.078/90 estabelece que os direitos básicos do consumidor dispostos no artigo 6º, são exemplificativos, contemplando, dentre outros, os direitos à educação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços com liberdade de escolha e igualdade nas contratações; informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços; a devida proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, práticas e cláusulas abusivas ou impostas quando do fornecimento de produtos e serviços; modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou revisão contratual em razão de fatos supervenientes; e a facilitação da defesa 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.

Note-se que o direito à educação e à informação tem a finalidade de possibilitar que as relações de consumo realizem-se de modo igualitário, sendo este direito um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor. O direito à educação aos consumidores pode ser: a educação formal sendo aquela incluída na educação escolar para que se possa criar hábitos saudáveis de consumo. De outro modo, a educação informal tem a ver com os programas e campanhas publicitárias através dos meios de comunicação, inclusive por iniciativa do Estado.

A educação do consumidor é importante para a sua conscientização, pois não adianta existir legislação favorável à sua defesa se o próprio consumidor não a utiliza em seu benefício por desconhecê-la. Por outro lado, o fornecedor é obrigado a informar ao consumidor sobre os elementos relacionados aos produtos e serviços para que o consumidor possa exercer o seu direito de livre escolha. Inclusive o Estado deve exigir e fiscalizar a relação de consumo para observar se a informação está sendo correta e efetivamente ofertada pelo fornecedor (ALMEIDA, 2009, p, 42-44).

Há que se mencionar que a falta de informação efetiva acerca do conteúdo pré e pós contratual acabam por não vincular o consumidor, uma vez que a falta de oportunidade de tomar conhecimento efetivo e ostensivo do conteúdo contratual, em conformidade com o que preceitua o artigo 46 da Lei n.º 8078/90.

Por conseguinte, o direito à proteção contra publicidade enganosa e abusiva tem início com a oferta, quando o fornecedor veicula as informações acerca dos produtos ou serviços que pretende fornecer aos consumidores. As informações prestadas devem ser claras e ostensivas, abordando os elementos e as características dos produtos ou serviços, vez que a oferta vincula o fornecedor, ou seja, terá de cumprir o prometido ou o não prometido que constar em sua publicidade. A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva encontra-se prevista nos artigos 30 e seguintes da referida lei.

Por outro lado, ao consumidor é assegurado o direito de requerer a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou revisão de cláusulas tendo em vista fatos supervenientes que as tornem extremamente onerosas. No caso de prestações desproporcionais o consumidor pode requerer que haja intervenção do judiciário para restabelecer o equilíbrio contratual. Segundo Nunes Júnior “o Código contemplou a figura da lesão,

que (...) não acarreta a rescisão do contrato, mas tão-somente a modificação das cláusulas abusivas” (2003; p. 38).

Em se tratando de revisão, há dois pressupostos que devem ser analisados: excessiva onerosidade e fato superveniente. A revisão também cabe nos contratos bancários. A primeira causa de revisão dos contratos bancários é a existência de cláusulas abusivas, que ferem a boa-fé objetiva; a segunda hipótese é a lesão, o que possibilita a modificação da cláusula a favor do consumidor. Nos dias atuais, os contratos bancários detêm expressiva importância, em virtude do aumento do crédito ao consumidor, cuja necessidade de ter crédito constitui campo propício aos abusos das instituições financeiras. A terceira hipótese consiste na revisão por fato superveniente à celebração do contrato (SILVA, Luís; 1998; p. 602-607).

Diferentemente das duas primeiras hipóteses em que aquelas situações podiam ser identificadas posto que já existiam quando da aderência ao contrato, a terceira e última hipótese ocorre após o momento em que se aderiu ao contrato e, por esta razão, compromete o adimplemento contratual em face da situação inesperada pelo consumidor.

Outro direito assegurado ao consumidor é a facilitação de sua defesa no processo civil através da inversão do ônus da prova a seu favor, que ocorrerá caso seja verossímil sua alegação ou caso seja hipossuficiente. No primeiro momento, o juiz analisará se a afirmação do consumidor é cabível, isto é, aparentemente verdadeira, com base na sua própria experiência de magistrado. Em não havendo a verossimilhança, o juiz, então, verificará se o consumidor é hipossuficiente, para, então, decidir-se a favor da inversão do ônus da prova.

Cumprе esclarecer que hipossuficiência não é sinônimo de vulnerabilidade. Para a legislação consumerista, todos os consumidores são vulneráveis, porque se encontram em situação de desvantagem diante do fornecedor, uma vez que este se apresenta contratual e economicamente superior, podendo vir a impor, unilateralmente, as condições em que pretende fornecer os produtos ou serviços.

Por outro lado, a hipossuficiência não é qualidade inerente a todos os consumidores, pois somente se encontra nesta situação o consumidor que tem dificuldades em provar o fato que alega em juízo por faltar-lhe conhecimentos dos aspectos intrínsecos dos produtos e serviços, nem detém meios econômicos de providenciar eventuais perícias ou a produção de outros tipos de provas. Então, a solução encontrada pelo legislador para proteger o consumidor foi facilitar-lhe a

defesa com a inversão do ônus da prova, cabendo ao fornecedor provar que o alegado pelo consumidor é desprovido de qualquer razão ou fundamento. É, portanto, uma peculiaridade do direito do consumidor que difere do direito processual civil, vez que neste a teoria do ônus da prova determina que cabe provar o fato quem o alega.

Evidentemente, a determinação do juiz de inverter o ônus da prova a favor do consumidor é obrigatória diante da existência dos requisitos da verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, inexistindo faculdade em aplicar a imposição expressa do artigo 6º, inciso VIII do aludido *Códex*.

1.7 A SOCIEDADE ATUAL E SUA RELAÇÃO COM O CONSUMO

É importante, neste primeiro momento, ressaltar que inexistente uma pretensão em se aprofundar no debate teórico acerca da sociedade de consumo no âmbito da sociologia, até porque este não consiste no objetivo deste trabalho. Entretanto, não se pode furtar à análise dos aspectos da sociedade de consumo que interessa, de certo modo, para o debate das relações contratuais contemporâneas. Nesse sentido, serão apresentados alguns teóricos do âmbito sociológico que auxiliarão na tentativa de elucidar o que vem a ser sociedade de consumo. Saliente-se que a partir dessas ponderações teóricas sobre a atual sociedade será oportunizada uma reflexão sobre o possível comprometimento da autonomia da vontade do consumidor. Para tanto, utiliza-se o pensamento de alguns teóricos obtendo-se uma visão da sociedade atual sob diferentes perspectivas.

Inicialmente, registre-se uma distinção de cunho eminente sociológico envolvendo a sociedade de consumo e a cultura do consumo, porque se acredita seja a mesma relevante para auxiliar na reflexão sobre o atuar do consumidor, em sua liberdade de escolha e exercício de sua vontade, enquanto pessoa inserida em uma sociedade de consumo, na qual se cultua uma cultura de consumo.

Sobre o tema Livia Barbosa (2004) pondera que a sociedade pode ser de mercado, ocasião que ressalta a existência de algumas sociedades cuja atividade de consumo não é utilizada como forma principal de reprodução, tampouco de diferenciação social, uma vez que, na opinião da autora acima mencionada, variáveis como sexo, idade, grupo entre outras, são os fatores relevantes sobre o que se consome esta realidade não se aplica em outras sociedades. Para a teórica

há sociedades nas quais se verifica a cultura do consumo cujas características podem demonstrar uma íntima relação entre o consumo e outras esferas sociais, sendo o consumo, nessas sociedades, considerado como elemento central na reprodução e distinção sociais.

A partir desses esclarecimentos iniciais, registre-se que para os teóricos Zygmunt Bauman e Jean Braudillard a cultura do consumo é a cultura da sociedade pós-moderna na qual o consumo se relaciona com os estilos de vida, a reprodução social e identidade, autonomia da esfera cultural e o signo como mercadoria.

Note-se que os aspectos ressaltados pelos teóricos acima mencionados possibilitam uma nova visão sobre a atuação do consumidor, revelando, de certa forma, o mecanismo que se engendra em torno do mesmo, possibilitando, em determinados instantes, a mitigação de sua capacidade de discernimento acerca de sua motivação para o consumo. Todavia, registre-se que, ao lado desses autores, existem outros como Don Slater, Daniel Miller, Colin Campbell e Pierre Bourdieu que abordam a questão do consumo sob uma perspectiva distinta. Para estes o consumo partiria de temas não suscitados pela discussão pós-moderna como o consumo de alguns tipos de bens, o consumo, então, assume uma condição de mediador de práticas sociais. Sem a pretensão de adentrar profundamente em temas afetos à sociologia, salienta-se, mais uma vez, que a intenção ao utilizar-se do pensamento desses sociólogos é fomentar uma ponderação mais precisa a respeito da preservação da autonomia do consumidor em suas relações contratuais de consumo. Tudo isto para evidenciar o papel do direito de arrependimento como um instituto de garantia para o consumidor nas ocasiões que sua atuação não houver sido produto de sua autonomia de vontade. Por isso, essas teorias serão analisadas de forma breve e pontual, apenas para viabilizar uma visão mais nítida a respeito da liberdade do consumidor na sua posição de sujeito, e, assim, ponderar-se se está sendo resguardado o dogma da autonomia de vontade dentro das relações contratuais de consumo.

Também discorrendo sobre a cultura do consumo, Mike Featherstone (1995, p.33) sugere que nela se tem como premissa a expansão capitalista de mercadorias, o que culminou em uma vasta acumulação de cultura material, na forma de bens e locais de compra e consumo. Segundo este autor, essa dinâmica resultou em uma “proeminência cada vez maior do lazer e das atividades de consumo nas sociedades ocidentais contemporâneas”. Continuando com a opinião do mesmo sociólogo estes

fenômenos dividem as opiniões dentre os estudiosos do assunto. Enquanto uns o consideram sob uma perspectiva positiva, na medida em que resultariam em maior igualitarismo e liberdade individual, outros teóricos o enxergam como “alimentadores da capacidade de manipulação ideológica e controle sedutor da população [...]”.

Note-se, nessa oportunidade, a verificação, por parte dos estudiosos da área da sociologia, da possibilidade da existência de uma “manipulação ideológica” e de um “controle sedutor da população” dentro do contexto da atual sociedade. Dessa forma, entende-se pertinente a proposta de reflexão acerca da preservação da autonomia da vontade dentro das relações contratuais de consumo.

Ainda, seguindo o pensamento de Featherstone (1995), além da perspectiva da cultura do consumo atrelada à produção capitalista de mercadorias, são abordas duas outras perspectivas: a primeira refere-se ao fato de que os bens consumidos e o acesso aos mesmos constituem em exibição para se consolidar o status do sujeito; a segunda perspectiva refere-se aos prazeres, os desejos e as emoções ligados ao consumo.

Pode-se, nesse instante ponderar, até que ponto a defesa do consumidor, como um princípio norteador da ordem econômica, dentro de um Estado democrático de Direito está sendo concretizado, na atualidade? Para fomentar uma maior base de elementos e propiciar uma reflexão mais apurada, passa-se a análise do pensamento de outros sociólogos, acerca do consumo.

Nesse sentido também a lição de Barbosa (2004) ao apontar a sociedade de consumo como definida pela *commodity sign*, ou pelo consumo de massa, descartabilidade dos bens, enaltecimento da moda, insaciabilidade e a procura constante de novas mercadorias, a alta taxa de consumo e o consumidor como figura central de todo esse processo.

Ainda sobre o consumo cite-se o entendimento do sociólogo alemão Zygmunt Bauman (2008), cuja visão propõe ser o mesmo uma condição permanente e inseparável da própria condição humana. Sugere o teórico, que o consumo da forma como é apresentado hoje, pressupõe uma versão um pouco distinta da sociedade de produtores, pois a simples atividade de consumo, em si, não fomentaria ambiência propícia para a criatividade e para a manipulação. Contudo, o autor não afasta a incidência desta manipulação na sociedade contemporânea. Segundo seu entendimento o consumismo permite a inventividade e a criatividade, bem como a manipulação simbólica sobre os objetos. Propõe, desse modo, que da passagem do

consumo para o consumismo ocorreu uma ruptura, podendo se constatar esse rompimento a partir do instante em que se percebe o consumo ocupando o lugar central na vida dos sujeitos. Vislumbra-se uma supervalorização do querer, do desejar, do ansiar e do experimentar emoções através do consumo.

Ainda, trilhando o pensamento de Bauman (2008), tem-se que os consumidores da sociedade de produtores possuíam uma motivação diversa para o consumo daquela posta acima. Nessa época em que o trabalho consistia na força central da sociedade o que impulsionava o consumo era a busca pelo acúmulo de bens que servissem ao conforto de seus proprietários, além disso, existia nos consumidores o desejo de despertar o respeito nos outros sujeitos pelo acréscimo de suas posses. Isto se dava porque naquele momento, ainda segundo Bauman (2008), a sociedade encontrava-se comprometida com a segurança e estabilidade.

Percebe-se que nessa época não havia um culto exagerado ao prazer, própria da cultura hedonista. Para o autor a sociedade de produtores caracterizava-se por uma solidez, pois os sujeitos não desfrutavam imediatamente dos prazeres que o consumo poderia vir a trazer, porque o enfoque do consumo estava no comportamento prudente e na qualidade duradoura dos bens.

A partir dessas características verifica-se o antagonismo existente entre o consumismo e alguns aspectos da sociedade de produtores. Para tanto, frise-se que a sociedade de consumo tem por fundamento a intensidade e o volume dos desejos, sendo estes crescentes e imediatos com a efetiva substituição dos objetos por outros de modo rápido. É na sociedade líquido-moderna com a sua cultura apressada e caracterizada pela instabilidade dos desejos e insaciabilidade das necessidades, mediante o consumo instantâneo de bens e símbolos, que se encontra o fenômeno do consumismo.

Percebe-se que na sociedade líquido-moderna os momentos vividos pelos sujeitos não são lineares, mas sim pontilhados, ou seja, cada instante corresponde a *instantes eternos*, isto é, momentos em que a satisfação pelo consumo permanece enquanto não surge outra novidade a ser consumida.

Sobre o assunto, sugere Bauman (2008) o “tempo das necessidades” foi substituído pelo “tempo das possibilidades”, pois a qualquer momento irrompe-se o novo. Ainda sobre essas incursões teóricas sobre o consumo veja-se o entendimento do catedrático Anderson Retondar (2007, p. 29-30) sugere que:

[...] o processo de formação de uma sociedade de consumo não se fundamenta exclusivamente num processo de natureza econômica, como por exemplo, a industrialização. [...] Visto desta perspectiva, a “sociedade de consumo” aparece não mais como resultado final de um processo, por exemplo, como resposta ao industrialismo, ou incidentalmente como resultado do desenvolvimento econômico, mas antes como um sistema social que envolve um conjunto de novos valores e atitudes culturais responsáveis pela produção contínua de “necessidades”, que passam a ser constituídas como uma exigência constante de diferenciação social.

Também, pondera o autor que a esfera do consumo constitui uma ligação entre mercado e cultura, não sendo, portanto, suficiente para entender o processo de consumo, levar em consideração apenas os aspectos econômicos, mas também, devem ser levados em conta os valores que, em sua óptica, ocupam posição de destaque dentro deste processo.

Em outra linha de entendimento a respeito da lógica que impulsiona a sociedade de consumo, tem-se o sociólogo Jean Baudrillard (1975), que segundo a Anna Taddei Pereira (2013), contrapõe crescimento econômico e sociedade democrático-igualitária.

O teórico defende que a lógica social do consumo social do consumo é a lógica da produção, contrapondo-se, portanto, à concepção de que o consumo segue uma lógica da satisfação. Para ele, o consumidor não se apropria do valor de uso dos bens, porque não consome o objeto por si mesmo, mas pelas significações que eles possuem.

Em seu livro *A sociedade de consumo* Jean Baudrillard (1975) sugere que a igualdade real é um mito, e, por essa razão acredita que a maneira de se alcançar essa igualdade (utópica) seria através do objeto a ser seguido. Na visão do autor, a igualdade teria sido transferida para a igualdade diante do objeto a ser consumido, bem como para outros signos que determinariam o êxito social. É de Baudrillard a expressão o mito da felicidade, compreendida esta como a possibilidade de aquisição de objetos significativos de êxito social.

Note-se, que já se percebe na sociedade de hoje os reflexos da adoção de uma política voltada para o hiperconsumo, na facilitação do crédito, e nas promoções do “leve três pague dois”; além de outras, que culminam por fomentar um estímulo na procura pela aquisição de produtos, de bens e serviços. Fazendo um contraponto com o entendimento do sociólogo, acima mencionado, pode-se afirmar que se trata do desejo (dos consumidores menos favorecidos economicamente) de igualdade e de identificação com o grupo detentor de prestígio social. Ocorre, que

essa prática, na visão de alguns economistas, acirra sobremaneira as desigualdades sociais já existentes.

Ainda de acordo com Baudrillard (1975) pode-se caracterizar o consumo como a conduta ativa, coletiva, coativa e moral, composta por valores, que implicam em integração do grupo e controle social. Para o teórico, “o consumo não é nem uma prática material, nem uma fenomenologia da 'abundância' [...] [é] atividade de manipulação sistemática de signo”.

Tomando por referência o sociólogo Don Slater (2002) tem-se que mais uma vez a ideia do consumo como influenciador de práticas sociais. Propõe Slater (2002) que o consumo é processo cultural, caracterizando-se a cultura de consumo como modo dominante da reprodução cultural ocidental, relacionado aos valores, às práticas e às instituições que definem a modernidade ocidental tais como a opção, o individualismo e as relações de mercado.

Desse modo sugere o teórico que a cultura do consumo não é a única maneira de se realizar o consumo, todavia consiste no modo dominante. Além do mais, a cultura do consumo tem raízes na modernidade não tendo surgido apenas na era pós-moderna, uma vez que o sujeito moderno é considerado livre e racional em mundo tradicionalista. Assim, considera-se o consumo como elemento norteador dos valores, das práticas sociais e das identidades na cultura do consumo. Segundo o autor, a preocupação do sujeito é em ter e não em ser. A sociedade transforma-se em mercadoria, cujo elemento fundamental consubstancia-se no ato de escolha. Pode-se afirmar, com base no pensamento de Slater (2002), que a cultura do consumo é, em uma primeira análise, universal e impessoal, na medida em que as possibilidades sobre o que pode ser consumido não são limitadas às possibilidades sobre o que pode ser consumido, visto que qualquer coisa pode ser transformada em mercadoria.

Note-se, que se levando em consideração a visão deste teórico o consumidor é um ser livre e racional, no entanto, passível de ser influenciado pela significação que possuem alguns objetos e que lhes traria, portanto, uma sensação de reconhecimento social. Nesse ponto em particular acredita-se que a concretização de políticas públicas voltadas para a educação do consumidor, nos termos propostos no artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, preservaria mais sua autonomia da vontade, diante das múltiplas relações contratuais existentes na contemporaneidade.

Ainda, segundo Slater (2002) diferente do que ocorria em outros tempos a identidade social é construída pelos indivíduos e sendo mais dada ou atribuída, uma vez que o acesso aos bens é viabilizado por recursos materiais e culturais, ou seja, por dinheiro e gostos. Com esta idéia, sugere o teórico:

A cultura do consumo trata basicamente em torno de negociação de status e identidade _ a prática e a comunicação da posição social _ nessas circunstâncias. A regulamentação dessas questões pela tradição é substituída por negociação e elaboração, e os bens do consumo são fundamentais para nossa forma de construir nossa aparência social, nossas redes sociais (modo de vida, grupo de status, etc.), e estruturas de valor social.

Ainda sobre o debate a respeito da sociedade de consumo, analise-se a compreensão do sociólogo, Gilles Lipovetsky (2007), em cuja obra, extrai-se a concepção de que essa modalidade de sociedade desenvolveu-se ao longo de três etapas ou fases do que “capitalismo de consumo”. Cronologicamente, a primeira fase teria início no ano de 1880 durando até a Segunda Grande Guerra Mundial; Seguidamente, o que corresponderia a segunda fase iria do ano 1950 até o ano de 1980; e finalmente a terceira fase cuja denominação, na acepção do sociólogo é a do hiperconsumo.

Para tanto, Lipovetsky (2007) propõe um questionamento a respeito da *mass consumption society*. Esta fase, continua o teórico seria marcada pela revolução das tecnologias da informação e da comunicação, propiciando a passagem do capitalismo para o capitalismo do consumo. Nesse contexto, os mercados locais deram espaço aos mercados nacionais, substituição que foi possibilitada por melhorias na infraestrutura de transporte e de comunicação, sendo que o capitalismo de consumo tornou-se possível, outrossim, pela construção cultural e social, possibilitando a democratização do acesso aos bens ao colocá-los ao alcance das massas. Segundo o autor, também, nessa fase faz-se muito presente o consumo baseado no status, no reconhecimento e na posição sociais, uma vez que certos bens adquiridos vinculavam-se a determinados segmentos sociais.

Evidencia-se, neste aspecto, a ilusão da igualdade pelo consumo já comentada no presente escrito. Interessante, ressaltar que para o mesmo com o consumo ligado ao status, nessa fase o consumidor moderno passou a confiar na marca, ao invés de confiar diretamente no comerciante, uma vez que com a produção de massa foi inventado também o marketing de massa.

Mais uma matéria que reclama do ordenamento jurídico uma maior atitude interventiva em matéria da tutela dos direitos do consumidor. A questão da regulação das marcas e patentes, que, no entanto, não se tratará no presente texto em razão de não haver pertinência com a proposta de reflexão pretendida nesta seara.

A produção massificada passou a exigir um comércio, igualmente, de massa propiciando o surgimento dos grandes magazines. Registre-se aqui a forte influência externa existente no consumidor a partir de um forte apelo publicitário. Ainda, segundo Lipovetsky (2007), os magazines possibilitaram a democratização dos desejos, desse modo, além de vender mercadorias, estimulavam, também, a necessidade de consumi-los. Outro fenômeno apontado pelo sociólogo é a chamada desculpabilização do ato de comprar e da ocupação do tempo pelo “olhar vitrines” pelo consumidor, ou seja, o consumo-sedução e o consumo-distração.

