

**FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL
DOS DIREITOS: A PROTEÇÃO DAS
OBRIGAÇÕES E DOS CONTRATOS**
2018 – Vol. 1

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Prof. Ms. Maurício Coutinho de Almeida
Profa. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida
Organizadores

Organizadores
Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Prof. Ms. Maurício Coutinho de Almeida
Profa. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida

**FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS
DIREITOS: A PROTEÇÃO DAS OBRIGAÇÕES E
DOS CONTRATOS**
2018 – Vol. 1

© Copyright 2018, Organizadores e Autores.

SUMÁRIO

1ª edição

1ª impressão

(Publicado em novembro de 2018)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: A PROTEÇÃO DAS OBRIGAÇÕES E DOS CONTRATOS 2018 – Vol. 1. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 256p.

ISBN: 978-85-434-1583-3

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

E-book publicado pela
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177
Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)
Fone / WhatsApp (37) 99173-3583 - capasvb@gmail.com
<http://www.virtualbooks.com.br>

CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS / 8

Milena Lara Kurovski

CONTRATOS: um estudo sobre os princípios da função social e da boa-fé objetiva / 47

José Gustavo de Souza Borges

O ABUSO DE DIREITO CONSUMERISTA NAS RELAÇÕES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO / 138

Bruna de Oliveira

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA / 198

Emiliane Danielle Prado

APRESENTAÇÃO

A coleção MONOGRAFIAS reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Programa de Pós-graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Trata-se de um trabalho conjunto entre coordenação, corpo docente e corpo discente da graduação e da pós-graduação em Direito da referida Universidade, localizada no interior do Estado de Minas Gerais, cidade educativa, por excelência.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A Universidade de Itaúna tem conseguido manter, de maneira sólida, o relacionamento entre a Graduação e o seu Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica de seus alunos.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo. Sem produção de conhecimento não há desenvolvimento econômico e social em nenhuma comunidade.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

O importante é que todos os discentes entendam que a pesquisa é fundamental para o desenvolvimento intelectual pessoal, como também, para o crescimento institucional e social.

Os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bachareis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em

Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –
Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes**
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de
Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais

CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

Milena Lara Kurovski¹

RESUMO

O trabalho em questão apresenta uma análise acerca do instituto da alienação fiduciária em relação à aquisição de bens móveis. Para tanto, por meio das obras de renomados civilistas, foi realizado um estudo direcionado à formação de um contrato, sendo certo que o contrato em questão é considerado uma valiosa forma de aquisição de bens móveis, vez que ele supriu as deficiências trazidas pelas antigas formas de constituição da propriedade.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária. Contratos. Fiduciante. Fiduciário.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do contrato de alienação fiduciária, a fim de demonstrá-lo como importante meio de se adquirir propriedade de bem móvel.

Para tanto, o estudo estará dirigido aos contratos no primeiro capítulo, examinando o seu conceito, princípios e suas características.

No segundo capítulo será estudado, de forma aprofundada, o contrato de alienação fiduciária de bens móveis, estabelecendo a sua aplicabilidade, o surgimento no Brasil, sujeitos, objeto e correlação entre a fidúcia do direito romano e germânico, abordando,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

ainda, os dispositivos legais que versam acerca da matéria.

Serão apresentadas, ainda, as formas de extinção dos contratos pela nulidade ou anulabilidade, rescisão, redibição, resolução, rescisão, morte, arrependimento, extinção em razão de caso fortuito e força maior e ainda, pelo inadimplemento, sendo que aspectos processuais da ação de busca e apreensão também serão estudados no decorrer trabalho.

Em suma, foi escolhido o tema alienação fiduciária para formulação do presente trabalho, já que, conforme Melhim Namem Chalhub (2017), trata-se de meio em desenvolvimento para um novo mercado de crédito, sendo considerada valiosa forma de realização de negócios jurídicos criada para suprir as deficiências trazidas pelos institutos jurídicos em vigor.

De fato, a cada dia é intensificado o uso do crédito e juntamente com a celeridade de desenvolvimento de negócios, torna-se cada vez mais necessária a criação de novas garantias. (CHALHUB, 2017).

Ao final serão elaboradas conclusões quanto ao estudo realizado, sintetizando as principais características do contrato de alienação fiduciária de bens móveis e a aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial da Propriedade.