Note-se aqui, a imprescindibilidade de uma proteção para os direitos do consumidor mais compatível com essas nuances analisadas pela sociologia.

Durante essa fase, o acesso ao crédito por parte de um público ávido por consumo ocupa posição de destaque no empenho consumista, caracterizando-se como um possibilitador na aquisição de bens de consumo, principalmente, para aqueles desprovidos de poupança para aquisição das mercadorias. No fim do século XIX, o consumo de bens e serviços foi reforçado como nunca pela standartização da produção, em que se estimulava o consumidor a dar vazão aos seus desejos para, então, permitir o consumo sem culpa e como distração, muitas vezes mediante a atividade creditícia, reclamando, também, um novo olhar da tutela consumerista acerca da necessidade de ampliar a proteção do consumidor na seara de seu superendividamento.

Registre-se, para fins de uma melhor sistematização da teoria de Lipovetsky (2007) quais são os elementos identificadores de cada uma de suas fases: fase I compreendia o consumo baseado em status; já na fase II o consumo pautava-se em duas lógicas heterogêneas: o consumo por consideração (status) e o consumo pelo prazer, consubstanciado na imaginação (hedonismo). Desta forma, frise-se que variados bens que antes somente eram consumidos por grupos sociais mais elitizados começaram a ser disponibilizados para grupos com poder aquisitivo menos abastado. Bens como automóveis, televisão, por exemplo, eram vistos como mercadorias símbolo da ascendência social e, por essa razão, passaram à

disposição de todos aqueles que pudessem por eles pagar. Também, trilhando os caminhos percorridos pelo pensador e sociólogo, tem-se que o consumo por “consideração social” foi substituído pelo consumo de tipo individualista. Registre-se, contudo, que esta substituição não significaria o esquecimento do prestígio e do status auferidos com o ato de consumir, entretanto, tornar-se-iam na sua visão, secundários. Nesse sentido, o autor faz uma crítica a Pierre Bourdieu. Pois, para Jean Lipovetsky, ao contrário do que argumenta Pierre Bourdieu (THIRY-CHERQUES, 2006), o consumo não se orienta pelos gostos ou preferências baseadas em um *habitus*, mas pelos gostos e critérios individuais, porque para Lipovetsky (2007) os consumidores almejam qualidade de vida, saúde, além de terem o poder de escolher o que pretendem consumir.

Contudo, propõe-se no presente escrito uma releitura acerca desse poder de escolha do consumidor. Até que ponto estaria preservada a liberdade contratual, nos moldes existentes na concepção clássica do contrato, em uma contratação paritária, diante de uma contratação massificada? Em momento posterior, voltar-se-á a esse questionamento.

Finalmente, na terceira e última fase Lipovetsky (2007) aponta como a fase do fase III hiperconsumo, na qual as motivações privadas superariam as finalidades distintivas. Nesse sentido, continua, sua argumentação afirmando que a busca da felicidade privada, o consumo *para si*, suplantou o consumo *para o outro* e a sociedade do hiperconsumo relegou a segundo plano a rivalidade de status. Se antes a intenção era se filiar a um grupo e criar distância social, na sociedade do hiperconsumo a dinâmica do consumo ocorre com demandas de saúde, bem-estar e divertimento.

Nesta fase sugere Lipovetsky apesar das compras de bens padronizados é o consumidor quem reinterpreta o produto imprimindo sua identidade individual, caracterizando um *consumo criativo*. Desse modo, o indivíduo se revela pelo que consome, pelos objetos e pelos signos que combina à sua maneira. O consumo passa a ter a função de criador de uma identidade, posto que o consumidor passa a ter controle do tempo-espço, ou seja, busca-se menos a aprovação dos outros e uma maior soberania individual, isto é, na dinâmica do consumo não são mas os desejos de representação social, mas os desejos de governar a si próprio o que mais importa. A seguir, no próximo capítulo, tratar-se-á dos reflexos da nova teoria contratual sob o dogma da autonomia da vontade.

2 REFLEXOS DA NOVA TEORIA CONTRATUAL SOB O DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE

Neste capítulo, pretende-se apontar os reflexos da nova teoria contratual, à luz da Constituição Federal, com base no dogma da autonomia privada. Para tanto, visitar-se-á, de modo sucinto, o contrato em uma perspectiva histórica, e posteriormente tratar-se-á da teoria da autonomia da vontade norteada pelo princípio da autonomia privada.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A TEORIA DOS CONTRATOS

Inicialmente, deve se ter especial atenção com relação a dois elementos caracterizadores da validação do contrato: a declaração da vontade e a (in)existência de paridade contratual entre as partes. Quanto a este elemento, Rodrigo Toscano de Brito (2007, p. 29) sugere que analisando a história do contrato não existe nenhum momento em que ele não estivesse ligado à noção de equilíbrio entre as partes, razão pela qual, ainda segundo o autor, o surgimento do contrato confunde-se necessariamente com aquela noção.

Assim, partilhando do entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 3), partir-se-á do direito romano, tomando-o como marco mais importante. Sugere-se que a ideia de contrato vem sendo moldada desde os romanos e que tem por base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. Por essa razão, Cláudia Lima Marques (2011, p. 56) propõe que o contrato surgiu da realidade social, sendo assim, não é sem razão que o matiz ideológico do contrato é considerado segundo a época e a conjuntura social em que ele é celebrado, e, justamente, por isso Arnaldo Wald, conclui tratar-se de um instituto jurídico essencialmente adaptável (apud GAGLIANO; PAMPLONA; 2009, p. 2).

O direito romano estruturou o contrato e os romanos a ele se referem como a “[...] base de um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto” (PEREIRA, 2010, p. 8). Contudo, já naquela época, se compreendia que a convenção, por si só não tinha o poder de criar uma obrigação. Assim, o direito romano concebia que era preciso a existência de um elemento material, consubstanciado na exteriorização da forma, fundamental na gênese da *obligatio*. Dessa sorte, dividia-se o contrato em

três categorias: *verbis*, *re* ou *litteris*, conforme o elemento formal se concretizasse por palavras sacramentais, ou pela entrega do objeto, ou ainda, pela inscrição no *Codex*.

Somente tempos depois, com a atribuição da ação a quatro pactos de uso frequente (venda, locação, mandato e sociedade), surgia a categoria dos contratos que se celebravam, *solo consensu* (PEREIRA, 2010, p. 8). Note-se, então, que uma vez celebrado o contrato, com observância estrita ao ritual, o mesmo gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor de mecanismos para obter seu cumprimento coercitivo através da *actio*. Ressalte-se, ainda nesta breve perspectiva histórica, que o direito romano, ao lado do *contractum*, conhecia, também, outra figura denominada de *pactum*. Este, todavia, não era dotado de coercitividade, uma vez que não permitia a *rem persecuendi ins iudicio*. Assim, gerava para as partes apenas expectativas.

Contrato e pacto eram compreendidos na expressão genérica *conventio*, conforme o Digesto, liv. II tit. XIV, fr. I, § 3º, que assim dispunha: “*Adeo autem conventionis nomen generalis est...*” (PEREIRA, 2010, p. 9). Também, nesse sentido Lôbo (2011, p. 19) sugere que os romanos não conheceram o contrato como categoria geral, porque, desconheciam o direito subjetivo. Dessa sorte, caso o magistrado não admitisse a *actio* para determinadas convenções, estas, “não existiam como contratos; eram pactos nus (*pacta nuda*) (LÔBO, 2011, p. 19).

Saliente-se, entretanto, que estas distinções terminológicas perderam razão no direito moderno, especialmente, após o conceito de contrato formulado por Savigny, no qual se afasta qualquer distinção entre contrato e pacto, aproximando-os, quase como sinonímia perfeita²³. Sendo, assim, atualmente, toda convenção é dotada de força vinculante, munindo o credor de mecanismos para perseguir em juízo a prestação em espécie ou em equivalente²⁴. Registre-se, mais uma vez, que essa breve abordagem histórica do contrato tem por foco demonstrar o papel desempenhado pela vontade, como elemento fundamental do contrato ao longo do tempo até hoje. Segundo Lôbo (2011, p. 19), o consentimento, como elemento nuclear do contrato foi introduzido no direito pelo *jus gentium*, em apenas

²³ Diz-se quase sinônimo porque alguns autores são adeptos da terminologia jurídica que reserva o nome pacto para designar contratos acessórios.

²⁴ Cf. em Ruggiero e Maroi Istituzionim vol. II, parágrafo 137.

determinados tipos de contratos celebrados com estrangeiros, através de ação concedida pelo pretor peregrino.²⁵

José Reinaldo de Lima Lopes (2009) analisando o contrato na Idade Média, sugere que boa parte do direito medieval sedimentava-se na ideia de que o contrato, e não apenas a vontade das partes, gerava obrigações. Momento histórico de fundamental importância para o contrato, sob o prisma que se vem discutindo, é o do final do século XVIII, precisamente na França, devido aos movimentos revolucionários. Naquela época, os ideários da liberdade, fraternidade e igualdade foram transportados para o universo dos contratos, por meio do Código de Napoleão e dali se espalharam sobre várias codificações (inclusive a do Código Civil brasileiro de 1916). Naquele período, as bases da contratação eram a liberdade e a igualdade entre as partes. Partia-se do pressuposto de que as partes eram livres e iguais, de sorte que o objeto do contrato firmado entre elas respeitava um equilíbrio.

Também, houve o apogeu do que se convencionou chamar de concepção clássica ou tradicional do contrato. Assim, o contrato resultaria da vontade acorde das partes, irradiando, a partir daí, os efeitos que lhes são próprios. Neste ponto, Pontes de Miranda (1971, p. 16) destaca que não basta que as duas vontades coincidam é necessário, também, que estejam de acordo. Desse modo a concepção clássica do contrato é reproduzida no seguinte esquema: da oferta e da aceitação que se fundem formando o consenso, considerando-se, como pressuposto, que as manifestações de vontade sejam livres, conscientes emanadas de pessoas capazes civilmente. A concepção de vínculo contratual dessa época estava centrada na ideia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual²⁶. Com o passar do tempo, porém, verificou-se que os ideários da revolução não se adequavam à realidade do mundo contratual.

Percebeu-se que as partes contratantes não eram iguais nem livres, sendo, assim, o objeto da contratação não mantinha o equilíbrio desejado. Note-se que no mundo prático dos contratos, apesar de terem por fundamento a igualdade formal,

²⁵ Sobre o assunto Lôbo (2011, p.19) esclarece, ainda, que: “os contratos formais (reais, verbais e literais) desconsideravam o consentimento e obrigavam, apesar ou contra ele. E mesmo os contratos inominados, que depois passaram a ser admitidos, dependiam da concessão da *actio praescriptis verbis*”.

²⁶ Cf. Michel Villey em Eclaircissement de la décadence Du volontarisme juridique.

longe se estava da igualdade material (BRITO, 2007, p. 34). Ressalte-se, mais uma vez, que diferente dos romanos e do direito medieval, que emprestaram mais essencialidade à forma, ao tipo e ao reconhecimento jurídico oficial, a concepção do contrato, no período do liberalismo individualista, do século XVIII, constituiu-se em verdadeira revolução no sentido de atribuir à vontade o *status* de núcleo central, em torno do qual gravitam os princípios regras e categorias prescritivas e descritivas (LÔBO, 2011, p. 16). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2009, p. 4) recorrendo sobre os princípios norteadores do contrato daquela época, afirmam, a inegável contribuição dada pelo movimento iluminista francês²⁷, que seguindo, igualmente, uma tendência antropocêntrica, firmara a vontade racional do homem, como centro do universo, supervalorizando, com isso, a força normativa do contrato, “levada às últimas consequências pela consagração fervorosa do *pacta sunt servanda*”.

Note-se, que foi desse modo que a autonomia privada foi elevada à categoria de dogma, plasmada em uma base antropocêntrica e patrimonialista, exercendo influência marcante na teoria contratual e consagradas em várias codificações até o final do século XIX²⁸. Como sugere Gounot, “da vontade livre tudo procede e a ela

²⁷ Também, nesse sentido, o pensamento de Lôbo (2011, p. 20) ao sugerir que: “A sublimação do contrato é fruto do iluminismo e da formação ideológica desenvolvida na modernidade liberal. No Estado liberal moderno desponta o que os historiadores denominam transito do status ao contrato, ou seja, das posições jurídico-sociais fixas e imutáveis, segundo o nascimento, a origem ou a inserção e um grupo ou estamento social, típicos da Antiguidade e da Idade Média, para a liberdade de escolha ou a autonomia das pessoas. Rousseau e, antes dele Locke fez derivar do contrato até mesmo a organização da sociedade, mediante acordo de cidadãos soberanos. Os juristas, especialmente os pandectistas alemães do século XIX, construíram um sistema integrado do negócio jurídico – do qual o contrato é espécie, em cujo centro colocaram a vontade como elemento nuclear, suficiente para receber a incidência da norma jurídica. Reflexo do espírito da época, de ter a liberdade contratual formal como um bem em si mesmo, o negócio jurídico é a teoria científica da forma e da estrutura, aplicada aos atos negociais, sem qualquer preocupação com o conteúdo material ou com os figurantes”.

²⁸ Interessante parece reproduzir as palavras de Ana Prata (1982, p. 7), sobre a relação que constitui o titular do domínio de um bem sujeito jurídico no qual o ordenamento validada sua autonomia privada: “Há, desde logo que observar que sujeito jurídico, propriedade e autonomia privada não são conceitos universais: eles pertencem ao domínio das relações entre proprietários. A atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, capacidade negocial, encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade: reivindicando a posse, ou afastando ‘judicialmente’ as turbações na posse do bem, a pessoa a quem esse bem foi atribuído surge como capaz de realizar actos produtores de efeitos jurídicos. Mas porque só a ela foi repartida-atribuída a posse de certa terra, só ela pode praticar esses actos que à terra respeitam e que produzem efeitos jurídicos. Quando a pessoa passa a poder dispor do bem e assegurar sua utilização produtiva – então ela afirma-se exclusiva titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, já não só como meio de transmissão do próprio bem”.

tudo se destina”²⁹. Observe-se que a função das legislações, em matéria contratual, destinava-se, apenas, à proteção dessa vontade criadora e de garantir o cumprimento da avença acordada pelos contraentes. A tutela jurídica em sede de contrato se materializava, somente, em dar acolhimento a vontade dos contratantes, manifestada de forma livre e consciente, proporcionando-lhes, mecanismos de coerção para seu cumprimento, quando este não for feito espontaneamente. Pode-se dizer, então, que na concepção clássica dos contratos o ordenamento jurídico exercia um papel supletivo, meramente, interpretativo, assegurando a plena autonomia de vontade dos indivíduos.

Assim dois princípios balizavam os contratos: a força obrigatória dos contratos, sintetizado no *pacta sunt servanda* e a liberdade contratual. O contrato revestiu-se de uma couraça de inviolabilidade, quase sacra, mantendo-se inatingível, inclusive em face do próprio Estado. O contratante, através do contrato vinculava-se ética e juridicamente. A legitimidade dessa vinculação era expressão pura de sua liberdade e autonomia (LÔBO, 2011, p. 20). Esta concepção voluntarista e liberal influenciou as grandes codificações de direito, repercutiu, também, no Brasil, sendo positivado no Código Civil de 1916³⁰.

Note-se que até o presente momento o que se procurou demonstrar com a análise do contrato, ainda que em breve perspectiva histórica, foi o esclarecimento do trajeto percorrido pela vontade livre do contratante como elemento fundamental da obrigatoriedade do contrato³¹. Sugere-se, que em razão da inexistência dessa situação de igualdade e liberdade, por parte dos contratantes que regeram a codificação de 1916, levou ao Brasil, ainda em meados do século passado, a grandes injustiças na interpretação dos contratos, fruto de um *pacta sunt servanda*

²⁹ No original “*de la vonoté libre tout procede, à elle tout aboutit*”, apud Bessone, Ideologica, p. 944. (apud MARQUES, 2011, p. 57)

³⁰ Esta concepção clássica de contrato, individualista, liberal centrada na força vinculante da vontade que foi acolhida e reproduzida no Código Civil de 1916, pode ser facilmente constatada na obra de Miguel Reale, Nova fase, p. 219 (apud. MARQUES, 2011, p. 61).

³¹ Sobre esse tema, a concepção clássica do contrato e o valor da vontade do sujeito declarante, veja-se: “[...] podemos encontrar os elementos básicos que caracterizarão a concepção tradicional do contrato até os nossos dias: (1) a vontade (2) do indivíduo (3) livre, (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito. Em outras palavras, na teoria do direito, a concepção clássica de contrato está diretamente ligada à doutrina da autonomia da vontade e ao seu reflexo mais importante, qual seja o dogma da liberdade contratual. Para esta concepção, portanto, a vontade dos contratantes declarada, é o elemento principal do contrato. A vontade representa não só a gênese como também a legitimação do contrato e de seu poder vinculante e obrigacional”. (MARQUES, 2011, p.60).

absoluto, e, que ainda hoje, continuam existindo alguns resquícios (BRITO, 2007, p. 34).

Para compreender-se o porquê dessas injustiças avalizadas pelo direito parece suficiente lembrar-se que naquela época em que vigoravam as teorias econômicas e o liberalismo, acreditava-se que o contrato, traria ínsito à sua própria gênese uma natural equidade e, portanto, proporcionaria a harmonia social e econômica, desde que fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato “seria justo e equitativo por sua própria natureza. Na expressão da época ‘*Qui dit contractuelle, dit juste*’” (MARQUES, 2011, p. 65).

Contudo, viu-se com o passar do tempo, que essa liberdade entre as partes contratantes era uma ficção, especialmente, no final do século XIX e início do século XX. Com a evolução da sociedade, movida especialmente, pela Revolução Industrial e massificação do consumo, acentuou-se, ainda mais essa desigualdade. Estava patente que a maioria das contratações não se dava entre iguais, em que os parceiros estavam igualmente posicionados em razão a si próprios e à coletividade. As cláusulas dos contratos não eram discutidas livre e individualmente pelos figurantes. Em razão dessa desigualdade o Estado passou, paulatinamente, a intervir na seara sagrada da autonomia privada, não mais como mero expectador.

Sendo apenas uma das partes quem impunha sozinha as regras e o conteúdo do contrato, para dar vazão à produção formando-se, assim, os contratos estandardizados, o Estado, então deveria intervir para que a parte que não compôs voluntariamente o conteúdo do contrato (aderente) reclamasse uma atitude protetiva do Estado. Surgem, a partir daí as bases teóricas do Código de Defesa do consumidor, que influenciariam, sobremaneira, o novo Código Civil de 2002, com a inserção dos chamados princípios sociais do contrato.

2.2 A NOVA CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RELATIVIZAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA

A noção de contrato como expressão máxima da autonomia privada e do exercício da liberdade das partes não se adéqua mais à moderna concepção do contrato. Como já foi dito, este modelo de contrato foi desenvolvido na fase histórica do Estado Liberal³², precisamente na segunda metade do século XIX e primeira

³² Cf. nota de rodapé n. 21 do Capítulo I desta dissertação.

metade do século XX, período em que foi elaborada a teoria do negócio jurídico e consagrou-se o princípio da autonomia privada, como fundamento desta teoria.

Ainda nessa fase, segundo Lôbo (2011, p. 19), o contrato estrutura-se em um “esquema bifronte”, em que a oferta e a aceitação estão inseridas em um universo de paridade entre as partes contratantes. O contrato restava imutável, porque era a expressão da mais lúdima justiça, e, por essa razão, era imutável tanto com relação às partes contratantes quanto, também, em face do próprio Estado que não poderia intervir no acordo particular. Segundo Lôbo (2011, p. 20), citando o filósofo Fouillé, esta exaltação do contrato, como modelo individualista por excelência, atingiu seu clímax no final do século XIX, ocasião em que o filósofo defende o contrato e a justiça como termos equivalentes³³. Assim, para Lôbo (2011, p. 20), “quem diz contratual diz justo”, e “toda justiça deve ser contratual”. Trata-se, repita-se, da época em que se desenvolveu a teoria clássica do contrato, ocasião em que se verificava uma íntima conexão entre a figura do contrato e à concepção da propriedade privada individual. Com efeito, o contrato foi estruturado a partir da projeção dos modos de aquisição e transferência da propriedade. Note-se, também, que nesta época tanto a liberdade contratual, quanto a garantia da conservação da propriedade privada eram destituídas da limitação da função social.

Contudo, os paradigmas contratuais e a liberdade absoluta no exercício individual do direito de propriedade, não se adéquam mais ao novo modelo de Estado, o social³⁴. Nesta fase, o modelo tradicional individualista do contrato entra em crise. Contratos paritários em que as partes em uma manifestação de vontade livre e individual, compondo, lado a lado, o conteúdo do contrato, em condições igualitárias e cumprindo todo o íter contratual, inclusive com a observação das tratativas preliminares passam a existir em quantidade limitada, e geralmente nas relações entre dois particulares (MARQUES, 2011, p. 70).

Dessa sorte, o equilíbrio, difundido pelos vetores da liberdade formal entre as partes estava, definitivamente, desnudado como uma utopia. Ressentia-se de uma liberdade substancial alcançada pela preservação de uma posição de equilíbrio

³³ Sobre a exaltação dos contratos, Lôbo (2011, p. 20), em seu livro sobre contratos, esclarece que: “A sublimação do contrato é fruto do iluminismo e da formação ideológica desenvolvida na modernidade liberal. [...] Rousseau e, antes dele, Locke fez derivar do contrato até mesmo a organização da sociedade, mediante acordo de cidadãos soberanos”.