2 CONTRATOS

2.1 Conceito

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2010), quando o ser humano usa de sua vontade com o objetivo de gerar efeitos jurídicos então a expressão dessa vontade nada mais é do que um negócio jurídico.

Nas palavras de Flavio Tartuce (2017):

Entre os inúmeros *atos jurídicos* descritos nas normas jurídicas como antecedentes (das sanções ou outras consequências imputadas), os que correspondem à conduta humana são os *atos jurídicos*. Entre estes, destacam-se as ações intencionais, quer dizer, as que homem e mulher praticam visando produzir determinado efeito, previsto na norma jurídica. São denominados *negócios jurídicos*. O contrato é uma ação humana nitidamente intencional. (TARTUCE, 2017, p. 56).

A respeito dos contratos, ensina Maria Helena Diniz (2010):

[...] contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, 2010, p. 12).

Nesta perspectiva, verifica-se, portanto, que contrato é espécie de negócio jurídico formado pelo acordo de vontades entre duas ou mais pessoas e que possui como objetivo a instrumentalização da relação de interesses.

Sendo o contrato um negócio jurídico, para sua validade, é necessária a observância dos elementos previstos no art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*).

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer
I – agente capaz,

- II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável,
- III – forma prescrita ou não defesa em lei.

A capacidade refere-se à possibilidade de prática de todos os atos da vida civil.

De acordo com Paulo Rogério Bonini (2011),

A capacidade de fato ou de exercício é a possibilidade de o sujeito de direitos, por ato próprio e sem a necessidade da participação de terceiros, adquirir direitos, cumprir obrigações e, de forma geral, praticar atos e negócios jurídicos. (BONINI, 2011, p. 35).

O requisito da capacidade, em matéria contratual, é fundamental para a existência e validade dos contratos, pois assim como dispõe o Código Civil (BRASIL, 2002) em seu artigo 166, será decretada a nulidade do negócio jurídico quando pactuado por pessoa absolutamente incapaz. (BONINI, 2011).

A licitude, de acordo com Pablo Stolze (2017, p.338) “[...] traduz a ideia de estar o objeto dentro do campo de permissibilidade normativa, o que significa dizer não ser proibido pelo *direito* e pela *moral*”, ou seja, aquilo que está sendo posto à disposição de vontade entre duas ou mais pessoas não poderá ser contrário ao que dispõe a lei ou mesmo à moral.

O contrato, ainda, deve ser possível. Pablo Stolze (2017, p. 338) afirma que o objeto do contrato, além de ser lícito, deve respeitar as leis naturais. De acordo com o civilista mencionado anteriormente, o contrato deve ser “[...] *fisicamente possível*, uma vez que não se poderia reconhecer validade a um negócio que tivesse por objeto uma prestação naturalmente irrealizável, como, por exemplo, a alienação de um imóvel situado na lua”.

Portanto, conforme mencionado alhures, a efetivação do contrato está condicionada à existência de elementos que garantam a possibilidade real de cumprimento e não de modo fictício. (STOLZE, 2017).

O objeto do contrato deve ser também determinado, ou seja, conforme se expressa pelo próprio nome, o objeto deverá ser determinado, individualizado, ou mesmo determinável, que a teor do artigo 243 do Código Civil (BRASIL, 2002) é admitida a venda de objeto incerto, mas que ao menos seja indicada sua quantidade e gênero. Stolze (2017, p. 339) ainda acrescenta que “[...] no caso da alienação de um imóvel, p. ex., as partes devem descrevê-lo minuciosamente, explicitando as suas dimensões e confrontações, na escritura pública de compra e venda”.

Respeitante ao último requisito – forma prescrita ou não defesa em lei – exemplifica Fabio Ulhoa (2012) que não existe contrato de fiança oral, pois a lei (CC, art. 819) exige a forma escrita. Portanto, entende-se que a forma é o meio pelo qual irá ocorrer a instrumentalização do contrato.

Neste sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves (2014), que a regra para a formação de um contrato, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é a forma livre, ou seja, ele pode ser celebrado verbalmente, por escrito, por instrumento público ou particular, entretanto, a regra comporta exceções, pois em alguns casos a lei prevê forma a que determinado contrato deverá ser celebrado.

De acordo com o Código Civil (BRASIL, 2002), o negócio jurídico é nulo quando não revestir a forma prescrita em lei.