³⁴ Cf. nota de rodapé n. 22 do Capítulo I desta dissertação.

entre as partes. Existia uma parte fraca, vulnerável que reclamava uma atitude mais positiva do direito em sua tutela. Nesse cenário, no ano de 1990 essa proteção se concretiza por via própria através do Código de Defesa do Consumidor³⁵.

Os contratos, então, experimentam uma modificação paradigmática, na medida em que os valores orientadores não se assentam mais no *pater familias* romano, nem tampouco, no indivíduo proprietário da burguesia liberal. Por outro lado, a Revolução Industrial imprimiu na sociedade novas nuances que reclamaram nova ordem normativa, em sede de contratos. As relações contratuais não são mais entre iguais. Rompe-se a paridade onde o binômio oferta e aceitação é titularizada em relação igualitária. Elementos como a revolução tecnológica, explosão demográfica, o fenômeno da urbanização forjam a sociedade de massas. Válido, destacar, ainda, como consequência desta sociedade massificada, a “imputação de efeitos negociais a um sem número de condutas, independentemente da manifestação de vontade dos obrigados” (LÔBO, 2011, p. 22).

Assim sendo, o modelo tradicional de contrato não atende mais às necessidades da nova ordem social. Verifica-se que o Estado social se afasta da posição de mero expectador das relações contratuais e passa a intervir a favor da parte mais vulnerável economicamente. A liberdade contratual exercida, anteriormente, de modo absoluto começa a sofrer mitigação. Inserem-se dentro da nova vertente principiológica contratual.

Note-se, que a inserção desses princípios em matéria de contrato teve como objetivo adequar o direito contratual às novas formas de contratação. São eles designados de princípios sociais do contrato, que passariam a constar de forma expressa no Código Civil de 2002. Trata-se dos princípios da função social do contrato, previsto no artigo 421³⁶; o da boa fé objetiva, constante do artigo 422³⁷ e o da equivalência material, consignado no artigo 423³⁸ e 424³⁹, daquele diploma⁴⁰.

³⁵ Sobre o surgimento do Código brasileiro de Defesa do Consumidor confira o item 1.4 do Capítulo I desta dissertação.

³⁶ “Art. 421, CC/2002: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

³⁷ “Art. 422, CC/2002: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.”

³⁸ “Art. 423, CC/2002: Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

Isto porque, na época em que estava em voga a teoria clássica dos contratos entendia-se que a autonomia de vontade estava ligada estreitamente à ideia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas (MARQUES, 2011, p. 6). Entretanto, atualmente, como explica Marques, essa autonomia da vontade trata da liberdade de contratar ou de abster-se desta contratação, bem como de escolher o seu parceiro na relação contratual e, especialmente, liberdade na fixação do conteúdo do contrato. Esta liberdade, ainda, segundo o magistério da teórica, com fundamento na doutrina de Ana Prata (1982) não se restringe apenas à fixação do conteúdo do contrato, mas à própria decisão de contratar ou não.

No entanto, é suficiente ponderar-se sobre determinadas nuances que possivelmente caracterizam a chamada sociedade de consumo⁴¹, para analisar se o indivíduo, eventualmente, sofre com a influência externa em sua atuação, pois, acredita-se que, em parte, há um direcionamento de determinadas empresas, ou grupos econômicos, detentores de patentes e marcas, cuja propaganda é, muitas vezes, direcionada a um grupo determinado de consumidores. Tem-se notícia que as empresas fazem um estudo prévio a respeito do perfil do consumidor em potencial, suas áreas de interesses, suas aspirações e desejos, tudo isto aferível através do preenchimento de dados ou mesmo mediante pesquisas implementadas por meio das redes de computadores. Desta forma, compreende-se que o consumidor fica mais suscetível a agir por impulso, sem a reflexão necessária antes da contratação.

Por outro lado, quanto à liberdade de escolha do parceiro contratante, acredita-se haver múltiplos obstáculos para o exercício deste livre arbítrio. Muitas vezes, em razão da natureza dos serviços oferecidos, ou mesmo diante da necessidade imperiosa de consumir determinado medicamento, cuja substância

³⁹ “Art. 424, CC/2002: Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

⁴⁰ Esclareça-se que antes da promulgação do novo Código Civil brasileiro no ano de 2002, as regras contidas no Código Civil de 1916, já vinham sofrendo influência da nova base axiológica do direito privado, introduzida por leis esparsas, fruto da nova ordem econômica inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, posteriormente, pelo Código de defesa do Consumidor, que poderia ser aplicado sempre que houvesse uma parte vulnerável. Para entender mais sobre a natureza de sobredireito do diploma consumerista, sugere-se a leitura da obra *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro* sob a coordenação de Cláudia Lima Marques.

⁴¹ Cf. nota de rodapé n. 20 do Capítulo I desta dissertação.

encontra-se patenteada por determinado laboratório, não há como assegurar a este indivíduo uma escolha plenamente livre. O fornecimento de certos serviços básicos como energia, água, telefonia, transportes, além de outros deixa muita pouca margem para escolha. Sobre o assunto, interessante anotar o pensamento de Gagliano e Pamplona (2009), ao ponderarem sobre o princípio da liberdade contratual em sede de contrato de adesão, no âmbito do qual a atuação da vontade é sobremaneira reduzido, asseveram, os mencionados civilistas, haver a preservação do princípio da liberdade contratual, na medida em que teria o aderente (consumidor) a liberdade de contratar ou não. Em seguida, arrematam:

Difícil imaginar que alguém possa, voluntariamente, querer ficar sem água ou luz, por exemplo, mas mesmo em tais casos, em que o objeto do contrato é um serviço essencial, não se pode concluir, em nosso sentir, que a contratação é imposta ou coativa (GANGLIANO; PAMPLONA, 2009, p. 35).

Desta forma, os autores também entendem que esta autonomia de vontade vem se estabelecendo de modo cada vez mais mitigado. Ainda sobre a outra perspectiva da liberdade contratual, no sentido de serem livres para elegerem seu conteúdo, de forma paritária, os contratantes, igualmente, restam prejudicados em decorrência das contrações massificadas imanentes à realidade de hoje.

Note-se que alguns autores se referem a essa modalidade contratual como sendo uma espécie diversa da do contrato de adesão. Para alguns, tratam-se de novas técnicas contratuais, de pré-elaboração unilateral do conteúdo do contrato, sendo muito utilizadas por empresas públicas, empresas privatizadas ou concessionárias de serviços públicos, como as que fornecem água, luz, serviços de transportes, correios e telefônias⁴².

Percebe-se a partir dessas ponderações uma ligação intrínseca entre a liberdade de contratar e a autonomia da vontade, pois, na visão tradicional ou clássica, é a vontade que legitima o contrato, sugerindo alguns teóricos⁴³ ser a liberdade pressuposto desta vontade criadora. Sob outro olhar, sugere-se que a

⁴² Para se aprofundar mais sobre o assunto, recomenda-se a obra de ALPA/Diritto, p. 185 e SS.

⁴³ Mencionam-se os teóricos alemães, Koendgen e Kramer/Muenchener referenciados por MARQUES, Cláudia lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 6 Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011; p.67.

liberdade contratual reside na possibilidade de formar múltiplas espécies de contrato, não havendo limitação, apenas com relação aos tipificados na legislação. Essa liberdade, então se espraiaria até uma única limitação: as regras imperativas que a lei formula⁴⁴.

Para os autores alemães o contrato é, de acordo com o pensamento dominante no liberalismo econômico do século XIX, um dos mais importantes institutos jurídicos, pois instrumentaliza a movimentação de riquezas na sociedade. Divisa-se, assim, na visão dos teóricos alemães, a existência de uma ligação intrínseca entre a liberdade contratual e a autonomia da vontade.

Ressalte-se, que essa época é marcada por uma primazia do individualismo, abstenção do Estado⁴⁵ no domínio econômico, cabendo ao mercado ditar suas leis de forma livre, sem intervenções, em uma sociedade fundamentada na igualdade, liberdade e fraternidade dos seus indivíduos. Esta fase do liberalismo é considerada, por alguns teóricos, como a fase da “maturação” da concepção tradicional ou clássica do contrato. No panorama geral do liberalismo econômico sugeria-se uma atuação livre e autônoma do indivíduo dentro do mercado. Utilizavam-se, os contratantes dessa época, dos aspectos benéficos de uma livre concorrência. A economia desenvolvia-se livremente e sem qualquer intervenção estatal. Para cada contratante restava preservada uma maior autonomia possível, podendo este obrigar-se livremente, ficando apenas subordinado ao que livremente havia se determinado. Significa que os contratantes apenas se curvavam ao cumprimento do contrato em respeito à imutabilidade de suas avenças, traduzida esta regra no princípio do *pacta sunt servanda*.

À idealização da liberdade, igualdade e fraternidade, contudo, se contrapôs a realidade do poder econômico (GRAU, 2012, p. 21). As leis que impulsionavam o mercado não eram livres de interferência de poderes externos como o poder político e o poder econômico de determinados segmentos da sociedade.

Constatava-se uma sobreposição de um grupo, ou melhor, de uma força política que ditava as regras do mercado em seu próprio benefício. A concepção

⁴⁴ Cf. CARBONIER, Droit civil, p. 146, e Weil/Terré, p. 53.

⁴⁵ Sobre o tema do papel do Estado no liberalismo econômico, cite-se o pensamento de Marques (2011, p. 67): “Na visão liberal, o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre indivíduos. Assim, se o indivíduo era livre e tinha a possibilidade de se auto-obrigar, tinha direito também de se defender contra a imputação de outras obrigações para quais não tivesse manifestado a sua vontade”.

tradicional de uma relação contratual entre iguais, em que parceiros contratantes em posição paritária, discutiam individual e livremente as cláusulas do seu acordo, não se compatibilizava mais com a realidade que lhes dava ambiência. A sociedade de consumo com seu sistema de produção e de distribuição em grandes quantidades acarretou a despersonalização do comércio jurídico (PASQUALOTTO, 1999, p. 55).

Sobre a crise do Estado liberal, bem evidenciadas na passagem do século XIX para o século XX registre-se, entre outras causas, a incapacidade de autorregulação dos mercados diante das novas realidades que culminariam por revelar as imperfeições do liberalismo. Cite-se como elementos fomentadores dessa crise o surgimento dos monopólios, o advento de cíclicas crises econômicas e, o exacerbamento do conflito entre trabalho e capital (GRAU, 2012, p. 21).

Acrescente-se, também, a proliferação dos chamados contratos de adesão, ou outras espécies contratuais nas quais ocorre a predisposição unilateral do texto contratual por apenas uma das partes contratantes. Saliente-se, também, que nas relações massificadas verificam-se outros fenômenos que, igualmente, não passaram despercebidos pelos estudiosos do assunto. Trata-se da desumanização ocorrida nessas espécies contratuais, bem como o distanciamento, cada vez mais, frequente da forma escrita. Note-se que ao lado dos contratos de adesão expressos em formulários, proliferaram-se os contratos orais, além de outras modalidades em que a aceitação se consubstancia em simples recibos ou *tickets* de caixas automáticas⁴⁶. Estas novas atuações são chamadas de condutas sociais típicas, expressão cunhada por Larenz/AT⁴⁷. Ressalte-se que essas modalidades contratuais se disseminam velozmente na sociedade de hoje que apresenta a característica de ser tecnológica em virtude da *Internet*⁴⁸.

⁴⁶ Sobre essa modalidade de contratação automatizada, muito em voga na Europa, tratando, também, da prestação de serviços através de robôs e computadores, sugere-se a leitura do artigo de Helmut Koehler, *Die Problematik*.

⁴⁷ Acerca da expressão “condutas sociais típicas” sugere Marques (2011, p. 72) que “a expressão é de Larenz/AT, p. 479 (§ 28, II). Veja a atualidade da teoria nos artigos de Irti e Oppo. Irti, *Scambi senza accordo*, p. 349, afirma que muitos contratos são feitos sem diálogos, sem dialética, sem acordo real, por atos, imagens, *clicks*”.

⁴⁸ Sobre Internet Fernando Antônio de Vasconcelos (2003, p. 65) sugere que “a internet é uma imensa 'Rede de Redes'. [...] A internet não pertence a nenhum país ou a qualquer empresa, pois os diferentes compartilhamentos pertencem a diversas organizações, fazendo com que a rede em conjunto não pertença a ninguém. Ela é basicamente auto-regulada em conjunto.” Por outro lado, tem-se que: “é vista como um meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de

A doutrina europeia já analisa, há algum tempo, os impactos da contratação em massa viabilizada pela televisão, uso de máquinas de autosserviço, meios telemáticos onde os contratos são feitos sem diálogo. Salientam esses teóricos que dada à perda da importância da palavra, do uso dos sentidos, do tato, da visão, identifica-se hoje um contrato “desumanizado”⁴⁹. Ainda, sobre essa nova modalidade contratual, na qual se constrói unilateralmente e previamente seu conteúdo e após o disponibiliza nos sites eletrônicos, ou em máquinas de autosserviço postas em escolas, aeroportos, postos de gasolina, além de outras localidades, declaram os estudiosos tratar-se de uma autossuficiência do declarado, ou nas palavras precisas de Marques (2011, p. 73) “autossuficiência da predisposição declarativa ou material formulada por um fornecedor que não se conhece”⁵⁰.

Verifica-se ser esta uma característica própria da contratação feita no meio eletrônico, denominado pela doutrina pátria de comércio eletrônico⁵¹. Por esta razão, entende-se pertinente debruçar-se sobre o direito de arrependimento existente nas compras não presenciais, elegendo-se como base do estudo desse direito o comércio eletrônico, em razão do avanço tecnológico e do processo de globalização⁵² que ensejaram em considerável aumento da quantidade de contratos

computadores no mundo inteiro e permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis, anulando toda a distancia de lugar e tempo. [...] A Internet surgiu no auge do processo de barateamento das comunicações ocorrido ao longo do século XX, e o usufruto desse benefício saltou de 140 milhões de usuários, em 1998, para mais de 800 milhões nos anos seguintes. [...] O mais importante elemento, detonador dessa verdadeira explosão, que permitiu à internet se transformar num instrumento de comunicação de massa, foi o *World Wide Web* (ou WWW, ou ainda W3, ou simplesmente Web), a rede mundial”. (PAESANI, 2012, p.11).

⁴⁹ A expressão “disumanizzazione del contratto” é de Oppo, *Disumanizzazioni*, p. 524. (Cf. MARQUES, 2011, p. 72).

⁵⁰ Segundo Marques (2011, p. 73) o termo “autosufficienza della predisposizioni dichiarativa e materiale” é de Maggiolo, citado por Oppo, *Disumanizzazione*, p. 525.

⁵¹ Conforme sugestão de Ricardo Lorenzetti (2004, p. 285-287) “o contrato eletrônico caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para o seu cumprimento ou para a sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial. [...] Uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um 'contrato eletrônico’”.

⁵² Propõe Feitosa (2007, p. 37) que “nos anos setenta do século XX, um movimento de integração da economia e de liberalização dos mercados começou a se impor, em escala mundial, de modo particularmente intenso e diverso de tudo o que já ocorrera até então. [...] Estamos nos referindo ao fenômeno que ficou conhecido como “globalização”, que fortaleceu os mercados de bens e serviços e o mercado financeiro, em geral, com implicações diretas e profundas no debate político, social e jurídico da atualidade. A globalização aparenta consagrar o triunfo do mercado e de sua lógica sobre

de consumo realizados por essa via, conforme será visto no capítulo 3 desta dissertação.

Interessa, para os fins propostos no presente escrito, esclarecer-se que existe por parte da doutrina europeia uma distinção terminológica acerca dessa modalidade de contratos, cujo conteúdo é construído prévia e unilateralmente. A doutrina germânica utiliza a expressão “condições gerais dos contratos” ou, na tradução portuguesa, “cláusulas gerais contratuais”, já os teóricos franceses se utilizam do termo, “contratos de adesão” (MARQUES, 2011, p. 73).

Tratam-se de pequenas nuances diferenciais. A expressão “cláusulas gerais do contrato” reporta-se mais a uma fase pré-negocial, na qual são elaboradas essas listas de cláusulas gerais para serem ofertadas ao público. Já a expressão, “contrato de adesão” cunhada pelos franceses, refere-se ao momento de celebração do contrato, momento em que há ênfase da vontade criadora do contrato, restando ao outro aderir ou não a esta vontade previamente posta.

Sobre o assunto posicionou-se a Comissão das Comunidades Europeias⁵³ destacando a diferença entre os dois modelos, “contratos de adesão” e “contratos submetidos às condições gerais”. Contratos de adesão seriam aqueles escritos, preparados previamente pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços destinados à identificação do comprador e do bem ou serviço, objeto do contrato. Por sua vez, os contratos submetidos a condições gerais, englobariam aqueles contratos escritos ou não, nos quais o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, previamente escritas unilateralmente pelo fornecedor, que servem para um número indeterminado de contratos, sirvam, especificamente, para o seu contrato individual. Entre nós, seriam os contratos de transporte, os contratos bancários, entre outros. Saliente-se, que as expressões não são, portanto, sinônimas, embora ambas se prestem para a contração em massa.

as culturas e sobre os sistemas sociais em geral. Processo complexo, de base econômica, especialmente notabilizado a partir do avanço tecnológico ocorrido nos setores da informática e das comunicações, a globalização foi-se distendendo aos demais setores da vida em sociedade, provocando alterações no modo tradicional de atuação e de interpretação dos fenômenos.”

⁵³ Cf. que o texto consta do *Bulletin des Communautés Européennes Supplément* 1/84,p.6. item 10.

2.2.1 Princípio da função social

O modelo contratual fundado na autonomia da vontade foi aos poucos sofrendo mitigação. O contrato cujo elemento nuclear é o consenso entre as partes não atendia mais ao ideal justo buscado pelo direito. Para tanto, é suficiente notar as mudanças ocorridas na elaboração das cláusulas do contrato. Note-se, que enquanto, em sua concepção clássica, o contrato se dava entre iguais, com ambos os contraentes firmando consensualmente, o conteúdo do contrato, à qual nos reportamos. Trata-se do período pós Segunda Grande Guerra e Revolução Industrial, marcado por profundas transformações sociais, que repercutiram, também, na gênese do contrato. Os contratos caracterizavam-se, em sua grande maioria, por uma profunda desigualdade entre as partes. No lugar de uma igualdade, ainda que em tese, formal, se descortina um imenso desequilíbrio social e econômico entre os contraentes. A uma parte, detentora de um domínio econômico, cabe estabelecer as regras do contrato, enquanto a outra resta aderir, ou não àquelas cláusulas estabelecidas unilateralmente. Entra em cena a proliferação dos contratos de adesão e dos contratos standartizados. Justamente, nessa fase, alguns autores a ela se referem como responsável pela primeira crise dos contratos⁵⁴. O campo sagrado da autonomia privada, não poderia mais ter do ordenamento jurídico apenas a chancela. O equilíbrio havia sido quebrado, a manifestação de vontade não era polarizada de forma igualitária entre os atores do contrato.

O voluntarismo e sua concepção clássica do contrato estavam em queda. As transformações sociais reclamavam modificações, também, no campo do próprio direito, e não apenas do contrato. As doutrinas socialistas se alastravam reclamando proteção para a classe operária, em todas as projeções, inclusive, em suas relações contratuais com a classe empresária.

O Estado Liberal começava a se metamorfosear em uma atuação mais invasiva no campo privado, especialmente nos contratos de trabalho. Esse novo panorama sobre os contratos de trabalho repercutiriam, também, nos demais tipos

⁵⁴ Marques (2011, p. 159) sugere que as exposições de Gatton Morin tornaram-se clássicas, “*Les tendances actuelles de la théorie des contrats*”, Revue XXVI, p 553 e ss; Em 1945, Morin escreveria a pequena brochura “*La revolte du droit contre le code*”, com expressivo subtítulo “*La révision nécessaire des concept juridiques*”. E, continua dizendo que a “crise na teoria dos contratos era inconteste. [...] Pois, apesar de asseguradas, no campo teórico do direito, a liberdade e autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos o desequilíbrio daí resultante já era flagrante”.

de contrato. Gaston Morin (1945), em sua obra *A revolta do direito contra o código* chama atenção para essa influência dos contratos de trabalho para a teoria contratual. Por sua vez, a Igreja Católica através de suas encíclicas propõe uma doutrina social caracterizada por uma ética social no lugar da moral individual. Apropria-se da ideia de que o papel do Estado é velar pelo mais fraco, amparando o direito dos cidadãos e propiciando o bem comum (MARQUES, 2011, p. 160).

Atente-se que, por volta do século XX, o jurista alemão Ihering sugeriu que o direito não podia se distanciar dos elementos sociais de sua época, para tanto, propõe que “a vida não é um conceito; os conceitos é que existem por causa da vida” (apud LARENZ, 1969, p. 48).

Observe-se que em tal fase em estudo, ocorria a massificação do contrato. Oportuno parece situar a fase histórico-social. Contudo, diante das transformações ocorridas na sociedade após a Segunda Grande Guerra e a Revolução Industrial, não se podia mais afirmar essa igualdade, ainda que formal, na elaboração de um contrato. Nessa época, a grande maioria dos contratos se dava de maneira que a uma parte cabia compor o conteúdo do contrato, enquanto para outra, sua atuação na relação contratual, perfazia-se pela aceitação ou não ao que já estava previamente estipulado. Sobre o assunto Marques (2011, p. 159) sugere:

Com a industrialização e massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX. Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes- um autor efetivo das autor das cláusulas; outro simples aderente, - desmentindo a ideia que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça. (2011, p. 159)

Entretanto, embora tenha sido na Alemanha, com Ihering o primeiro sopro na direção da função social do direito privado, as primeiras mudanças ocorreriam na Itália, com o Código Civil Italiano de 1942⁵⁵. Ressalte-se que mesmo sendo elaborado na época do fascismo o Código Civil italiano, em alguns aspectos, segundo Cláudia Lima Marques (2011) é o primeiro ordenamento a dar início a esse processo socializador.

⁵⁵ Temas como a responsabilidade por dano, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico, a onerosidade excessiva, as restrições sociais do direito de propriedade, a proteção nas relações de contratuais, as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, encontraram guarida pela primeira vez no Código Civil Italiano. (MARQUES, 2011, p. 161).

Entre nós, a tendência mundial de socialização do direito não repercutiu no direito civil, especialmente, em matéria de contratos. Por outro lado o encastelamento das normas jurídicas difundidas pela teoria pura de direito de Hans Kelsen apaixonou muitos juristas brasileiros. Para esses a justiça ou injustiça do conteúdo normativo não importava para o direito, o que importava era saber se a norma havia sido feita de maneira legítima ou ilegítima pela norma fundamental correspondente. (LARENZ, 1969, p. 81 ss.).

A concepção clássica do contrato encontra um alento com a inauguração da nova ordem constitucional de 1988, cujo reflexo mais importante, em sede de contrato, foi a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Editaram-se normas imperativas que limitam a liberdade no campo da autonomia privada. O espaço que antes se reservava totalmente às partes, para manifestação de suas vontades, cede lugar à primazia do valor da equidade contratual (MARQUES, 2011, p.162).

O declínio do voluntarismo acarreta a relativização dos conceitos. Coincide com a crise da propriedade privada que sofre uma limitação a partir da exigência de sua função socializadora. Em virtude das novas realidades sociais políticas e históricas a teoria dos contratos sofre igualmente uma limitação a partir da necessidade de cumprimento de função socializadora, consubstanciada na realização da justiça social e do equilíbrio material. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, em sede de análise de contrato de abertura de crédito, entendendo que sobre referido caso concreto, existia a importância da aplicabilidade do princípio da função social, senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO DIREITO. CLÁUSULAS ABUSIVAS: É vedado ao julgador o reconhecimento de abusividade ou legalidade de cláusulas, de ofício, em contratos bancários (Enunciado nº. 381 da Súmula do STJ). PACTA SUNT SERVANDA: No caso em concreto, deverá ser ajustado o contrato ao que disciplina a lei e a jurisprudência do STJ, a fim de restabelecer o equilíbrio da relação de direito material. **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL:** Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos negócios jurídicos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços (Enunciado 297 da Súmula do STJ). ANATOCISMO. CAPITALIZAÇÃO: Admite-se a capitalização mensal, somente quando expressamente autorizada por lei, nos termos da Medida Provisória n. 1.963-17/00, de 30 de março de 2000, reeditada pela Medida Provisória n. 2.170-36/01, de 23 de agosto de 2001. Contratos perfectibilizados após a MP. Admitida a capitalização. **CORREÇÃO MONETÁRIA:** É a convencionada entre as partes no contrato. Em contratos

omissos, é possível a incidência do IGP-M. Todavia, no caso em concreto, não houve a incidência de correção monetária no cálculo exequendo, conforme fls. 105/106, não havendo o que se revisar, no ponto. REPETIÇÃO DO INDÉBITO/COMPENSAÇÃO: Indevida a repetição de indébito/compensação quando não reconhecida abusividade e/ou ilegalidade dos encargos contratuais. SUCUMBÊNCIA: Ônus mantidos. PREQUESTIONAMENTO: Não se negou vigência a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70055828966, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 22/10/2013) (grifo nosso)

Por essa razão, Inocêncio Galvão Telles (2010) sugere que no núcleo do contrato se posicionam a justiça e a equidade, no lugar do voluntarismo individual levado às últimas consequências. Dessa sorte, a função social do contrato contido no artigo 421, do Código Civil de 2002, constitui a limitação desse voluntarismo.

Após a incidência desses princípios a sociedade que se descortinou após a Revolução Industrial é compreendida como uma sociedade massificada. Sendo assim, um sistema contratual fundamentado na igualdade formal, onde os contratantes ocupavam posições semelhantes na balança econômica. Como se afirmou momentos antes, com o aumento da produção e a necessidade de se dar escoamento a esses produtos modificou-se, sensivelmente, o cenário contratual. A interpretação do contrato, da forma como fora concebido na tradição clássica, reproduzia na sociedade um palco de injustiças sociais. Sobre o assunto, oportuna é a consideração feita por Paulo Lôbo (2011, p. 20), a partir do pensamento de Franz Wieacker. Os juristas que desenvolveram a teoria tradicional do contrato criaram um direito privado abstrato que, aliado ao entendimento da autonomia privada como expressão fundamental do contrato, favoreceu a expansão da revolução industrial, da racionalização da economia, e, por consequência, impulsionou a expansão dos grupos econômicos em desenvolvimento, em desfavor das profissões e classes sem capital, convertendo-se em instrumento de uma sociedade injusta. Em razão da pertinência temática, destaca-se o princípio da função social dos contratos. Sobre o assunto propõe Lôbo (2011, p. 22):

O Estado social, desde seus primórdios, afetou exatamente os pressupostos sociais e econômicos que fundamentaram a teoria clássica do contrato. A intervenção pública nas relações econômicas privadas, que era excepcional, converteu-se em regra, alcançando o seu clímax na atribuição de função social ao contrato, cuja liberdade apenas pode ser exercida 'em razão e nos limites' daquela, como enuncia o art. 421, do Código Civil Brasileiro.

Ainda, dentro desta perspectiva sociológica, destaque-se o surgimento de uma nova modalidade de contrato. Os plurais ou massificados, também chamados de não-paritários, cuja característica é a inexistência de equivalência negocial entre as partes, e pela proteção jurídica e legislativa que desfrutam interesses transindividuais. Inseridos nesse rol de interesses tutelados encontram-se a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, cultural e turístico, que possam ser afetados pela relação contratual. Neste cenário surgem as legislações protetivas ao consumidor, no Brasil, especificamente, no ano de 1990 – através do Código de Defesa do Consumidor, tendo como especial nota a preponderância dos interesses difusos ou coletivos sobre os individuais (LÔBO, 2011, p. 30).

Lembre-se, todavia, que o diferencial para saber se um determinado contrato reclama ou não a aplicação da legislação consumerista, é a existência ou não, de uma relação de consumo. Ou seja, presente a relação de consumo a legislação contratual comum tem aplicação apenas supletiva ou subsidiária. Ainda sobre o tema, Lôbo (2011, p. 32-33) chama a atenção para o fato desta tutela ser indisponível, uma vez que se concretiza mesmo diante de uma atuação de “inércia ou manifestação de vontade em contrário do próprio consumidor.” Com fundamento no artigo 170, da Constituição de 1988 e artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor. Em seguida, também, na obra de Lôbo (2011) encontra-se precioso comentário sobre a proteção do consumidor como direito fundamental, consignada no texto da Carta Maior, especificamente, no artigo 5º, inciso, XXXII.

Algumas situações são legalmente equiparadas ao consumidor final, para fins de idêntica proteção: a coletividade de pessoas, ainda que indeterminadas; o terceiro que seja vítima do produto ou serviço, oriundos de relação de consumo; todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais referidas no Código de Defesa do Consumidor. Com o surgimento do Estado social, especialmente, após a Carta Política de 1988, ocorre uma mudança de paradigmas em relação ao contrato e à propriedade. A liberdade individual, no lugar de ser instrumento de limitação do poder e estatal, substituída pela “limitação estatal dos poderes econômicos individuais” (LÔBO, 2011, p. 41), privados em benefício dos interesses da coletividade, a exemplo da tutela do consumidor e do meio ambiente.

A atividade econômica do Brasil encontra o seu fundamento no artigo 170, da Constituição brasileira. Por sua vez, toda ordem econômica da República Federativa

do Brasil, deve ser orientada para à concretização da justiça social. Sobre o assunto, sugere Lôbo (2011, p. 45):

Em uma economia de mercado, submetida à regulações jurídicas e sociais, como a brasileira, as diretrizes gerais do princípio da justiça social devem estar estreitamente alinhados aos princípios de proteção do meio ambiente, consumidor, do patrimônio público, e do patrimônio histórico e artístico nacional.

Acrescente-se que na medida em que a sociedade civil se organiza, o contrato coletivo apresenta-se útil à regulação normativa de conflitos transindividuais. Assim, o contrato não pode ser “concluído, executado ou interpretado” levando em conta apenas os interesses individuais dos contratantes. Com efeito, todo contrato causa efeitos, também, à sociedade. Segundo este princípio os interesses individuais das partes somente podem ser tutelados quando atendem, também, aos interesses sociais. Havendo qualquer conflito os interesses coletivos deverão prevalecer. Desse modo, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. Apelação da parte ré. REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO. Amparada em preceitos constitucionais e nas regras de direito comum, a revisão judicial dos contratos bancários é juridicamente possível. PACTA SUNT SERVANDA. **Princípio relativizado, diante da aplicação do art. 6º, inciso V, do CDC que consagra o princípio da função social dos contratos.** JUROS REMUNERATÓRIOS. Possibilidade da limitação da cobrança de juros remuneratórios à taxa média do mercado prevista para as operações da espécie, quando comprovada a abusividade, como na hipótese dos autos. Sentença mantida. MORA E INSCRIÇÃO EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. Diante do reconhecimento da abusividade dos encargos exigidos, resta descaracterizada a mora, até o recálculo do débito, e impossibilitada a inscrição do nome da parte autora em cadastros de inadimplentes. COMPENSAÇÃO E REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, cabe a compensação e a repetição do indébito, de forma simples. Ponto comum. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. Pleito da parte autora de majoração da verba honorária acolhido, para fins de adequação aos parâmetros da Câmara. APELAÇÃO DA PARTE RÉ DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70055619597, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Altair de Lemos Junior, Julgado em 25/09/2013) (grifo nosso)

Ainda nesse mesmo viés o referido Tribunal entendeu em sede de ação revisional de financiamento o seguinte:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO

FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O crédito fornecido ao consumidor/pessoa física para utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final se caracteriza como produto, importando no reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90. Entendimento referendado pela Súmula 297 do STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR À REVISÃO CONTRATUAL. **O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 instituiu o princípio da função social dos contratos, relativizando o rigor do "Pacta Sunt Servanda" e permitindo ao consumidor a revisão do contrato, especialmente, quando o fornecedor insere unilateralmente nas cláusulas gerais do contrato de adesão obrigações claramente excessivas, suportadas exclusivamente pelo consumidor, como no caso concreto.** TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Constatada a abusividade, pois o percentual contratado supera, em muito, a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central, colocando o consumidor em desvantagem exagerada frente à instituição financeira. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL. Permitida em contratos celebrados após 31/03/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP 2.170-01, desde que expressamente pactuada. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Impõe-se o deferimento da antecipação de tutela, haja vista o deferimento da revisão contratual e afastamento dos efeitos da mora, no tocante à vedação da inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes, condicionada ao depósito mensal das parcelas vencidas e vincendas, observados os parâmetros definidos neste julgado. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Aplicação do art. 515 do CPC. Incidência do princípio "tantum devolutum quantum appellatum". APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70054949797, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 19/09/2013) (grifo nosso)

Não muito diferente é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que assim se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. APLICAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS DO CONTRATO. OBSERVÂNCIA. FUNÇÃO SOCIAL E BOA-FÉ OBJETIVA. RESOLUÇÃO DA AVENÇA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

- É dever das partes contratantes observar as cláusulas gerais que regem os contratos privados, como a função social, a probidade e a boa-fé objetiva, nos termos dos artigos 421 e 422, ambos do Código Civil.

- Embora exista no contrato cláusula resolutiva expressa aplicável à hipótese de atraso de três parcelas consecutivas, considerando que a parte adimpliu substancialmente o contrato, uma vez que já havia pagado vinte e nove das trinta e duas parcelas devidas, bem como consignou em juízo as demais, aplica-se a teoria do adimplemento substancial do contrato, que visa a impedir o abuso do direito de resolução do contrato pelo credor, rechaçando desfazimentos desnecessários e preservando o instrumento formado, em observância aos princípios da função social do contrato, probidade e boa-fé objetiva. Recurso desprovido. Unânime.

([Acórdão n.701779](#), 20080111095702APC, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/07/2013, Publicado no DJE: 19/08/2013. Pág.: 107)

Logo, a função exclusivamente individual não se adéqua às exigências do Estado social caracterizado, precipuamente, pela tutela da ordem econômica e social. Segundo o magistério de Lôbo (2011, p. 69) o princípio da função determina a prevalência dos interesses sociais sobre os privados, e, enfatiza que “o contrato não pode ter finalidade antissocial, por exemplo, contrariar o meio ambiente”. É justamente neste ponto que reside o fio condutor do ensaio em tela, pois, acredita-se que não preenche os pressupostos de validade o contrato que não atende à sua função social, especificamente, no que diz respeito à preservação do meio ambiente⁵⁶. Destarte, o contrato que descumprir o mandamento constitucional de sua função socializadora não preenche os requisitos de validade do próprio negócio jurídico, que não se restringe apenas ao comando do artigo 104 (que trata do agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei), do Código Civil, mas também, aos ditames do novo paradigma contratual já tratado acima.

⁵⁶ Aliás, válido, registrar, nesta oportunidade, o conteúdo da Lei nº 6.938/81 - Política Nacional do Meio Ambiente - que ao lado de outros objetivos nos impõe a necessidade de compatibilizar-se desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente. Também, no parágrafo único, do artigo 5º, da Lei, acima citada, evidencia-se que esta imposição, não existe somente para as empresas do setor público. Assim, qualquer pessoa deve pautar sua atuação em conformidade com as diretrizes constante da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Por sua vez o artigo 10 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente determina que toda construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades que utilizem recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, ou que sejam capazes de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental estadual, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, (IBAMA), em caráter supletivo. Ademais, não nos esqueçamos de apontar o fato de com a Emenda Constitucional nº 42/2003, que acrescentou o inciso VI ao artigo 170, da CF/88, foi inserido o termo produto ao lado de serviço, acompanhado seu processo de elaboração. Este fato ocorreu após a Medida Provisória nº 2.182-18/01, posteriormente convertido na Lei nº 10.520/02 responsável pela criação dos pregões na Administração Pública para bens e serviços comuns. Desta maneira, a tutela do meio ambiente passou a ser objeto do Poder Público e da coletividade. Assim, para validade dos contratos, realizados sob a égide do direito privado, como pressuposto de validade, além dos elementos constantes do artigo 104, do Código Civil, exige-se o preenchimento da função social. Por sua vez, a preservação da função social dos contratos privados, guarda íntima conexão com os impactos que este contrato trará para o meio ambiente. Note-se, inclusive, que, levando-se em consideração a tábua axiológica contida na Constituição, resta cristalina a ilação de que a tutela ambiental tem por objeto o meio ambiente, acrescido de uma adjetivação, consignada na expressão, “ecologicamente equilibrado”. Essa qualidade, segundo, o autor José Afonso da Silva, “se converteu em um bem jurídico”. Assim, seguindo a linha de raciocínio do jurista, conclui-se que esses atributos qualificativos do meio ambiente não podem ser alvo de apropriação privada, ainda que pertençam a uma propriedade particular. Nesta mesma linha de pensamento, “significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra sua disponibilidade”.

2.2.2 Princípio da boa-fé objetiva

Com relação ao princípio da boa-fé objetiva, em razão de sua íntima conexão com o instituto do direito de arrependimento ponto central do presente trabalho, entende-se adequado inserir as noções gerais acerca do referido princípio neste tópico, a fim de realizar sua conexão com o direito de arrependimento, de forma pormenorizada, no capítulo III desta dissertação.

Historicamente, o princípio da boa-fé foi introduzido no direito privado de forma expressa no artigo 131 do Código Comercial, tendo sido referido dispositivo revogado pelo Código Civil de 2002. Mencionado artigo trouxe, em seu teor, regras sobre a interpretação contratual. Ressalte-se, inclusive, que apesar de não existir, até então, um preceito genérico ordenando sua observação em todas as relações contratuais, a boa-fé objetiva já era apontada pelos doutrinadores como ínsita a toda relação contratual. Sobre essa tendência de indicar a boa-fé objetiva como um dever geral de conduta a ser observado em qualquer contrato e não apenas imanente às relações contratuais mercantis, Gustavo Tepedino (2006, p. 15) sugere que “em obras dedicadas aos contratos, muitos autores definiam, mesmo no sistema do Código anterior, a boa-fé como um princípio cardeal desta disciplina”.

Dessa maneira, coube à jurisprudência brasileira, em conformidade com a vasta produção doutrinária, a consolidação, nesse sentido, da tradição de se exigir a boa-fé em toda relação contratual. E sua constatação encontra-se, nos dias de hoje, na legislação civil referente aos contratos.

Para tanto, a proposta é que, inicialmente, apesar da referência literal do artigo 422⁵⁷, do Código Civil de 2002, ater-se à observância da boa fé de forma expressa, apenas nas fases de conclusão e execução dos contratos, trata-se de um dever de conduta imposto aos contraentes durante todas as etapas que permeiam a relação contratual.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva é preceito geral de conduta exigido tanto na fase anterior à própria contratação, ou seja, durante as tratativas preliminares, quanto na fase pós-execução dos contratos. Mantendo-se, dessa sorte, as partes contratantes vinculadas até o momento posterior ao contrato, na chamada fase pós-negocial. Assim pode-se observar que a boa-fé objetiva é pertinente em todas as

⁵⁷ “Artigo 422, do CC/2002: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.”

fases do negócio contratual, tanto que na decisão em recurso de Apelação Cível n.º 591028295, proferida pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o princípio da boa-fé objetiva decorreu, naquele caso em análise, “do dever da pré-contratante de não fraudar as expectativas legitimamente criadas, pelos seus próprios atos” (MARTHINS-COSTA, 1999, p. 474). Para melhor elucidar o que se afirma, a decisão fundou-se no seguinte propósito:

Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento (Clóvis do Couto e Silva, *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, p. 61), o dever de lealdade durante as tratativas e a consequente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença. (grifo do autor)

Verifica-se que, com essa interpretação, vem sendo dada pela jurisprudência pátria a concretização da teoria de Clóvis do Couto e Silva, intitulada *A obrigação como processo* (apud TEPEDINO, 2006, p. 16). Com isso sustenta-se a necessidade de visualizar-se o processo obrigacional de forma una e global⁵⁸. Nesse sentido, segue a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DEPÓSITO JUDICIAL. VALOR LIBERADO. DECISÃO JUDICIAL. ERRO JUDICIÁRIO. A decisão cumpre a regra prevista no art. 458 do CPC, pois contém as razões do convencimento. O ato da parte consistente em declaração de vontade produz imediatamente a constituição, a modificação ou extinção de direitos processuais, conforme o art. 158 do CPC. **O Código Civil valoriza a ética, a boa-fé e a cooperação, princípios que devem imperar no relacionamento das pessoas. A manifestação de vontade da parte pode caracterizar comportamento contrário a sua atitude anterior. Essa situação tem sido denominada venire contra factum proprium, o que opera uma das mais relevantes violações ao princípio da boa-fé objetiva, inerente às relações contratuais.** A liberação do valor em favor da parte credora era corolário lógico, com fundamento na lei, no contrato e na afirmação da devedora. A situação exposta não configura erro do Banrisul, judiciário ou obrigação de restituição por parte dos outros réus. Rejeitada a preliminar. Apelação não provida. (Apelação Cível Nº 70054719349, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 31/10/2013) (grifo nosso)

⁵⁸ Sobre o tema pertinente o pensamento de Judith Martins Costa (1999, p.394): “A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade completa põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado, exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa fé objetiva.”

Para efeitos desse tópico cite-se, também, a boa fé contida no artigo 113⁵⁹, do Código Civil como instrumento de interpretação do negócio jurídico. Ainda sobre a boa fé, em sede de relação contratual, registre-se algumas linhas sobre seus elementos identificadores. Para Tepedino (2007, p. 16) a noção de boa fé é ambivalente por comportar dois aspectos: a boa fé subjetiva e a boa fé objetiva. A boa fé subjetiva reflete o estado de consciência do agente em um dado momento de sua atuação. Esse estado de “espírito” é vislumbrado em mais de um dispositivo da codificação. A título de exemplo, cite-se o artigo 1.201 do *Codex* que sobre a boa-fé afirma ser o desconhecimento de um vício, relativamente ao ato jurídico que se pratica ou à posse que se exerce. Quanto à boa fé objetiva pode-se dizer que se concretiza como um dever de conduta. Impondo às partes contratantes um comportamento compatível com os fins econômicos e sociais do negócio celebrado.

Diga-se, ainda, que a boa fé objetiva, sob uma perspectiva constitucional, encontra-se fundamentada em quatro princípios, a saber: a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal); o valor social da livre iniciativa. (artigo 1º, IV, da Constituição Federal); a solidariedade social (artigo 3º, I, Constituição Federal); a igualdade substancial (artigo 3º, III, da Constituição Federal). Todos guardando estreita conexão com o artigo 170, da Constituição Federal. Sendo, portanto, a exteriorização do direito civil constitucionalizado expresso na codificação de 2002⁶⁰. Ainda assim, nas palavras de Rodrigo Toscano de Brito (2012, p. 269):

Não se pode perder a oportunidade de ressaltar que o Código Civil brasileiro, na parte que se refere à exegese do negócio jurídico – devendo-se apenas ressaltar que o contrato é negócio jurídico típico – faz menção a uma interpretação que leve em consideração não só a boa-fé, mas também aos usos do lugar de sua celebração. Apesar da aparente distância que se possa encontrar entre o que dispõe o artigo 113 do Código Civil, o qual expressa a regra citada, e o princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode perder de vista que o dispositivo encontra-se teleologicamente vinculado ao mencionado princípio.

⁵⁹ Dispõe o artigo 113, do CC/2002: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé objetiva e os usos do lugar de sua celebração”. Por outro lado, diz o artigo 1.201, do CC/2002: “É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que impede a aquisição da coisa”

⁶⁰ Cf. em TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas, p. XXXII. V; MATTIETO, Leonardo “O direito civil constitucional, pp. 163 e ss.) apud, TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República, V. II, 2º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p.17.