2.2 Princípios Norteadores À Formação Dos Contratos

Segundo Fabio Ulhoa (2012, p.62), “[...] um dos mais importantes instrumentos tecnológicos de tempero da racionalidade econômica e valores de justiça que cercam os conflitos de interesses entre as partes de um contrato são os princípios do direito contratual”.

Portanto, os princípios compõem as relações jurídicas e são de fundamental importância para o direito.

O direito contratual é regido por uma diversidade de princípios, porém, os princípios analisados no presente trabalho serão os que possuem maior aplicabilidade que são: Princípio da Autonomia de Vontade, Princípio da Obrigatoriedade das Convenções e Princípio da Boa-Fé. (ULHOA, 2012).

2.2.1 Princípio da Autonomia de Vontade

De acordo com Maria Helena Diniz (2010), com maestria, em sua obra, Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, além de criar o contrato, o Princípio da Autonomia de Vontade se aplica à liberdade de contratar ou não contratar, sendo ela a liberdade de optar pela celebração de um contrato, segundo a autora, este princípio se aplica também à liberdade de escolher o outro contratante, muito embora em alguns casos, tal item não possua aplicabilidade, assim como ocorre no contrato celebrado pela Administração Pública e um particular em razão deste último ter vencido o procedimento licitatório, e por fim, a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, onde serão estipuladas as cláusulas, o objeto e modo de celebração, pois as partes possuem livre autonomia de vontade.

A civilista ainda afirma que, de acordo com o princípio da autonomia de vontade, os contratos podem ser realizados pelos contratantes de forma livre, ou seja, as partes, levando em consideração seus interesses e vontades, poderão celebrar contratos da maneira que desejarem. (DINIZ, 2010).

Entretanto, ao celebrar um contrato, o disposto no artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), deverá ser observado, pois, segundo ele, “[...] a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Neste sentido, ensina Fabio Ulhoa (2012) que a função social dos contratos visa impedir que possam ser afetados negativamente pelo contrato quaisquer interesses públicos, coletivos ou difusos acerca dos quais não possam dispor os contratantes. Conclui-se a partir da afirmativa anterior, que a função social dos contratos é meio de limitação da autonomia de vontade, ainda que verse sobre natureza privada, visando moldar interesses privados em prol da sociedade.

A respeito da função social dos contratos, o parágrafo único do artigo 2.035, parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) de 2002, dispõe da seguinte forma:

“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Portanto, a liberdade contratual existe, mas está condicionada a preceitos de ordem pública, tal qual a função social dos contratos.

2.2.2. Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos

Conforme mencionado alhures, o princípio da autonomia de vontade sustenta que o contrato só será

celebrado pela livre vontade de contratação. Segundo informado, ninguém é obrigado a celebrar um contrato, possuindo autonomia de vontade para celebração. Porém, de acordo com o princípio da obrigatoriedade dos contratos, como o próprio nome diz, aquele que assim optar pela celebração de tal negócio jurídico, deverá cumpri-lo em sua integralidade.

O contrato deverá ser obrigatoriamente cumprido, a menos que as partes contratantes entendam por sua alteração ou ocorra fato completamente justificável para o não cumprimento em razão de caso fortuito ou de força maior. Assim prevê o artigo 393 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou de força maior, se expressamente não se houver por ele responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Entretanto, o princípio da obrigatoriedade dos contratos é aplicado de forma relativa, e não absoluta. Assim ensina Maria Helena Diniz (2010, p. 28):

Tal princípio é mantido no direito atual, mas com atenuações, pois hodiernamente, para a lei, a doutrina e os tribunais, ante ao dirigismo contratual, o princípio *pacta sunt servanda* não é absoluto [...] por estar limitado, como já dissemos, pelo *princípio do equilíbrio contratual*; a teoria da imprevisão, que deixa de ser norma consuetudinária, passando a ser norma legal, cuja expressão mais frequente é a cláusula *rebus sic stantibus*, impõe-lhe restrições de e dá ao juiz,

excepcionalmente, um poder de revisão por imprevisibilidade (CC, art. 317) sobre os atos negociais, havendo desigualdade superveniente das obrigações contratadas e conseqüente, enriquecimento ilícito de um dos contraentes, podendo, ainda decretar a resolução do contrato (CC, art. 478).

Portanto, de acordo com Maria Helena Diniz (2010), conclui-se que o contrato, deve estar em conformidade com o princípio da obrigatoriedade, devendo ser cumprido, porém, havendo elementos que evidenciem desigualdade na contratação, cuja qual poderá acarretar enriquecimento ilícito por uma das partes, aquela que se sentir lesada, poderá ajuizar ação objetivando a resolução do contrato, amparada pela cláusula *rebus sic stantibus*.

Neste sentido, ainda dispõe o art. 478 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

2.2.3. Princípio da Boa-Fé.

Segundo o artigo 422 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), “[...] os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2010):

Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado. A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. (VENOSA, 2010, p. 387).

Verifica-se, de acordo com o que foi escrito em linhas anteriores, que a boa-fé, quando se tratar de matéria contratual, é conceituada como boa-fé objetiva, remetendo a proposição de que as partes, ao celebrarem um contrato, deverão agir com honestidade, lealdade, probidade e honradez, devendo existir entre elas uma relação de confiança.

Ademais, a boa-fé deve existir não apenas no momento de formação quanto no momento de conclusão de um contrato, mas também, na fase pré-contratual e pós-contratual, assim como prevê o Enunciado nº 25 do Conselho de Justiça Federal (BRASIL, 2002, *online*): “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM MÓVEL

3.1 Conceito

Como esclarece Paulo Nader (2009, p. 259) “[...] o vocábulo *fidúcia*, do latim *fiducia*, *fidere*, significa *confiança*”. Segundo ele, o elemento *fidúcia* está presente na relação, pois o devedor fiduciante, transfere um bem de seu patrimônio ao credor fiduciário, em confiança. Segundo o autor, a confiança é traço essencial neste tipo de negócio jurídico.

Paulo Nader (2009, p. 257) ainda pondera que o contrato de alienação fiduciária é “[...] um valioso instrumento de garantia de dívida e, por isto mesmo, importante fator de aquecimento da economia”.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2011, p. 391) a fidúcia é o mecanismo pelo qual “[...]uma das partes, recebendo da outra bens móveis ou imóveis, assume o encargo de administrá-los em proveito de instituidor ou de terceiro”.

A respeito, Melhim Namem Chalhub (2017, p. 10) em sua obra *Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário* diz que “[...]a fidúcia encerra a ideia de uma convenção pela qual uma das partes, o fiduciário, recebendo da outra (fiduciante) a propriedade de um bem, assume a obrigação de dar-lhe determinada destinação”. Segundo o autor acima mencionado, o negócio fiduciário surgiu no mundo dos negócios como forma de realização de determinados objetivos para os quais os mecanismos e institutos existentes não serviam com a necessária eficácia e precisão. (CHALHUB, 2017).

Portanto, visando suprir as deficiências das garantias, a alienação fiduciária passou então a ser implementada em dispositivos legais, tal qual o Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), que conceitua a

propriedade fiduciária de bem móvel em seu artigo 1.361e segundo ele “[...] considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com o escopo de garantia, transfere ao credor”.

De acordo com Clóvis Beviláqua (*apud* GONÇALVES 2014, p. 434), a propriedade é resolúvel “[...] é aquela que no próprio título de sua aquisição encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou vindo o termo extintivo, seja por força da declaração, seja por determinação da lei”. A propriedade resolúvel, de acordo com o mencionado em linhas anteriores, é aquela em que a sua aquisição está condicionada a uma cláusula resolutiva.

Segundo Melhim Namem Chalhub (2017, p. 181) “[...] a resolubilidade e transitoriedade consubstanciam-se na limitação temporal do domínio, que permanece no fiduciário até o implemento da condição (pagamento da dívida)”, portanto, conforme narrado acima, verifica-se que o bem móvel dado em garantia permanecerá no patrimônio do fiduciário (credor) até o cumprimento da condição resolutiva (pagamento) pelo fiduciante (devedor) da dívida contraída. Melhim (2017, p. 181) ainda menciona que o fiduciário “[...] não recebe a propriedade para se apropriar da coisa em caráter perpétuo, mas com a finalidade de restituí-la desde que a obrigação seja cumprida, e esta é a restrição caracterizada da propriedade em garantia”.

Cleyson de Moraes Melo (2017, p. 400) acrescenta que “[...] não existe nenhum interesse do credor em incorporar a coisa ao seu patrimônio”, da mesma forma que não há interesse por parte do devedor em se desfazer da coisa já que a transferência da propriedade ocorre somente para garantir o pagamento do que foi convencionado, diferentemente da

transferência da propriedade que ocorre no contrato de compra e venda.