Dessa maneira, pode-se concluir que a boa-fé objetiva impõe ao contrato uma visão mais solidária e preocupada com a preservação da ordem constitucional nas relações privadas. O contrato passa a ser instrumento de realização dos objetivos que preservem os valores da sociedade, e não apenas a vontade das partes contratantes. Sobre a importância da boa-fé nas relações contratuais de consumo segue decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE IMÓVEL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. DEVER DE INFORMAR. VIOLAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO DEVIDA DE ACORDO COM O PACTUADO. 1.O contrato de seguro tem o objetivo de garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer à condição suspensiva, consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco. Em contrapartida a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado. Inteligência do art. 757 do Código Civil. 2.Igualmente, é elemento essencial deste tipo de pacto a boa-fé, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas, nos termos do art. 422 da atual legislação civil. 3.Contudo, desonera-se a seguradora de satisfazer a obrigação assumida apenas na hipótese de comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização. 4.Assim, caso seja agravado intencionalmente o risco estipulado, ocorrerá o desequilíbrio da relação contratual, onde a seguradora receberá um prêmio inferior à condição de perigo de dano garantida, em desconformidade com o avençado e o disposto no art. 768 da lei civil, não bastando para tanto a mera negligência ou imprudência do segurado. 5.O art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor assegura ao consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentem. 6.No caso em exame há evidente desobediência ao dispositivo legal precitado, na medida em que as informações sobre o serviço que estava sendo contratado não foram prestadas de forma adequada. 7.O consumidor não tomou ciência efetiva dos limites impostos à cobertura contratada, o que não é juridicamente possível, pois se cláusula restritiva deve estar redigida de maneira a ocultar informações do consumidor, parte hipossuficiente na relação. 8.Desse modo, é jurídica e perfeitamente possível a pretensão deduzida, que diz respeito à cobrança da indenização assegurada pela seguradora demandada, diante do implemento do risco contratado, quanto mais em se tratando de responsabilidade objetiva a que está sujeita aquela empresa. 9.Ônus da sucumbência redimensionado. Dado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70055815500, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/10/2013)

Por outro lado sugere-se que a menção expressa da boa-fé como princípio contratual, teve melhor exposição na legislação nacional com o advento do Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 4º, III e artigo 51, IV. De acordo com o artigo 4º tem-se que a denominada Política Nacional das Relações de Consumo objetiva atender às necessidades dos consumidores, incluindo o respeito à sua dignidade

assim como aos seus interesses econômicos, mediante a transparência e a harmonia nas relações de consumo. Essa harmonia mede-se pelo equilíbrio material que as partes devem resguardar entre si antes, durante e após a contratação. Entretanto, a questão aqui tratada refere-se à lealdade que ambos os contraentes devem ter um para com o outro, situação que se infere em algo muito maior que, nos casos dos contratos de consumo, diz respeito à necessidade de ostensiva informação das bases contratuais dada pelo fornecedor ao consumidor, independente de ser o contrato efetuado entre ausentes ou entre presentes. Sob este viés é que se discutirá, no capítulo III, o alcance atual do direito de arrependimento em termos sócio-jurídicos, uma vez que, em primeiro lugar, a sociedade atual parece reclamar outra solução legal para as compras realizadas presencialmente, posto que o sistema de devolução de produtos em compras presenciais fica mais a cargo do fornecedor que assim estabelece como regra negocial a fim de, muitas vezes, agradar e fidelizar o cliente.

Em segundo lugar, quando ocorre a ausência de informação por parte do fornecedor, o consumidor pode vir a reclamar no sentido de alegar, com sede no artigo 46, que o contrato não vincula. Mas para tanto, o consumidor deve ajuizar ação e comprovar (a não ser que peça a inversão do ônus da prova) a falta de informação ostensiva. Entretanto, uma vez que inexistente ou a informação é insuficiente ao consumidor pode-se sugerir que sua vontade encontra-se, porque não dizer, carente de uma conjugação completa daquela exigida em sede de vontade negocial. Nesse sentido, se o Código de Defesa do Consumidor garantisse o direito de arrependimento também nas compras presenciais, tendo como pressuposto para o seu exercício o patente descumprimento das regras do artigo 6º, III, do mencionado *Codex*, provavelmente o fornecedor imprimiria maior cautela e respeito ao próprio consumidor durante a realização do contrato.

Outro ponto que se discute surge do fato de que ter gerado o direito de arrependimento em uma compra não presencial nos anos de 1990, época de criação do Código de Defesa do Consumidor, e não estendê-lo para as compras presenciais, é, no mínimo, não compreender que a sociedade atual reclama solução semelhante para as compras presenciais daquelas das compras feitas entre ausentes, pois parece falta de sensibilidade do legislador não perceber que a autonomia da vontade do consumidor pode estar sendo desconsiderada quando,

pela falta de informação, apesar do *pacta sunt servanda* ser relativizado, inexistente uma solução imediata e eficaz para a questão da compra feita entre presentes.

Diga-se, por fim, em sede de discussão doutrinária sobre a boa-fé, que ela tem três funções: a boa fé como cânone hermenêutico integrativo; a boa fé como criadora de deveres jurídicos anexos; e a boa fé como limite ao exercício de direitos subjetivos. Verifique-se, pois, que ao lado da função social, a boa-fé vem a relativizar a força obrigatória dos contratos, notadamente em uma sociedade massificada. A seguir, analisar-se-á o princípio da equivalência material como modo de assegurar o equilíbrio entre as partes contratantes, inclusive ressaltando que o princípio da dignidade da pessoa humana se entrelaçará com o equilíbrio que se procura que exista entre os contraentes, servindo a dignidade da pessoa humana como alicerce para os princípios até então expostos, bem como o que será analisado a seguir.

2.2.3. Princípio da equivalência material

Ao lado dos princípios da função social dos contratos e o da boa fé objetiva, compondo a nova ordem principiológica norteadoras dos contratos, tem-se o da equivalência material. Trata-se de princípio que tem por finalidade precípua a preservação do equilíbrio material, buscando-se, assim, a justiça contratual (MARTHINS-COSTA, 1999, p. 427).

Percebe-se, então, a importância deste princípio em face da desigualdade material dos contratantes. Por essa razão, costuma-se tratar a equivalência material como “ponte entre o justo e o jurídico” (NEGREIROS, 2002, em sede de contrato, p. 166). Entretanto, não se pode abordar o princípio ora em enfoque sem analisá-lo sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana⁶¹, uma vez que quando se faz a

⁶¹ Tendo por base as lições de Pedro Paulo Barradas Barata (2009, p. 185-208) a Constituição Federal contém princípios inerentes a um Estado do bem-estar social, apesar de seu artigo 1º afirmar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Contudo, pode-se perceber a preocupação do constituinte com os direitos e garantias fundamentais, respeitando, doravante, os direitos individuais. Portanto, ao se verificar que são objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza, construção de uma sociedade justa redução das desigualdades sociais observa-se que se tem um Estado Democrático Social de Direito. Nesse sentido, foi-se ampliando a influência que os direitos e garantias fundamentais exercem sobre as relações privadas havendo os que os doutrinadores denominam de constitucionalização do direito privado. Através dessa perspectivas relações entre os particulares que, durante o Estado Liberal estavam pautadas na autonomia e liberdade individuais, atualmente, sofrem a influência e incorporação dos direitos e garantias fundamentais, observando-se a presença estatal em tais relações. Daí se percebe que a dicotomia

“análise contemporânea do contrato, não importa a qualidade da relação jurídica considerada, se civil, empresarial ou de consumo, desde que o princípio da dignidade da pessoa humana seja o orientador da interpretação do contrato” (BRITO, 2012, p. 261).

O princípio da dignidade da pessoa humana⁶² não somente norteia o equilíbrio material, como também é de suma importância quando se trata de boa-fé objetiva e função social do contrato. Para Brito (2012, p. 263 e 271) a boa-fé e a dignidade da pessoa humana encontram-se teleologicamente entrelaçados, partindo-se do enfoque da solidariedade, que é um dos objetivos constantes no

entre o Direito Público e o Direito Privado foi perdendo importância no sentido em que ambos os campos foram interagindo cada vez mais. Assim sendo, nos dias atuais a eficácia dos direitos e garantias fundamentais não mais se reserva ao Estado, pois cabem aos particulares observar essa eficácia nas relações jurídicas que implementam. Por esta razão, é a Constituição Federal como norma superior as demais que deve irradiar seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Como exemplo a ser citado acerca da evolução do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado pode-se abordar os acontecimentos a Alemanha. O século XIX foi marcado pelo surgimento das primeiras constituições modernas e codificação do Direito Privado pautada na liberdade e na igualdade. Entretanto, a dicotomia Direito Público e Direito Privado era evidente, e neste último as leis continham valores que representavam a não intervenção do Estado nos assuntos particulares. Estes ao estavam afetados pela Constituição a não ser como lei guia das demais, no sentido de hierarquicamente superior às leis. Contudo, a República de Weimer proporcionou alteração entre Constituição e leis privadas (após o fim da Primeira Guerra Mundial). Ou seja, algumas normas de cunho privatista foram inseridas naquela Constituição como por exemplo, o reconhecimento da igualdade dos filhos havidos ou não durante o casamento, direito de herança e proteção à família, dentre outros. Com o fim da Segunda Guerra Mundial a Constituição Alemã passou a prever que todos os direitos fundamentais tinham aplicabilidade imediata. Outra e importante inovação foi o reconhecimento do dever dos magistrados em analisar a conformidade das leis à Constituição, consolidando a primazia desta no ordenamento jurídico. É a Constituição o guia para a produção legislativa e atuação do Estado. Com o advento do neoliberalismo e da globalização os direitos e garantias fundamentais sobre as relações privadas ganharam mais destaque. Isto ocorreu porque somente com a presença dos direitos fundamentais na Carta Magna é que se pode assegurar o respeito a princípios como o da dignidade da pessoa humana. Por isso, a importância dos particulares estarem observando tais direitos nas relações privadas. Direitos e garantias fundamentais são o conjunto de direitos assegurados pelo Estado, tendo por fim o respeito à dignidade do ser humano, estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. Compõem-se pelos direitos à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana. A constitucionalização do Direito ocorre pela presença na Constituição no Direito Privado e a presença deste no texto constitucional. Pode-se perceber tal constitucionalização com o reconhecimento da Constituição como norma jurídica superior; as normas devem ter conteúdo aberto para permitir o seu preenchimento e atualização pelo Poder Judiciário; e a Constituição como ferramenta de controle jurisdicional.

⁶² Especificamente sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, leva-se em consideração a lição de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 91-101) que sugere que existem duas concepções acerca desse princípio: uma delas, denominada de insular, propõe o homem como razão e vontade, levando-se em conta sua autonomia individual, sendo que o homem e a natureza não se encontrariam, ou seja, são sujeito e objeto, e, nesse sentido, o homem e somente ele é racional, vê e pensa a natureza e esta é fato bruto, sem valor em si, sendo assumida uma concepção dualista; na outra vertente, há o entendimento de ser a dignidade da pessoa humana como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência. O homem está, ou melhor, faz parte da natureza, sendo um *continuum*. A natureza, como um todo, é um bem, e a vida, o seu valor, sendo uma concepção monista.

artigo 4º, inciso I, da Carta Magna, mas a dignidade da pessoa humana também se condensa com o princípio da função social visto que ocorreu um “deslocamento da tutela meramente patrimonialista para a da pessoa humana como centro nervoso do direito”, redefinindo como limite interno as bases da função social da propriedade, assim como da função social do contrato e da atividade econômica. Assim sendo, a fim de harmonizar os interesses econômicos dos consumidores diante dos fornecedores é importante resguardar-se o atendimento dos princípios da função social, boa-fé objetiva e equilíbrio material.

2.3 A LIBERDADE DE ESCOLHA NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA

Neste tópico, propõe-se uma reflexão acerca do que vem a constituir a autonomia privada e qual sua relação com a autonomia da vontade. Para tanto, de modo pontual e breve, formula-se algumas considerações sobre a teoria geral do negócio jurídico, a fim de traçar-se um perfil conceitual sobre a autonomia privada e a autonomia da vontade, como pressuposto indispensável à validade dos atos negociais.

Por negócio jurídico entende-se a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos voluntariamente perseguidos (*Rechtsgeschäft*) (TEPEDINO, 2007, p. 213). Porém, sendo o negócio jurídico, expressão máxima da autonomia privada, entende-se pertinente, nesta oportunidade, conceituar o que vem a ser esta autonomia privada. Para Sílvia Rodrigues (apud TEPEDINO, 2007, p. 213) trata-se de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico ao sujeito de direito que por meio da manifestação de vontade, livre e consciente, possa dar origem a relações jurídicas recepcionadas pelo próprio ordenamento jurídico.

Desse modo, pode-se visualizar o papel relevante que a vontade humana assume como fator preponderante para realizar-se um negócio jurídico, e obter sua validação pelo ordenamento jurídico. Por esta razão, acredita-se relevante propor um diálogo envolvendo os dois institutos, autonomia privada e autonomia da vontade. Seriam ambas as faces de uma mesma moeda? Para se chegar à resposta desde questionamento, entende-se, pertinente, visitar o conceito proposto por alguns doutrinadores a respeito do tema.

Para Gustavo Tepedino (2007, p. 213) é através do negócio jurídico que o sujeito de direito expressa sua vontade, e, ao mesmo tempo, lhe confere existência, conteúdo e eficácia jurídica. Por esta razão, Francisco dos Santos Amaral Neto (1989, p. 380) chama esta vontade de “vontade negocial” e, ao mesmo tempo, afirma que deve a mesma ser apta para a produção dos efeitos jurídicos desejados.

Assinale-se, ainda, que a teoria clássica afirma que a vontade negocial é norteada pelo princípio da autonomia privada (TEPEDINO, 2007, p. 214). Assim sendo, afirma-se que o princípio que informa tal sentido de vontade é denominado de autonomia privada, significativamente chamado de autonomia da vontade pela doutrina clássica, de modo a colocar em destaque o conteúdo voluntarista da autonomia privada.

Observe-se, entretanto, que embora intimamente conexos os institutos não se confundem. Veja-se a definição tradicional de autonomia privada: “representa a medida na qual o ordenamento reconhece aos indivíduos a possibilidade de praticar atos jurídicos, produzindo seus efeitos” (RODRIGUES, 2002, p. 170). Por sua vez, segundo Gustavo Tepedino (2007, p. 214) a autonomia privada consiste em uma permissão legal direcionada às pessoas, através da qual confere às mesmas, em suas relações interpessoais, a liberdade de praticar condutas dotadas de elemento negocial, determinando-lhes, via de regra, conteúdo, forma e efeitos. Ainda sobre a autonomia privada, interessante anotar-se o entendimento de Luiz Edson Fachin (2003, p. 56), que a concebe como esfera de liberdade garantida aos sujeitos para o exercício de direitos e de formação de relações jurídicas.

Depois dessas considerações, já é possível afirmar que autonomia privada é o espaço reservado para o particular exercer sua vontade, constituindo, com fundamento nela, uma relação jurídica passível de validação pelo direito. Ainda, sobre essa temática, porém, seguindo uma perspectiva distinta, Francisco Amaral (apud TEPEDINO, 2006, p. 214) distingue autonomia privada e autonomia da vontade, afirmando que esta tem uma conotação subjetiva, psicológica, dotada de elemento anímico, enquanto a autonomia privada traduz “o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.”

Contudo, ressalte-se que o conceito de autonomia privada vem sofrendo modificações relevantes em relação à sua concepção na doutrina clássica. Atualmente, os valores constitucionais não são mais vistos como limitadores externos à autonomia privada. No lugar desta função limitadora, os valores

constitucionais informam seu núcleo funcional, de modo a garantir a preservação da dignidade da pessoa humana. Por esta razão, Gustavo Tepedino (2007, p. 214) discorrendo sobre a autonomia privada, seu conceito e o seu alcance aduz, nesse sentido, que “não consiste em um espaço em branco deixado à atuação da liberdade individual, mas, ao contrário, apenas recebe tutela na medida em que se conforme aos valores constitucionais”.

A autonomia privada já foi concebida como um verdadeiro espaço em branco conferido pela lei para que os particulares a preencham na medida em que exerçam suas atividades jurídicas. E como espaço em branco, deveriam ser observados apenas os limites para seu exercício, preenchidos pelo ordenamento e informados pela ordem pública, pelos valores que dão sustentação ao sistema jurídico de forma geral. Os atos de autonomia são dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são essencialmente úteis. A utilidade social, por sua vez, exige sempre que na prática destes atos não haja contraste com a segurança, a liberdade e a dignidade da pessoa humana (PERLINGIERI, 2002).

Respondendo, então, ao questionamento proposto acima, sobre a equivalência, ou não, entre autonomia privada e autonomia da vontade, entende-se, com esteio na doutrina, que se tratam de institutos próximos, porém não equivalentes. A autonomia privada é uma prerrogativa do ordenamento jurídico que empresta possibilidade de cumprimento coercitivo a uma avença criada a partir de uma vontade particular. Já a autonomia da vontade relaciona-se mais com manifestação da vontade do agente capaz, de forma livre, consciente e direcionada à concretização de um desejo.

Caso esta vontade não esteja em conformidade com o projeto constitucional, ou, por outro lado, não tenha sido manifestada de forma livre e consciente pelo agente, oportuniza-se a incidência de uma tutela específica, concretizada pelo regime de nulidades. Ainda, como instrumentos de proteção do controle de legitimidade do exercício da vontade individual têm-se a boa-fé objetiva e a função social do contrato, ambos previstos de forma expressa pelo legislador da codificação civil de 2002. De acordo com o artigo 421 “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Retornando, mais uma vez à questão da vontade, note-se que ela é composta de duas fases. Uma que ocorre no interior do agente, na sua intimidade subjetiva, e outra que se concretiza com a sua exteriorização. Por isso, Francisco Amaral (apud

TEPEDINO, 2006, p. 215) sugere que a declaração de vontade possui um elemento interno, seu conteúdo, ou a vontade, propriamente dita, e um elemento externo, a forma ou a declaração propriamente dita. Para que esta vontade expressa seja validada pelo ordenamento jurídico deve atender aos pressupostos de validação descritos no artigo 104 do Código Civil, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Cumpre-se ressaltar que o controle dos chamados requisitos de validade é de elevada importância para auto-regulação de interesses, subordinado-a a um juízo de reprovação ou de proteção do ordenamento jurídico. Por essa razão Pietro Perlingieri (apud TEPEDINO, 2006, p. 217) sugere que “o ato de autonomia privada não é um valor em si; pode sê-lo, e, em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento jurídico”.

Passa-se, neste momento à análise dos elementos de tutela específica da vontade, concretizada nos sistemas das nulidades ou das causa de anulação do negócio jurídico, pela existência de um dos vícios de consentimento.

Para que a declaração de vontade seja apta a receber acolhida pelo ordenamento jurídico, tornando-se passível de vincular e obrigar as partes contratantes é necessário que esta vontade seja livremente manifestada, sem a incidência de qualquer vício. Caso contrário, estar-se-á diante de um defeito do negócio jurídico, passível de invalidação.

Doutrinariamente, os defeitos do negócio jurídico são divididos em duas categorias. A primeira incide sobre a manifestação de vontade, propriamente dita. Existe uma divergência entre a declaração do agente e sua vontade interior, por esta razão chama-se vício de consentimento. Em outra categoria se inserem aqueles negócios, cujo defeito está no descumprimento da função social da avença, uma vez que o agente manifesta sua vontade consciente, no entanto, reveste-se a mesma de uma intenção ilegítima, qual seja a de prejudicar terceiros, ou impedir a correta aplicação da lei. Por isso é chamado de vício social. Destarte, são vícios sociais, a fraude contra credores, e a simulação. Sugere-se, contudo, que em se tratando da simulação o negócio jurídico não é passível de anulação, mas sim de nulidade absoluta, conforme a regra contida no artigo 166, do Código Civil.

Em razão da proposta do presente texto, analisar-se-á, apenas os chamados vícios de consentimento, quais sejam, erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão, posto

que se pretende fomentar uma reflexão sobre até que ponto a vontade manifestada pode deixar de vincular o seu declarante.

O primeiro vício de consentimento contemplado é o erro, que segundo o direito civil vigente, são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio, em conformidade com o artigo 138 do Código Civil.

Note-se, inclusive que o codificador não fez distinção entre erro e ignorância com relação aos efeitos por eles desencadeados. Embora, tenha-se a ignorância, como a ausência completa de conhecimento de um pressuposto ou elemento essencial do negócio jurídico a ser celebrado, enquanto o erro traduz-se na ideia de noção equivocada da realidade, na qual se fundamenta a declaração de vontade. Neste ponto, é preciso referir-se expressamente sobre a questão dos requisitos indispensáveis à anulação do negócio por força de erro na declaração de vontade.

Assim, apresentam-se, como requisitos do erro: ser o mesmo substancial e escusável. Quanto ao primeiro requisito, parece ser de fácil compreensão. Trilhando o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 520) “substancial é o erro que diz respeito à natureza do ato, ao objeto principal da declaração, ou a algumas qualidades a eles essenciais [...]”. Em suma, para ser considerado defeito viciador da vontade, o erro há de constituir uma opinião errônea sobre condições essenciais determinantes da manifestação de vontade, cujas consequências não são realmente queridas pelo agente. Define-se erro como uma falsa percepção da realidade que influencia de modo dominante a manifestação de vontade. Segundo Orlando Gomes (apud TEPEDINO, 2006, p. 271) “tendo sobre um fato ou sobre um preceito noção inexata ou incompleta, o agente emite sua vontade de modo diverso do que a manifestaria se deles tivesse conhecimento exato ou completo”.

Deve-se ter em mente o alcance da regra codificada afirmando no segundo requisito, “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal”. Afinal, trata-se da escusabilidade do erro, pois se o erro fosse grosseiro, não seria justo que acarretasse à invalidação da declaração de vontade. Sobre o assunto Tepedino (2006, p. 272) propõe que “se o erro fosse grosseiro ou inescusável, a invalidação do negócio se constituiria em consequência injusta para o receptor da declaração”. Assim, pode-se dar a mesma interpretação a regra contida no artigo 138, do Código Civil de 2002, que era dada à codificação anterior, segundo a qual a escusabilidade

é requisito, tacitamente atribuído ao declarante. Entretanto, interessante, e bem oportuna a teoria de Ana Luíza Maia Nevares, reproduzida por Tepedino (2006, p. 272) em sua obra intitulada Código Civil Interpretado, na qual se sugere que:

[...] se o requisito da escusabilidade impossibilita, em parte, o surgimento de situações injustas, já que aquele que errou por negligência, imperícia ou imprudência, terá que suportar o negócio jurídico celebrado, não resolve de todo o problema, pois sendo descupável o erro, a invalidação será permitida, configurando-se, nesse caso, uma injustiça, já que a frustração pela desconstituição do negócio recairá na parte que não errou.

Por isso, Tepedino (2006) defende que ao lado da escusabilidade, deve, também, estar presente a recognoscibilidade do erro. Sendo esta última relacionada à atuação do receptor da declaração eivada de erro. Perfilando esse mesmo entendimento, cite-se o Código Civil Italiano, artigo, 1.428 e o Código Civil Português, artigo 247, que pela expressão, “que poderia ser percebido por outrem” quer se referir não ao declarante, mas sim ao receptor da declaração, como quem poderia ter percebido o erro, se agisse com diligência normal. Trata-se da repartição dos riscos entre os contratantes, definindo-se quem arcará com o prejuízo da invalidação ou manutenção da avença. Protege-se o receptor da vontade que, estando de boa fé, e, tendo agido com diligência normal, não percebe que a outra parte estava em erro. No entanto, acaso fosse possível, a partir de uma atuação diligente, ter percebido que o declarante se encontrava em erro, a anulação se impõe. No capítulo seguinte, tratar-se-á do direito de arrependimento, analisando o seu conteúdo e campo de aplicação de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

3 DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Este capítulo ensejará a análise do direito de arrependimento na legislação consumerista brasileira e, conseqüentemente, debater-se-á uma proposta de sua extensão às compras presenciais, uma vez que tal direito, conforme será analisado, somente é previsto pela lei de proteção ao consumidor para as compras não presenciais ou fora do estabelecimento comercial onde foram realizadas pelo consumidor.

Acredita-se que a interpretação do que seja “fora do estabelecimento comercial” deve ser alargada, buscando assegurar a aplicação desse instituto de tutela do consumidor em situações nas quais seja a contratação feita *dentro* do estabelecimento comercial, pois se constata a possibilidade de haver pressão psicológica no consumidor por parte do fornecedor de produtos ou serviços.

Assim sendo, defender-se-á que o direito de arrependimento pode ter sua aplicabilidade estendida aos contratos efetuados entre presentes, tendo em vista as transformações que a sociedade de consumo vem sofrendo desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. É nesse ponto que consiste a problemática deste trabalho, uma vez que em sede dos princípios já debatidos como o da boa-fé objetiva, o da função social e o da equivalência contratual, compreende-se ser possível a aplicabilidade do direito de arrependimento às compras presenciais sem comprometer a segurança jurídica existente nas relações de consumo. É o que será debatido adiante. Antes, contudo, serão analisadas as noções gerais acerca do direito de arrependimento, no que concerne ao seu conceito, natureza jurídica e pressupostos.

3.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E PRESSUPOSTOS DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Entende-se por direito de arrependimento, segundo Bruno Miragem (2013), aquele direito de desistir do contrato no prazo de até 7 (sete) dias, contados da data da assinatura ou do recebimento do produto ou serviço. Assim determina o artigo 49 do Código brasileiro de Defesa do Consumidor:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 07 dias a contar de sua assinatura ou do ato do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de serviços e produtos ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente, por telefone ou a domicílio.

Para entender o conteúdo do direito de arrependimento registre-se, inicialmente, que na doutrina existem duas posições sobre a natureza jurídica do direito de arrependimento. Para Miragem (2013) o direito de arrependimento ou desistência, tem natureza de *direito formativo extintivo do contrato* sendo, desta forma, uma nova espécie de direito de resolução contratual, cuja eficácia depende exclusivamente da vontade do consumidor. Note-se, nesse particular, a dispensa de qualquer motivação por parte do consumidor para poder exercitá-lo.

Entretanto, a legislação consumerista impõe o preenchimento de dois requisitos para o seu exercício: o primeiro refere-se a um prazo de natureza decadencial que é de 7 (sete) dias. Este prazo é chamado de *prazo para reflexão*, e possui natureza decadencial. Outro ponto a ser observado sobre o direito de arrependimento, nos termos do artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, é a limitação que o legislador impôs para o seu exercício.

Definir o âmbito da natureza jurídica e os reflexos deste no direito de arrependimento instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, segundo Marques (2011), exige um longo caminho a ser percorrido, pois segundo a regra contida no parágrafo único do artigo 49, do referido *Codex*, uma vez exercitado o direito de arrependimento pelo consumidor deverá o fornecedor devolver os valores recebidos, monetariamente atualizados.

Assim, desconstituído o vínculo contratual pela manifestação de vontade do consumidor, no prazo de 7 (sete) dias assinados da lei, não deverá haver o enriquecimento ilícito do fornecedor, em virtude de sua prática agressiva de venda. Contudo, percebe-se que não há menção expressa na lei, sobre o destino que se dará ao produto eventualmente entregue ao consumidor. Segundo Marques (2011), com fundamento no princípio da interdependência das prestações, será o produto devolvido ao fornecedor.

Entretanto, resta uma dúvida a respeito da situação quando ocorre dano ao produto. Nessa hipótese, abre-se campo fértil para discutirem-se várias questões envolvendo a verificação da ocorrência de culpa, ou não, na conduta do consumidor. Mas, e no caso de o produto ter desaparecido, sem culpa do consumidor? Ou, se já

foi usado pelo consumidor, pode ainda assim, o direito de arrependimento ser exercido?

Para responder a esses questionamentos, tem-se que esclarecer qual é a relação jurídica existente pelo consumidor durante o prazo de reflexão de 7 (sete) dias. Diferente do que ocorre no direito francês o consumidor não é mero possuidor, nem, tampouco, depositário do bem. Na sistemática brasileira o consumidor, com o recebimento do produto, torna-se proprietário do mesmo, pois a tradição transferiu o domínio. Assim, por um dever anexo da boa fé objetiva, caso o consumidor queira exercer o direito de arrependimento, deverá tomar toda a cautela, no sentido da conservação do bem, impedindo qualquer tipo de desvalorização. Não deve, portanto, usar o produto.

Contudo, se o consumidor causar qualquer dano ao produto ou, simplesmente, usar o produto, ainda assim, pode usar do seu direito de arrependimento desde que proceda ao ressarcimento correspondente ao fornecedor, tudo com base no princípio que veda o enriquecimento sem causa⁶³.

Ainda quanto à natureza jurídica do direito de arrependimento alguns doutrinadores o compreendem como condição suspensiva tácita. Assim, o contrato teria sua eficácia suspensa durante o prazo descrito na norma para o exercício do direito de arrependimento, ou seja, 7 (sete) dias. Desse modo, o fornecedor somente poderia exigir o pagamento findo o prazo e não ocorrido o evento futuro e incerto da desistência do consumidor. Contudo, após análise do parágrafo único do artigo 49⁶⁴, verifica-se que a natureza do direito de arrependimento não pode ser o de condição suspensiva do contrato porque o mesmo já está surtindo efeitos. Tanto é assim, que a regra faz menção à devolução do que já tiver sido pago.

⁶³ Analisando a possibilidade do exercício do direito de arrependimento do consumidor após o uso do produto, eis o vaticínio de Marques (2011, p. 874): “Se ele pretende fazer uso do seu direito de arrependimento, no prazo de sete dias, deverá cuidar para que o bem não pereça e não sofra qualquer tipo de desvalorização, devendo evitar usá-lo ou danificá-lo (abrir o pacote, experimentar o shampoo, manusear e sujar a enciclopédia etc). Se o fizer, segundo nos parece, poderá até desistir do vínculo obrigacional, liberando-se das obrigações assumidas (por exemplo, o pagamento da segunda prestação, o recebimento mensal dos fascículos da enciclopédia etc). mas, como não poderá mais devolver o produto nas condições em que o recebeu (volta ao statu quo ante), terá de ressarcir o fornecedor pela perda do produto ou pela desvalorização que o uso causou, tudo com base no princípio do enriquecimento ilícito).”

⁶⁴ Diz o parágrafo único do artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor: “Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados”.

Passe-se, então para a segunda possibilidade discutida em sede doutrinária sobre a natureza do direito de arrependimento que seria de condição resolutiva tácita ou legal, em virtude da natureza especial da venda. O contrato, então, estaria perfeito e terminado dispensando-se qualquer confirmação. Contudo se acontecer o evento futuro e incerto, consistente na desistência do contrato, considera-se extinto seus efeitos. No entanto, registre-se que o que vem sendo mais aceito pela doutrina, em razão da própria redação do dispositivo é aquela que entende o direito de arrependimento como sendo uma nova causa de resolução do contrato (MARQUES, 2011).

A princípio, poder-se-ia pensar que o exercício deste direito estaria subordinado apenas à vontade do consumidor. Entretanto, não é bem assim, pois a norma legal impõe uma série de requisitos para viabilizar sua incidência. Verifica-se, pois, a existência de uma série de condições ou de circunstâncias exigidas para viabilizar o exercício do direito de arrependimento. Passa-se, a seguir, a análise de cada uma delas.

O primeiro pressuposto exigido pelo legislador é a observância do prazo decadencial de 7 (sete) dias a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço. Trata-se, na visão de Miragem (2013), do direito de desistência do contrato, e, portanto, o prazo acima, segundo o autor é de natureza decadencial. Poder-se-ia enquadrá-lo ainda na categoria de um *direito potestativo*⁶⁵, uma vez que, o direito de desistir não está condicionado a qualquer satisfação de condições, quanto à existência de vícios ou de erro no que se refere à qualidade do produto ou do serviço, dispensando-se a motivação ou a justificativa diante do fornecedor. Assim, é suficiente a decisão do consumidor. Conforme sugere Miragem (2013, p. 366) a ausência de motivação justifica-se como forma de proteção ao consumidor diante da possibilidade do fornecedor de dificultar o exercício deste direito, mediante a impugnação dos motivos ou razões por ele (consumidor) alegados. Por esta razão é que se acredita ter o legislador imposto um limite temporal ao exercício desse direito, qual seja, o prazo de 7 (sete) dias contatos da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço.

⁶⁵ De acordo com De Plácido e Silva (1963, p. 542) *direito potestativo* “é designação dada à *faculdade jurídica*, em virtude da qual a pessoa se investe do *poder* de adquirir direitos, alienar direitos, ou exercer sobre seus direitos toda ação de uso, fruição, alienação ou proteção, que lhe é assegurada pela lei.”

Sobre a limitação temporal imposta na codificação pátria oportuno parece esclarecer que, analisando comparativamente o direito de arrependimento na Europa, constata-se que, recentemente, através da Diretiva 2011/83/UE, a comunidade européia alterou esse prazo que passa a ser de 14 (quatorze) dias, bem como, ressaltou-se, no direito europeu, a necessidade imposta ao fornecedor de informar sobre a existência do seu direito de arrependimento⁶⁶.

Atente-se para o fato de que a desistência do contrato faz presumir que o contrato foi celebrado e que, posteriormente, no momento do exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, será o contrato devidamente desconstituído. Com isso a regra fundamental, nesses casos, é que as partes voltem ao *stato quo ante* ao do início da negociação.

Note-se, que o primeiro pressuposto básico apresentado pela lei a fim de tornar possível o exercício desse direito é a compra ter ocorrido fora do estabelecimento comercial. Ou seja, a contratação tem de ter sido efetuada à distância e como exemplo, o legislador se utiliza de situações nas quais a contratação se realiza por telefone ou em domicílio.

3.2 DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Neste tópico passa-se a uma breve análise a respeito do direito de arrependimento na legislação estrangeira. Na lei francesa, especificamente a Lei n.º 72 -1137, de 22 de dezembro de 1972, atualmente reproduzido nos artigos 121-18 e 125-23 do *Code de la Consommation*, existe a exigência da identificação do fornecedor sob pena de nulidade do contrato. A ideia é que sem a identificação do fornecedor não se pode exercitar o direito de arrependimento (MARQUES, 2011, p. 874).

Por outro lado, na lei alemã há regras sobre o direito de arrependimento. Desde 1986, instituía-se o dever no § 2º da referida lei, de o fornecedor entregar ou enviar o formulário padrão no qual informava ao consumidor de que ele possuía esse direito de arrependimento e que, para o exercício deste direito, era suficiente o

⁶⁶ O Direito europeu fez alterações quanto aos contratos à distância e em domicílio. A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza os regimes de arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. (MARQUES, 2004).

preenchimento do referido formulário, enviando-o pelo correio nos 30 (trinta) dias subseqüentes à venda, regra esta que também existe de forma semelhante no artigo 121-24 do *Code de la Consummation* francês.

Na atualidade, o § 355, do BGB-Reformado também exige a facilitação no exercício do direito de arrependimento do consumidor e regula, de forma pormenorizada, a informação que deve ser dada ao consumidor, além, de igualmente, aumentar o prazo no qual o direito de arrependimento pode ser exercitado, de duas semanas a seis meses, no caso de a informação não houver sido prestada nos termos impostos pelo Código Civil alemão Reformado

Fazendo um parâmetro das leis estrangeiras com a legislação brasileira sobre o direito do consumidor, outrossim, se tem regra sobre o dever geral de informação, com menção, inclusive, a respeito da origem do produto na sua própria embalagem. A regra sobre informação consta do artigo 33⁶⁷, do Código brasileiro de Defesa do Consumidor. Nota-se, a partir da referência expressa que a venda por telefone ou reembolso postal que o dispositivo acima referido guarda relação direta com o direito de arrependimento, nos termos postos no artigo 49 do mencionado *Codex*. Sabe-se que a falha na informação constitui vício, nos termos do artigo 18⁶⁸ do referido

⁶⁷ Artigo 33, do CDC brasileiro afirma que: “Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial”.

⁶⁸ Artigo 18, do CDC afirma que: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o

diploma estendendo-se, inclusive, uma responsabilidade a toda cadeia de fornecedores. Porém, diga-se que Marques (2011) sugere que em razão do artigo 49 estar posicionado na seção que trata dos contratos, aplicando-se uma interpretação sistemática, conclui-se que, na hipótese de vício decorrente de falha na informação, a responsabilidade fica restrita ao fornecedor efetivo. Por essa razão, segundo a autora, referindo-se ao fornecedor, “se este não é identificável, torna-se inócuo o direito de arrependimento” (MARQUES, 2011, p. 875).

Ainda, nessa seara em que se discute o direito de arrependimento na legislação estrangeira comparando com a brasileira, cite-se um problema encontrado pela lei francesa no que diz respeito ao exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. A lei francesa no seu artigo 121-25 do *Code de la Consommation* exige que a carta de renúncia⁶⁹ seja *recomendée* (tipo uma carta com AR no Brasil). Por sua vez, a legislação alemã (1986) considerava que o formulário padrão de *desistência* poderia ser enviado por carta normal, para contagem do prazo de um mês, e assim seria computado o prazo a partir da data em que a carta fora postada. Na atualidade, essa regra foi incorporada no § 357 do BGB. Traçando-se um paralelo com a sistemática brasileira, registre-se que no Brasil não se exige a carta registrada para que o consumidor exerça o direito de arrependimento.

3.3 APLICAÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO AOS CONTRATOS DE CONSUMO POR MEIO ELETRÔNICO

Com o intuito de esclarecer o debate que concerne à problemática desta dissertação, qual seja, a referente à proposta de extensão do direito de arrependimento às compras presenciais, urge à necessidade de se analisar as vendas ocorridas por meios instrumentais, precipuamente os eletrônicos, desde as correspondências entregues pelo serviço de correios, passando ao telemarketing, até a contratação eletrônica, seja por *e-mail* ou por celular, a fim de examinar como

fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.”

⁶⁹ Direito de renúncia é o nome dado ao direito de arrependimento na França.

vem sendo aplicado o direito de arrependimento nas relações contratuais de consumo havidas *fora do estabelecimento comercial*. Nesse sentido, interessante ressaltar o pensamento de Ricardo Luís Lorenzetti (2004, p. 833) que assim sugere:

O surgimento da era digital tem suscitado a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, à liberdade e observa-se que muitos enfoques não apresentam a sofisticação teórica que semelhantes problemas requerem, esterilizam-se obnubilados pela retórica, pela ideologia e pela ingenuidade.

Pode-se sugerir que, na atualidade, como decorrência da globalização⁷⁰, o principal meio de contrato realizado fora do estabelecimento comercial, nos termos impostos pelo artigo 49 do referido *Codex* para autorizar a incidência do direito de arrependimento, concretiza-se por meio da Internet⁷¹. Trata-se de mais um dos efeitos da sociedade da pós-modernidade⁷², cuja marca, entre outras tantas, constitui a despersonalização⁷³ das relações contratuais.

Em razão do avanço da tecnologia e do crescimento do comércio eletrônico das últimas décadas tomar-se-á essa modalidade de contrato para empreender-se um estudo detalhado sobre o direito de arrependimento à luz do Código de Defesa do Consumidor. Toma-se, dessa forma, o meio eletrônico como base para o estudo desse direito.

Inicialmente, entende-se prudente conceituar contrato eletrônico, para que não pare nenhuma dúvida em relação a determinadas características que são próprias desse meio. Segundo Semy Glanz (2002) o contrato eletrônico é o celebrado através de programas de computador ou, também, por intermédio de aparelhos com tais programas, dispensando a assinatura ou exigindo-se assinatura

⁷⁰ Cf. nota de rodapé n.º 52 do Capítulo II desta dissertação.

⁷¹ Cf. nota de rodapé n.º 48 do Capítulo II desta dissertação.

⁷² Acrescente-se que o conceito sobre pós-modernidade, segundo, Newton Lucca (apud MARQUES, 2004, p. 11) “parece irritar aos que, fatigados pela ardente perscrutação na qual se consumiram, repelem vigorosamente tudo aquilo que não se enquadre no complexo normativo de seu conhecimento [...]”.

⁷³ De acordo com Marques (2004) tem ocorrido uma *desumanização* do contrato, uma vez que se coloca em um patamar mais elevado quanto à impessoalidade das técnicas de contratação em massa. Isto ocorre, precipuamente, nos contratos eletrônicos. É como se os contratos não tivessem “sujeitos”, isto é, “são contratos à distância sem a presença física simultânea no mesmo local dos dois contratantes” (MARQUES, 2004, p. 66).

codificada ou por senha. Por seu turno, acerca de comércio eletrônico, sugere Marques (2004, p. 35), em uma comparação com a contratação tradicional, o seguinte:

É o comércio 'clássico' de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagens de texto etc.), por Internet (on line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.). Estes negócios jurídicos por meio eletrônico, sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, por essa razão, são denominados contratos à distância.

Registre-se, também, que por esses meios eletrônicos e de comunicação massificados, comuns na sociedade de informação, são realizados inúmeros contratos e outros negócios jurídicos que se concretizam mediante variadas atividades prévias, como envio de *e-mails*, publicidade, organização de sites e links executadas, igualmente, no meio digital.

Ora, pode-se, a partir daí, dizer que na sociedade de tecnologia⁷⁴, as pessoas estão constantemente conectadas umas as outras. São convites para conhecer a coleção da estação, ou a televisão de alta definição que chega ao mercado, e cujas características e aplicativos não se conhecem apenas com uma vistoria presencial da mercadoria. Entende-se, com essa nova faceta da sociedade, que a agressividade, que por ventura pode ocorrer na compra feita fora do estabelecimento comercial e que já vem sendo reconhecida nas compras de *time-sharing* (tipo de contrato que será debatido mais adiante), deverão ser estendidas, também, para outras modalidades de contrato de consumo, sem estar limitada às compras feitas fora do estabelecimento comercial.

Diga-se, ainda, que o exercício do direito de arrependimento não constitui elemento de insegurança jurídica. Posto que, apenas considerar-se-ia finalizada a contratação após o término do prazo de reflexão. Ou seja, somente após o lapso

⁷⁴ Segundo Antônio Carlos Efig e Cinthia Obladen de Almendra Freitas (2008, p.117) “a interferência da tecnologia na sociedade moderna é uma realidade concreta. Rotinas que anteriormente tinham a interferência humana, agora são realizadas por meio da chamada *inteligência artificial*, como dito anteriormente são as máquinas programadas pelos homens para decidir sem a sua presença ou interferência. Em tudo temos a presença de sistemas informatizados, um mundo novo e sem fronteiras ou soberania, é revelado pela internet.”

temporal de 7 (sete) dias a contar da contratação do serviço ou do recebimento do produto.

3.4 DEBATE SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO ÀS COMPRAS PRESENCIAIS

Entende-se que o direito de arrependimento é consequência direta do princípio da boa-fé objetiva, conforme foi preconizado no Capítulo II desta dissertação. No Código de Defesa do Consumidor a boa fé objetiva aparece em duas fases distintas do contrato de consumo. Na fase pré-contratual⁷⁵ e na fase da execução do contrato, também, chamada por alguns doutrinadores de fase pós-contratual. Na fase pré-contratual a boa fé objetiva é traduzida em dois artigos distintos: o artigo 36⁷⁶ e o artigo 37⁷⁷, ambos do Código de Defesa do Consumidor que tratam da propaganda, de maneira que o descumprimento das regras ali descritas configura quebra da boa fé objetiva na fase pré-contratual e autoriza a resolução do contrato⁷⁸. Em outro momento, já na execução do contrato tem-se a boa-fé objetiva concretizada no direito de arrependimento inscrito no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor

Contudo, ao interpretar-se o dispositivo é preciso ter em foco a razão que a *ratio* da norma. Ou seja, verificar o que motivou o legislador na redação do comando normativo. Com esse objetivo, visite-se o momento histórico-social em que a mesma foi redigida. Estava-se na década de noventa e todo corpo normativo do

⁷⁵ Fase pré-contratual também se denomina de negociações preliminares. É um período de maturação do negócio que as partes pretendem realizar, podendo culminar na efetivação ou não do contrato. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 515) “essas tratativas ocorrem na presença ou na ausência das partes, como veremos, bem como por meio de representantes ou nuncios. As pessoas jurídicas fazem-se representar por seus órgãos, nem sempre aqueles que celebrarão o negócio.”

⁷⁶ “Artigo 36, do Código de Defesa do Consumidor: A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal; parágrafo único: o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

⁷⁷ Artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor: “É proibida toda publicidade enganosa e abusiva.”

⁷⁸ “No regime dos contratos de consumo, ao lados das estipulações contratuais expressas nascidas do consentimento entre consumidor e fornecedor, há de se observar também todas as disposições legais estabelecidas pelo CDC, em vistas desses contratos, como, por exemplo, as regras sobre vícios, oferta, publicidade informação e cláusulas abusivas. A boa-fé neste sentido, não é somente um cânone de interpretação. O intérprete ao mesmo em que realiza a identificação do significado das disposições contratuais, promove a concreção da cláusula geral da boa-fé, reconhecendo direitos e deveres implícitos no contrato em exame” (MIRAGEM, 2013, p. 363).

ordenamento jurídico brasileiro buscava uma harmonização com os novos objetivos e fundamentos inaugurados com a nova ordem constitucional de 1988. Voltava-se uma atenção especial para garantir a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões. Todas as normas infra-constitucionais deveriam seguir seus cursos na direção daquele macroprincípio, base do Estado Democrático de Direito. Nesse ambiente, inaugura-se uma nova sistemática normativa denominada microssistema, como, exemplo cite-se o CDC, microssistema direcionado para a proteção do consumidor, reconhecido na sua condição de vulnerável e hipossuficiente que reclamava uma atenção especial em sua condição de *homo-economicus*.

Como já se frisou no capítulo anterior abria-se um novo tempo para o contrato, com a inserção de novos princípios sociais que acarretariam uma nova base axiológica no universo dos contratos. O ponto central ou nervoso da relação contratual não era mais a imutabilidade da vontade individual, refletida no *pacta sunt servanda* absoluto, mas sim, a preservação da justiça social, que deveria ser assegurada, também, no exercício da autonomia privada dos contratantes.

Dessa sorte, pode-se afirmar que o artigo 49, acima transcrito, trata de uma norma de proteção à manifestação de vontade do consumidor que poderá ser alterada após reflexão. Ou seja, quando o consumidor agir de modo irrefletido em razão de um fator, no caso da norma, compreende-se esse “fator” como sendo a compra feita de modo não presencial, consubstanciado na expressão: “sempre que a contratação do serviço ou produto ocorrer fora do estabelecimento comercial”, poderá voltar atrás, desde que, observado o prazo de sete dias, resolvendo o contrato firmado⁷⁹.

Note-se que se trata de uma proteção da vontade do consumidor, relativizando a força vinculante de sua manifestação. Observe-se que não se trata da possibilidade de anular o negócio jurídico em razão de possível vício de consentimento⁸⁰ presente na sua declaração de vontade. Ressalte-se, também, que

⁷⁹ Sobre a intenção do legislador, registre-se a opinião de Miragem (2013, p. 364): “a *ratio* da norma é a proteção do consumidor com relação às técnicas de pressão dos fornecedores para a realização do contrato de consumo, de modo que mesmo a interpretação do que seja ‘fora do estabelecimento comercial’ deve ser alargada, buscando assegurar o direito de arrependimento em situações nas quais, mesmo sendo a contratação realizada dentro de um estabelecimento comercial, o modo de contratação indica estratégia do fornecedor, visando a descaracterização dessa circunstância”.

⁸⁰ Segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 445-477) um dos elementos básicos de qualquer negócio jurídico é a manifestação de vontade, devendo tal manifestação ser livre e de boa-fé, uma vez que caso isto não ocorra a penalidade será a invalidade do negócio jurídico celebrado pelas partes. O consentimento, portanto, é a concordância das partes contratantes par a realização do negócio

o legislador se refere a uma vontade manifestada por agente capaz, de forma livre e consciente satisfazendo os pressupostos de validade exigidos no artigo 104 do Código Civil, pois se assim não fosse haveria menção expressa a um desses defeitos.

Frise-se, ainda, que o legislador não impôs nenhuma condição de ordem objetiva, (que atinja a qualidade do produto ou do serviço contratado) como, por exemplo, a existência de defeito ou vício no produto ou na prestação do serviço contratado; nem, tampouco, de ordem subjetiva (como por exemplo a incidência de algum vício de consentimento) para o exercício do direito de arrependimento. Verifique-se, desse modo, que inexistiu imposição para o consumidor no sentido de ter de demonstrar motivação para o exercício desse direito. Por isso, Marques (2004) se refere ao mesmo chamando-o de *direito de arrependimento sem causa*.

Contudo, não se pode afirmar tratar-se de um direito potestativo, livre de qualquer pressuposto ou requisito, pois, da forma que consta no artigo 49, do CDC, o direito de arrependimento somente é cabível para as contratações realizadas fora do estabelecimento comercial, especialmente, “por telefone ou a domicílio”.

Mas afinal, sem querer promover uma incursão em um mundo de quimeras ou adivinhações, propõe-se uma reflexão sobre qual foi a motivação do legislador quando idealizou e redigiu essa norma? Ou, em outras palavras, qual foi a *mens legis* neste dispositivo?

Porque se acredita que a interpretação do que seja “fora do estabelecimento comercial” deve ser alargada, buscando assegurar a aplicação desse instituto de tutela do consumidor, em situações, nas quais, mesmo sendo a contratação feita dentro do estabelecimento comercial constata-se uma forte pressão psicológica no consumidor. Destarte, defende-se que o direito de arrependimento pode ter sua aplicabilidade estendida aos contratos efetuados entre presentes, tendo em vista as transformações que a sociedade de consumo vem sofrendo desde a promulgação

jurídico almejado. Entretanto, pode acontecer de existir a vontade, mas esta não corresponda com aquela exteriorizada pelo agente. Neste caso, estrar-se-á diante de vício do consentimento, que podem ser denominados de erro (noção inexata sobre objeto, pessoa ou coisa), dolo (induzimento de alguém em erro, prejudicando-lhe, utilizando de artifícios a fim de aproveitar o autor do dolo ou terceiro), coação (pressão que se exerce sobre a própria pessoa com a qual se deseja contratar, ou seus bens ou pessoas próximas à parte com quem se quer contratar, a fim de obrigá-la a realizar negócio jurídico), lesão (um dos contratantes se encontra em posição de inferioridade devido à desproporção na prestação no momento em que conclui o negócio jurídico) e estado de perigo (quando alguém, diante de situação de premente necessidade, realiza negócio jurídico para evitar danos maiores).

do Código de Defesa do Consumidor. É nesse ponto que consiste a problemática deste trabalho, uma vez que em sede dos princípios já debatidos como o da boa-fé objetiva, o da função social e o da equivalência contratual, é possível a aplicabilidade do direito de arrependimento sem comprometer a segurança jurídica existente nas relações de consumo.

Para enveredar em uma possível resposta, urge a compreensão do que vem a ser uma contratação *fora do estabelecimento comercial*. A expressão destacada é clara para demonstrar que o exercício do direito de arrependimento, nos termos previstos na legislação de consumo brasileira, restringe-se apenas às compras ou contratações realizadas fora do estabelecimento comercial.

Sobre esse ponto, considerável parte da doutrina especializada em direito do consumidor, ao analisar a regra que o artigo 49 encerra, conclui que a mesma foi criada para proteger o consumidor das “técnicas agressivas” de vendas em domicílio⁸¹. Nesse sentido, sugerem Isabelle Lamberterie e Catherine Wallaert (1982) que se trata de uma proteção ao consumidor que nessas situações (quando a contratação ocorre fora do estabelecimento comercial) experimentam um aumento na sua condição de vulnerabilidade. Ocorre que, atualmente, em virtude da cultura do consumo⁸², percebe-se que essa agressividade, antes vista apenas nessa modalidade de contratação, se espalha nas técnicas de vendas em todas as relações de consumo, inclusive, nas presenciais.

⁸¹ Segundo Lamberterie (1982, p. 717) a venda em domicílio apresenta um caráter particularmente agressivo, porque o consumidor sozinho com o vendedor é extremamente vulnerável e não tem meios de prova das eventuais manobras fraudulentas do vendedor.

⁸² Sugere Anna Taddei Pereira (2013, p. 50) que, “conforme propõe Grant McCracken (2003), com fundamento em Neil McKendrick, reconhece-se que a transformação do Ocidente incluiu tanto a Revolução Industrial quanto a revolução do consumo. A comunidade histórica examina a questão da revolução do consumo enquanto representante da transformação nos gostos, hábitos e preferência no consumo, sendo esta uma característica da mudança cultural da modernidade. Sugere o autor que 'a revolução consumo é encarada agora como tendo modificado os conceitos ocidentais de tempo, espaço, sociedade, indivíduo, família e estado' (McCRACKEN, 2003, p.23)”. Taddei Pereira (2013, p.51) continua propondo que, de acordo com sugestão de Lívia Barbosa (2004, p.9-10) é importante “diferenciar os termos sociedade de consumo e cultura do consumo: a sociedade pode ser de mercado, ressaltando que existem algumas sociedades cuja atividade de consumo não é utilizada como a forma principal de reprodução, tampouco de diferenciação social, uma vez que variáveis como sexo, idade, grupo, entre outras, são os fatores relevantes sobre o que se consome. Enquanto que nas sociedades em que se verifica a cultura do consumo existe uma relação íntima entre consumo e outras esferas sociais, sendo o consumo considerado como elemento central na reprodução e distinção sociais.”

Note-se que o consumidor brasileiro apesar da recomendação existente no artigo 4º⁸³ do Código de Defesa do Consumidor, que dá as diretrizes de uma Política Nacional das Relações de consumo, voltada, entre outras atuações, para a concretização da educação do consumidor, não se implementou de modo satisfatório na sociedade de hoje.

Também, seguindo essa mesma linha de pensamento, Marques reforça a ideia de que o direito de arrependimento, instituído no artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, traz um regime especial a que deverão estar submetidos aqueles consumidores que contratam de forma não presencial, ou seja, por telefone, ou por malote postal, ou por outros meios inclusive os contratos realizados via *Internet*. Entretanto, ainda assim entende-se viável propor que haja, no futuro, a aplicabilidade do direito de arrependimento nas compras presenciais.

Observe-se que existe na atualidade um panorama muito distinto do que ocorria na década de noventa, quando foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor. Nessa época o legislador almejava contemplar com essa proteção especial os consumidores que se sujeitavam às chamadas vendas de porta em porta que foram pioneiras na modalidade vendas fora do estabelecimento comercial. A venda de porta em porta (*door-to-door*) ou venda em domicílio (*vente à domicile*) é uma técnica comercial de vendas fora do estabelecimento comercial, amplamente difundida nas sociedades de consumo, pelas benesses que trazem ao fornecedor (investimento reduzido, ausência de vínculo empregatício com os vendedores, baixos riscos de reclamação ou devolução do produto), mas que coloca o consumidor em evidente situação de vulnerabilidade (pouco tempo para decidir, impossibilidade de comprar o produto com outros fornecedores, dependência total das informações prestadas pelo vendedor ou pelo catálogo etc.) (MARQUES, 2011, p. 867).

Assim, nos dias de hoje, pode-se, falar no direito de arrependimento “sem causa”⁸⁴ (isto é, sem a necessidade de expor as razões para o exercício desse direito), em modalidades não imaginadas na época da elaboração da lei de proteção para o consumidor. Daí o entendimento da extensão desse direito para as compras presenciais. Veja-se, por exemplo, as vendas chamadas “emocionais” ou contratos

⁸³ Cf. os itens 1.4 e 1.5 do Capítulo I desta dissertação.

⁸⁴ A expressão direito de arrependimento “sem causa” do consumidor foi retirada de Cláudia Lima Marques (2011, p. 866).

de *time-sharing* ou, ainda, contrato de multipropriedade⁸⁵. Nessa modalidade de relação contratual a jurisprudência brasileira já vem permitindo a aplicação do direito de arrependimento nas compras presenciais como se se tratasse de compra realizada fora do estabelecimento comercial.

Para fundamentar suas decisões os julgadores sustentam que o consumidor é impulsionado a comparecer ao estabelecimento comercial por intermédio de convites ou telefonemas pelo fornecedor ou representante. Assim, em um ambiente especialmente organizado com festas ou sorteios, por exemplo, tudo eventualmente planejado para que a contratação se efetive. Atualmente, em razão da tecnologia as pessoas podem se conectar umas às outras através da Internet. Por essa razão a jurisprudência brasileira já vem permitindo a aplicação desse instituto em compras realizadas dentro do estabelecimento comercial. Nesse sentido, segue decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Direito do consumidor – Uso compartilhado de propriedade imobiliária – Nulidade – Devolução de Parcelas. Se o vendedor utilizou-se de técnicas de cooptação do consumidor e de vendas, que retiraram deste a possibilidade concreta de tomar conhecimento integral do negócio e de refletir sobre sua conveniência e oportunidade, máxime quando subscrita proposta em língua espanhola, de natureza adesiva, nulas são as cláusulas impeditivas do arrependimento e limitadoras da devolução integral das parcelas eventualmente adimplidas (...) não poderia obstar o direito prevalente oriundo da legislação consumerista. (TJRS, ApCiv 70001354034, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 23.11.2000).

Ressalte-se, também, que o fundamento encontrado no acórdão para se permitir a aplicação do direito de arrependimento, nesta modalidade de compra, *foi a utilização de técnicas de cooptação pelo vendedor que retirou do consumidor sua possibilidade de reflexão sobre a conveniência e oportunidade do negócio*.

Ora, se o que permitiu a aplicação do direito de arrependimento nas compras de *time-sharing* foi o entendimento de que essa venda é emocional, e, por

⁸⁵ Sobre o significado de compra *time-sharing* confira-se a doutrina de Marques (2011, p. 878) que diz: “O direito de arrependimento do artigo 49 deve ser assegurado também no caso de vendas emocionais de *time-sharing* ou multipropriedade, interpretando-se, como tem reconhecido a jurisprudência brasileira, que tais vendas ocorrem “fora” do estabelecimento comercial normal, uma vez que o consumidor é convidado (por telefonemas, com sorteios e premiações, a comparecer ao estabelecimento comercial do vendedor ou representante, especialmente organizado para tal, onde então, em uma festa, coquetel ou recepção, em que se servem mesmo bebidas alcoólicas, e num clima de sucesso, realização e prazer, é oferecido o produto através de vídeos, brincadeiras e jogos, quando o consumidor é (des)informado sobre o contrato e o assina, assim como seu pagamento, garantido com assinatura de vários boletos de cartão de crédito, tudo em clima emocional de consumo e prazer que costuma arrefecer até mesmos advogados e juízes”.

consequente, retirou do consumidor sua capacidade de reflexão sobre a oportunidade e conveniência do negócio, porque não estender tal direito para aquelas contratações irrefletidas ou feitas sob impulso?

Ainda sobre o assunto, veja-se decisão da 1ª Turma Recursal dos Juizados de Porto Alegre, que permitiu a denúncia de contrato em razão de falta de discernimento crítico do consumidor em razão de atmosfera criada na loja pela vendedora:

No mérito, não há dúvida que a captação da vontade do adquirente encontra-se viciada. O método de venda é excessivamente agressivo praticado pela ré comporta as acusações feitas na inicial de que foi vítima de pressão psicológica para aderir a um empreendimento se possibilidade de reflexão. (1ª Turma Rec. Juizados Rec. 01196885485. Proc. N. 01196611964, Rel. Juiz Wilson Carlos Rodycz, Porto Alegre, p.1).

Nessa mesma linha de raciocínio o pensamento de Marques (2011) ao sugere que se deve interpretar a norma do artigo 49 de forma aberta, incluindo-se os mais variados métodos de contratação emocional em matéria de *time-sharing* e *marketing-direto*. Ressalte-se, também, que se vem preservando para o consumidor nesses casos de *time-sharing*, um prazo para reflexão, mesmo quando o contrato é formalizado e concluído dentro dos estabelecimentos. É preciso ir além dos limites normativos para se garantir o direito fundamental da formação livre e consciente da vontade. Sobre o assunto, propõe Alberto do Amaral Júnior (1993, p. 188) que a informação correta é insuficiente para garantir a proteção do consumidor se não lhes é assegurado tempo necessário “à formação livre e esclarecida da vontade”.

Desse modo, acredita-se que se está em um momento de propor seja a lei de proteção e defesa do consumidor adaptada nesse sentido à nova realidade social brasileira, ensejando a uma atualização legislativa em sede ampliação do direito de arrependimento. Basta se constatar que essa instigação ao consumo é uma das marcas da contemporaneidade. Isto é, que a sociedade de consumo com suas características próprias e peculiares, exerce, quase que continuamente um forte impulso sobre o consumidor incentivando-o, ainda que subliminarmente, ao consumo.

Defende-se que a proteção do consumidor em matéria de direito de arrependimento, no Brasil, reclama uma atualização normativa no sentido de se estender o seu alcance para as compras presenciais, e não apenas para as compras

não presenciais como já ocorre em vários países, pois se acredita que a não ampliação do direito de arrependimento às compras presenciais é insuficiente para preservar a autonomia da vontade do consumidor. Seja em razão do forte apelo publicitário ao qual o consumidor encontra-se submetido, seja em virtude de seu possível *desejo* de aceitação em uma sociedade de consumo. Diga-se, também, como agente impelido pelo próprio desejo e significado do consumo como modo de prestígio social, incutidos na mente do consumidor pela cultura do consumo.

Desse modo, Tepedino (2006), ao analisar as vendas de multipropriedade segue no mesmo entendimento aqui defendido de extensão do direito de arrependimento às compras em geral, tanto que se deve chamar a atenção para a expressão *autonomia real da vontade do contratante mais fraco*, utilizada pelo autor quando examina as vendas de multipropriedade, explicando essa expressão como sendo aquela vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda.

Proliferam-se as questões que põem em xeque as hipóteses de cabimento do direito de arrependimento, da forma como vem previsto no artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor. A decisão irrefletida, não preparada ou emocional, do consumidor pode guardar íntima conexão com uma série de fenômenos sócio-culturais verificados nos dias de hoje.

Desta sorte, entende-se que negar a extensão do alcance do direito de arrependimento às compras presenciais é estar na contramão da atual ordem constitucional, no que concerne à defesa do consumidor e preservação da sua dignidade como pessoa humana. Um dos fundamentos para essa possibilidade aqui defendida é a questão do superendividamento sob a perspectiva de uma compra irrefletida, Marques (2011, p. 879) chama nossa atenção para essa questão, além da insolvência do consumidor, abusos contratuais do fornecedor, gerando frustração das expectativas legítimas.

Observa-se que os elementos tempo e informação são importantes instrumentos para proteger a vontade do consumidor. Preservar-lhe a autonomia e liberdade no exercício refletido e consciente de sua manifestação volitiva é o grande desafio do direito de consumidor na atualidade. Percebe-se, que, apesar da restrição contida no artigo 49 do CDC a jurisprudência tem estendido sua aplicação em compras emocionais. Sobre o assunto, cite-se o seguinte julgado.

Contrato particular de promessa de compra e venda de fração ideal de 1/52 de unidade a ser construída em condomínio – Utilização por períodos anuais – Tempo compartilhado – Cláusulas abusivas – Decretação de nulidade de ofício – Direito de arrependimento – CDC, art. 49 – Desconhecimento das cláusulas relativas ao uso do imóvel. 1. O juiz pode decretar de ofício a nulidade de cláusulas abusivas estipuladas em contratos abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Hipótese em que houve pedido expresso dos autores. 2. Para o efeito o exercício do direito de arrependimento previsto no artigo 49 do CDC, equipara-se a contratação realizada fora do estabelecimento comercial àquela em que o consumidor, comparecendo em local indicado pelo fornecedor, em razão de pressão psicológica que o coloca em situação desvantajosa que o impede de refletir e manifestar livremente sua vontade. Hipótese em que o consumidor, atendendo a convite por telefone, assiste à apresentação do empreendimento mediante explanações e exibição de vídeo durante aproximadamente três horas, sendo obsequiado com coquetel, assina contrato que somente lá pode ser examinado. 3. Não obriga o consumidor o contrato celebrado, em que as cláusulas relativas ao uso do imóvel adquirido pelo sistema de tempo compartilhado constam de regulamento que somente lhe foi entregue depois da assinatura do contrato. Recurso desprovido. (TARS, 9ª Câmara Cível, ApCiv. 196.115.299, rel. Juíza Maria Izabel de Azevedo Souza, j.10.09.1996 – acórdão publicado na íntegra na RDC 22, p. 239-243).

Mais uma vez, verifica-se a preocupação de se viabilizar para o consumidor um prazo para reflexão quando o negócio é realizado sob o impacto da emoção. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reafirmando sua posição de vanguarda em sede de adequação da norma à realidade que se apresenta, vem reiterando os julgados no sentido de garantir o uso do direito de arrependimento, e da relativização do *pacta sunt servanda*, previstos nos artigos 49 e 46, respectivamente do Código de Defesa do Consumidor, quando detecta o uso de método agressivo e emocional por parte do fornecedor ou vendedor. Nesse sentido, veja-se:

Contrato de compra e venda a título de uso de instalações hoteleiras (time-sharing) – Método abusivo de venda – Descumprimento do dever de informar – Nulidade do contrato- Litigância de má fé inexistente. É nulo contrato resultante de método agressivo de venda, pelo qual o consumidor é atraído a um local preparado e submetido a pressão psicológica para assiná-lo, sem que possa se inteirar do alcance de suas cláusulas. A litigância de má fé diz respeito a má fé processual, não à utilizada quando da contratação. (TJRS, ApCiv. 5970958227, rel. Des. Antônio Guilherme Tanger Jardim, j. 26.06.1997).

Atente-se para o fato de que mesmo sendo da década de noventa a jurisprudência gaúcha já caminhava para preservar o direito de arrependimento do consumidor premido por uma pressão psicológica. Se naquela época, somente se vislumbrava essa pressão nas compras de *time-sharing*, hoje essa pressão é

exercida, muitas vezes, pelo desejo de inclusão e prestígio social⁸⁶ que se espraiam pelas mais vastas formas de contratos de consumo. Cite-se por exemplo os

⁸⁶ Sugere Anna Taddei Pereira (2013, p. 64-65) que “para se compreender melhor a teoria bourdieuniana importa em esclarecer que o método de Bourdieu consiste em delimitar o campo e uma estrutura social que se constitui de vários campos. Nem sempre um agente dominante em um campo o será em outro. Cada campo é constituído por uma lógica própria e o mesmo é mantido segundo o interesse específico e o investimento de seus agentes. Estes são dotados de um mesmo *habitus*. Por isso, o campo com suas disputas e lutas internas estrutura o *habitus* dos agentes e o *habitus* dos agentes constitui o campo (THIRY-CHERQUES, 2006). É importante delimitar o campo, uma vez que se tem de conhecer suas estruturas enquanto determinantes das relações internas desse campo (estruturas estruturantes) e suas estruturas enquanto determinadas por tais relações internas (estruturas estruturadas). Em suma, na estrutura na qual se inserem, os agentes disputam e concorrem entre si, de modo não-consciente, através da posição social que ocupam e com base nas disposições que possuem – *habitus* – a fim de legitimar seus gostos e seu estilo de vida. A classe de agentes ou grupos de agentes que consegue impor seu discurso de dominação e de práticas específicas às demais classes ou grupos é o dominante. E é no campo que tais relações objetivas ocorrem. Com a delimitação do campo passa-se à construção da proposição teórica a ser testada na prática. Aplicada a proposição teórica na prática busca-se identificar o *habitus* dos agentes do referido campo. Assim sendo, a proposição teórica tem de levar a romper com o já conhecido, com o generalizado. Perceber o 'não notado'. E também precisa-se deixar claro que o exame da estrutura social e a investigação empírica ocorrem ao mesmo tempo, dando oportunidade de, dinamicamente, retificar os conceitos experimentados na prática. Isso significa que, lançada uma proposição teórica pode-se perceber outra realidade não cogitada, o que levaria a construir uma nova proposição. Bourdieu (2001) sugere que, antes de mais nada, devemos nos indagar até que ponto as partes (classes ou grupos de status) que constituem uma sociedade estratificada formam uma estrutura, ou seja, se essas partes mantêm entre si outras relações além da de justaposição e se manifestam propriedades que resultam da dependência relativa a esse todo. Ou seja, tem-se que verificar a posição que tais grupos possuem no sistema completo das relações, cuja posição é que determina o sentido de cada relação em particular. Se cada campo tem como característica ser integrado por agente dotados por um mesmo *habitus*, isso significa que compartilham de uma mesma lógica, a lógica daquele campo. Porém, nesse campo sempre haverá aquele grupo que imporá os modelos e as regras de comportamentos aos agentes de seu próprio grupo e aos demais, e todos irão reproduzir tais modelos e atender às regras sem questionar conscientemente, porque os modelos e as regras foram incorporados no *habitus* dos agentes e esse mesmo *habitus* termina por constituir o campo. Então significa que tudo é fixo no campo? Não, porque os agentes apesar de reproduzirem os modelos e as regras de comportamento estão em constante luta pelo poder no interior do campo, querem o monopólio da autoridade e fazem essa luta acontecer através da distribuição e apropriação do que o teórico denomina de capital. Exemplificativamente, se o grupo A quer manter-se na posição que ocupa - uma vez que sua posição não se define apenas pela sua renda e sim sobre as propriedades que detém - necessita de recursos que determinem e reproduzam essa posição ocupada (diga-se que seja uma posição de dominação em relação ao grupo B). Os recursos utilizados nessa estratégia de se manter no poder é o capital. Todo campo possui um capital específico e o conflito no campo se instaura porque alguns agentes monopolizam o capital, dominando os demais agentes. É a denominada a violência simbólica. Nesse sentido, “a dominação não é efeito direto de uma luta aberta, do tipo “classe dominante” versus “classe dominada”, mas o resultado de um conjunto complexo de ações inconscientes, de cada um dos agentes e cada uma das instituições dominantes sobre todas as demais” (BOURDIEU apud THIRY-CHERQUES, 2006, p. 38). O discurso do grupo dominante reproduz o *habitus*. Porque há uma legitimação da violência não-evidente. O capital consiste no recurso à determinação e reprodução da posição social dos agentes que assim podem manter ou transformar a posição relativa na estrutura social. O teórico considera como capital o capital econômico (conjunto de bens e riqueza material, trabalho, patrimônio), capital cultural (conhecimentos adquiridos e produzidos por instituições de ensino ou pela família), capital social (relações e contatos sociais) e o capital simbólicos (rituais de reconhecimento como honra, prestígio, etc.). Os traços distintivos mais prestigiosos são os que simbolizam a posição diferencial dos agentes na estrutura social, exemplos, roupa, as 'maneiras', o bom gosto, a cultura. É com se o agente quisesse mostrar como sinal de distinção aquilo que 'lhe é essencial', sendo que na verdade é algo cultivado, não é natural (Bourdieu, 2001).”

ambientes dos centros comerciais de compra, climatizados, música ambiente, e habilidade de hábeis vendedores informando da imprescindibilidade da aquisição de seus produtos. Ainda, sobre o assunto, interessante, anotar o *leading case* do Superior Tribunal de Justiça, cujos termos a seguir transcrevem-se:

Consumidor- Recurso especial – Ação de busca e apreensão – Aplicação do CDC às instituições financeiras – Súmula 297/STJ – Contrato celebrado fora do estabelecimento comercial – Direito de arrependimento manifestado no sexto dia após a assinatura do contrato – Prazo legal de sete dias – Artigo 49 do CDC – Ação de busca e apreensão baseada em contrato resolvido por cláusula de arrependimento. Improcedência do pedido. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Súmula 297/STJ. Em ação de busca e apreensão, é possível discutir a resolução do contrato de financiamento, garantido por alienação fiduciária, quando incide a cláusula tácita do direito de arrependimento, prevista no artigo 49 do CDC, por esta objetiva restabelecer os contraentes ao estado anterior à celebração do contrato. É facultado ao consumidor desistir do contrato de financiamento, no prazo de (sete) 7 dias, a contar da sua assinatura, quando a contratação ocorrer fora do estabelecimento do comercial, nos termos do artigo 49 do CDC. Após a notificação da instituição financeira, a cláusula, a cláusula de arrependimento, implícita no contrato de financiamento, deve ser interpretada como causa de resolução tácita do contrato, com a consequência de restabelecer as partes ao estado anterior. O pedido de busca e apreensão deve ser julgado improcedente, quando se basear em contrato de financiamento resolvido por cláusula de arrependimento. (STJ, 3ª. T., REsp 930.351/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.10.2009).

Não se pode deixar de mencionar, também, a modificação ocorrida no Código brasileiro de Defesa do Consumidor a respeito do direito de arrependimento em sede de comércio eletrônico. Desse modo passa-se a análise do Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamentou as contratações e o direito de arrependimento no comércio eletrônico. Sobre o direito de arrependimento o artigo 5º do mencionado Decreto prevê:

O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I- a transação não seja lançada na futura do consumidor; ou

II – seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Seguindo essa tendência abaixo alguns julgados:

Arrependimento de consumidor pode cancelar financiamento bancário: “Trata-se de REsp, em que se discute, em síntese, o direito de arrependimento, previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), como cláusula de resolução do contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia. Na hipótese em questão, o recorrente assinou dois contratos, um de compra e venda com a concessionária de veículos e outro de financiamento com o banco recorrido. Após a assinatura do contrato de financiamento, ocorrido em lugar diverso do estabelecimento comercial do recorrido, o recorrente arrependeu-se e enviou notificação a este no sexto dia seguinte à celebração do negócio. Diante disso, a Turma entendeu que é facultado ao consumidor desistir do contrato no prazo de sete dias a contar da assinatura, quando a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, nos termos do referido dispositivo legal. Assim, notificado o vendedor, a cláusula de arrependimento, implícita no contrato de financiamento ocorrido no local diverso da instituição financeira, deve ser interpretado como causa de resolução tácita do contrato, cuja consequência é restabelecer as partes ao *status quo ante*. Ademais, não prospera a argumentação do recorrido de que não é possível o exercício do direito de arrependimento, porque o valor referente ao contrato foi repassado para a concessionária de veículos antes da manifestação do recorrente. Pois, como visto, este, ao exercer o direito de arrependimento, agiu em exercício regular de direito amparado pelo referido artigo 49, do CDC. Outrossim, o eventual arrogo na posse do valor referente ao contrato de empréstimo pela concessionária de veículos não pode ser imputado ao recorrente nem dele ser exigido, uma vez que o contrato de compra e venda celebrado entre ele e a concessionária não se perfectibilizou; na verdade, sequer houve imissão na posse do bem. Ressalte-se que nos termos do artigo 2º do DL nº 911/1969, a ação de busca e apreensão é fundamentada com o inadimplemento ou a mora nas obrigações contratuais. Todavia, no caso, ocorreu a resolução do contrato pelo exercício do direito de arrependimento e não houve formação nem ajuste de obrigações contratuais. Nesse contexto, deu-se provimento ao recurso”. (STJ, Resp. 930.351-SP, Relª. Minª. Nancy Andrighi, j.27.10.2009. Informativo nº 413).

Vê-se, a partir das jurisprudências, acima reproduzidas, que o artigo 49 vem sendo aplicado como um direito básico do consumidor desde o exercitado no prazo de 7 (sete) dias que a lei assina. Perceba-se que o direito de arrependimento vem em socorro da conservação da liberdade da vontade do consumidor. É preciso garantir ao consumidor o direito de voltar atrás sempre que seu contrato for firmado de modo irrefletido, em razão de técnicas agressivas de convencimento. Esperar que essas técnicas agressivas estejam limitadas apenas às compras não presenciais é negar ao consumidor brasileiro a proteção que hoje se reclama em uma sociedade de consumo.

Dessa forma, após a análise do direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor considera-se patente a dificuldade de se aplicar o instituto em uma estrutura contratual antiga e tradicional orientada pelo dogma da autonomia da vontade. É preciso reconhecer a importância do direito de arrependimento como meio de proteção à vontade do consumidor. Proteção no sentido de assegurar ao consumidor brasileiro o direito de voltar atrás. De refletir e decidir sobre a oportunidade e conveniência da contratação do serviço ou da aquisição do produto livre de influências externas.

O homem é por natureza um ser gregário. Está no mundo em busca de dar um significado e uma razão para sua própria existência. Vivencia-se uma época em que as pessoas estão postas à apreciação através desse novo cenário que se descortina com o avanço da tecnologia. São inúmeras as razões para se consumir. Contudo, dentre as variadas razões existentes para o consumo, entende-se que o desejo de se sentir aceito e incluído são os que mais aparecem como fator impulsionador. Como marca dessa sociedade aparecem problemas múltiplos dentre os quais se destaca, nessa oportunidade, a questão do superendividamento do consumidor. O direito de arrependimento na legislação brasileira sobre o consumo carece de ampliação e atualização para se adaptar às mudanças sociais ocorridas. Esta a razão da propositura do presente debate.

Considerando-se que já existe em sede de jurisprudência brasileira a relativização da regra de limitação do exercício do direito de arrependimento para compras realizadas dentro do estabelecimento comercial do fornecedor, como vem sendo aplicada nas contratações de *time-sharing* propõe-se a ampliação normativa, para adequar o Código de Consumidor Brasileiro à atual realidade social.

Diante de todo o debate defende-se que em razão das características imanentes à sociedade de consumo de hoje é imprescindível que haja a ampliação do direito de arrependimento às compras presenciais como um imperativo de justiça, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor premido por fortes apelos para o consumo massificado.

Desse modo, entende-se a necessidade de ampliação do direito de arrependimento para as compras presenciais, desde que exercitado no prazo de 7 (sete) dias e, quanto à possível alegação de insegurança jurídica, caso haja o desfazimento do acordo, defende-se que o mesmo somente estaria perfeitamente acabado após o transcurso do prazo 7 (sete) dias, momento em que se tornaria

imutável a declaração de vontade. E apesar da argumentação da possibilidade do consumidor agir de má-fé, compreende-se que nas contratações entre as partes é a boa-fé que norteia a relação entre eles, porque é este o princípio que se presume existir nas relações de consumo, sendo a má-fé situação passível de comprovação da parte que a alega. Assim sendo, entende-se pertinente a atualização do Código de Defesa do Consumidor para expandir o direito de arrependimento em todas as compras em geral.

CONCLUSÕES

Ao longo deste trabalho, os contratos de consumo foram analisados tanto em sua base principiológica, como no contexto em que se inserem na sociedade de consumo. A presente dissertação foi estruturada analisando-se o direito de arrependimento, principalmente, no que diz respeito à nova teoria contratual, dando-se, especial atenção para a proteção da autonomia da vontade do consumidor, buscando o nexo com o direito constitucional, em atendimento ao movimento de constitucionalização do direito privado, do qual o direito do consumidor é ramo.

Neste sentido, o presente trabalho tratou do direito de arrependimento, identificando sua natureza jurídica de nova forma de extinção do vínculo contratual. Ressaltou-se tratar-se de direito anexo ao princípio da boa-fé objetiva em sua fase pós-contratual. Foi identificado que o direito de arrependimento foi idealizado pelo legislador para proteger o consumidor em situações nas quais se visualizava a agressividade da venda com respectivo aumento da vulnerabilidade do consumidor. Na década de 1990 o legislador identificou esse aumento de vulnerabilidade apenas quando a contratação ocorresse fora do estabelecimento comercial. Nessas hipóteses verificava-se segundo o entendimento constante da doutrina sobre o direito do consumidor que havia uma falta de reflexão por parte do consumidor a respeito da oportunidade e conveniência da contratação. Por essa razão, se permitia ao consumidor o exercício do direito de arrependimento desde que, fosse exercitado dentro do prazo de 7 (sete) dias contados da entrega do produto ou da contratação do serviço. Ainda, nos termos da lei, abria-se para o consumidor o retorno ao *status a quo* da negociação.

Ocorre que a partir de um estudo fundamentado na modificação experimentada pela sociedade atual, identificada por alguns, como a sociedade de consumo, percebe-se que a vulnerabilidade do consumidor resta aumentada tanto nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial quanto, também, naquelas compras realizadas dentro do estabelecimento comercial. Seguindo desse entendimento, já é possível se verificar, em sede de jurisprudência nacional, a aplicação desse direito também para as compras e contratações realizadas dentro do estabelecimento comercial do fornecedor como ocorre, por exemplo, nas decisões que confirmam a incidência do artigo 49 do Código de Defesa do

Consumidor nas chamadas compras emocionais ou time-sharing.

Assim sendo, verificou-se que existe resistência entre aqueles mais apegados às estruturas da teoria contratual tradicional na qual o dogma da autonomia da vontade era interpretado de modo absoluto consubstanciando-se na máxima *pacta sunt servanda*. Contudo, tem-se a partir de uma visão constitucionalizada do direito contratual, especialmente, em uma relação de consumo, que se deve proteger a manifestação de vontade do consumidor que, muitas vezes, atua por impulso e por um desejo de inclusão e prestígio social frutos da cultura do consumo.

Desse modo, este estudo defende a necessidade de ampliação do direito de arrependimento também para as compras presenciais, desde que exercitado no mesmo prazo de 7 (sete) dias. Quanto à alegação de insegurança jurídica, em razão da possibilidade do desfazimento do acordo, defende-se que o mesmo só estaria perfeitamente acabado após o lapso temporal dos 7 (sete) dias, momento em que se tornaria irrevogável a declaração de vontade. E mesmo que seja argumentada a possibilidade de o consumidor agir de má-fé, entende-se que nas negociações entre os particulares é a boa-fé que deve nortear a relação entre os contratantes, pois é este o princípio que se presume haver nas relações de consumo, sendo a má-fé situação passível de comprovação da parte que a alega. Portanto, entende-se pertinente uma atualização do Código de Defesa do Consumidor expandindo e facilitando o direito de arrependimento em todas as compras, inclusive as presenciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada como fundamento da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1989.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In.: *Revista da USP*, n. 53, São Paulo, p. 90-101, mar-maio 2002.

BARATA, Pedro Paulo Barradas. A Constituição e o Código Civil: reflexões sobre a eficácia dos direitos fundamentais. In.: *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 37, p. 185-208, jan-mar. 2009.

BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1975.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

BRASIL. *Código Civil de 2002*: Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. *Código de defesa do consumidor*: Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1934*. [Brasília]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1937*. [Brasília]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [Brasília]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. *Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933*: Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providencias. [Brasília]. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/legislação/decretos>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. *Decreto 7.962, de 15 de março de 2013*: Regulamenta as contratações e o direto de arrendimento no comércio eletrônico. [Brasília]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1522.htm>. Acesso em: 18 jun. 2013.

_____. *Lei 1.522, de 22 de dezembro de 1951*. [Brasília]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1522.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. *Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951*: Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. [Brasília]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1521.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp. 930.351-SP, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, j.27.10.2009. Informativo nº 413.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. 3^a. T., REsp 930.351/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.10.2009.

_____. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.701779, 20080111095702APC, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/07/2013, Publicado no DJE: 19/08/2013. Pág.: 107. Disponível em;* <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 03 nov. 2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Turma Rec. Juizados Rec. 01196885485. Proc. N. 01196611964, Rel. Juiz Wilson Carlos Rodycz, Porto Alegre, p.1).* Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N.º5970958227, rel. Des. Antônio Guilherme Tanger Jardim, julgado em 26.06.1997. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.*

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N.º 70001354034, Relator Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 23.11.2000).* Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. TARS, 9ª Câmara Cível, ApCiv. 196.115.299, rel. Juíza Maria Izabel de Azevedo Souza, j.10.09.1996 – acórdão publicado na íntegra na RDC 22, p. 239-243). Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível Nº 70054949797, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 19/09/2013. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível Nº 70055619597, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Altair de Lemos Junior, Julgado em 25/09/2013. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível Nº 70055828966, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 22/10/2013. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível Nº 70055815500, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/10/2013. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível Nº 70054719349, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 31/10/2013. Disponível: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=boa+f%E9+objetiva&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 nov. 2013.

BRITO, Rodrigo Toscano. Dignidade da pessoa humana: um princípio civil-constitucional orientador do desenvolvimento contratual contemporâneo. In.: *Direito e desenvolvimento*: Revista do Curso de Direito, ano 3, número 5, p. 261-280, 2012.

_____. *Equivalência material dos contratos*: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico: aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

DE Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. vol. II (D-I). Rio de Janeiro: Forense, 1963.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

EFING. Antonio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Direito e questões tecnológicas: aplicados no desenvolvimento social*. Curitiba: Juruá, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura do consumo e pós-modernidade*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Editora Coimbra, 2007

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

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Concorrência e regulação. *Revista da Ajufe*. Ano 21, n. 73. Brasília: Impetus, p. 185-210, jan-jun 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2009.

GLANZ, Semy. *Consumidor e contrato eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabet. Aplicação do Código de defesa do consumidor às operações bancárias. *AJURIS: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. v. II. Edição especial. Porto Alegre: Diretoria da Revista de Jurisprudência e outros impressos do Tribunal de Justiça, p. 704-718, mar. 1998.

LAMBERTERIE, Isabelle; Wallaert, Catherine. *Le controle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur*. France: Revue Internationale de Droit Comparé 3, 1982.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a necessidade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORIN, Gatón. *La révolte du droit contre le Code: la révision nécessaire des concepts juridiques*. Paris: Sirey, 1945.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n. 39/248, de 1985*. [Estados Unidos da América]. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/DPDC/servicos/legislacao/resolu%C3%A7%C3%A3o_onu.html>. Acesso em: 18 fev. 2013.

PAESANI, Lilian Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e princípio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 3, n. 12, p. 131-151, ou-dez. 2002.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982.

RETONDAR, Anderson Moebus. *Sociedade de consumo, modernidade e globalização*. Campina Grande: EDUFCEG, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. O direito do consumidor e suas influências sobre os mecanismos de regulação do mercado. *Revista de direito do consumidor*. Ano 6, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 85-96, jan-mar. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Causas de revisão judicial aos contratos bancários. *AJURIS: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. v. II. Edição especial. Porto Alegre: Diretoria da Revista de Jurisprudência e outros impressos do Tribunal de Justiça, p. 599-612, mar. 1998.

SLATER, Don. *Cultura do consumo & modernidade*. São Paulo: Nobel, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999.

TADEU, Silney Alves. As dimensões do consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: RT, n. 56, p. 202-219, out-dez 2005.

TADDEI PEREIRA, Anna. *Empréstimo pessoal: os direitos do consumidor*. Recife: Nossa Livraria, 2009.

_____. *O crédito na sociedade de consumo*. (Orientador: Dr. Anderson Moebus Retondar). Tese (doutorado) CCHLA/UFPB. João Pessoa, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; et. al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. *Pierre Bourdieu: a teoria na prática*. RAP, Rio de Janeiro n. 40 (1), p. 27-55, jan./fev.2006.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.