Quando da transferência da propriedade, a posse indireta passa ao credor em garantia e a posse direta ao devedor. (GONÇALVES, 2014). A conceituação de posse direta e indireta é definida no Código Civil (BRASIL, 2002, *Online*) em seu artigo 1.197:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direito defender a sua posse contra o indireto. (BRASIL, 2002).

De acordo com Flavio Tartuce (2017), a alienação fiduciária é uma convenção que possui efeitos contratuais e que em decorrência dessa alienação surge a propriedade fiduciária, sendo esta última um direito real.

Pablo Stolze (2017, p. 207), em seu livro *Manual de Direito Civil* conceitua o direito real como sendo aquele em que “[...] traduz o poder jurídico direto de uma pessoa sobre uma coisa, submetendo-a em todos (propriedade) ou em alguns de seus aspectos (usufruto, servidão, superfície etc)”, para ele o seu exercício, portanto, prescinde-se de outro sujeito.

Entretanto, conforme Chalhub (2017) a propriedade fiduciária difere de demais direitos reais de garantia, quais sejam, penhor, anticrese e a hipoteca, vez que nestes o titular da garantia possui um direito real na coisa alheia e o bem dado em garantia, ainda que vinculado ao cumprimento da obrigação, continua no patrimônio do devedor, enquanto na propriedade fiduciária a garantia irá incidir em coisa própria do

credor, já que o devedor lhe transmitiu a propriedade daquele bem, mesmo que em caráter resolúvel.

O civilista acima mencionado também distingue a alienação fiduciária da venda com reserva de domínio:

Na venda com reserva de domínio, o vendedor, sendo proprietário de determinado bem, contrata sua venda ao adquirente-devedor, mas a transmissão da propriedade fica suspensa, dependendo do pagamento do preço, já na alienação fiduciária, é o devedor que, sendo proprietário da coisa, nessa condição contrata sua transmissão ao credor, na primeira hipótese a garantia decorre da reserva, enquanto na segunda a garantia está na venda que o devedor faz ao credor. Além disso, a venda com reserva de domínio tem como partes contratantes apenas o vendedor e o comprador, enquanto na alienação fiduciária, em regra, figuram o vendedor, o comprador e o financiador. (CHALHUB, 2017, p. 177).

Segundo Melhim Namem Chalhub (2017, p.177), o contrato de alienação fiduciária pode ser ainda conceituado como um contrato acessório, segundo ele, o contrato é “[...] um direito acessório, constituído com a precípua finalidade de assegurar o cumprimento de obrigação, que, em geral, corresponde à satisfação de um crédito, que é o principal”, o autor ainda menciona que, em regra, o contrato de alienação fiduciária é criado ao mesmo tempo que outro contrato, podendo este último ser um contrato de empréstimo e também de financiamento. Vislumbra-se que o contrato principal refere-se ao crédito constituído e contrato acessório (alienação fiduciária) à garantia do crédito.

Segundo Chalhub (2017), este contrato também é conceituado como formal, pois para a sua

validade é necessário o preenchimento de requisitos definidos em lei. Assim como prevê o §1º do artigo 1.361 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*).

§1º art. 1.361. Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

Portanto, conforme exposto, a constituição da propriedade fiduciária ocorre tão somente com o registro do contrato de alienação fiduciária no registro competente, seja ele de títulos e documentos ou em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento.

A respeito do registro, dispõe a Súmula 92 do STJ (BRASIL, 1992, *online*) que caso não haja o registro o gravame não poderá ser oponível contra terceiro. Observe-se o que está dito na Súmula 92 (BRASIL, 1992, *online*) do Superior Tribunal de Justiça: “[...] a terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária em garantia não anotada no Certificado de Registro de veículo automotor”.

Chalhub (2017) ainda acrescenta que, por reger o acordo de vontades de mais de uma pessoa, a alienação fiduciária é acordo bilateral, já que se trata de interesses estipulados entre duas pessoas, e a elas são atribuídos direitos e obrigações, e ainda, é um contrato oneroso, já que as partes com o intuito de adquirirem para si vantagens, assumem também encargos que são as contraprestações.

3.2 Da fidúcia no direito romano e germânico

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2011), a origem mais remota da fidúcia encontra-se no direito romano, onde o negócio fiduciário dividia-se em duas modalidades: a *fidúcia cum creditore* e a *fidúcia cum amico*.

É certo que a prática dos negócios jurídicos faz ressurgir de época mais remota, e com raízes no Direito Romano, a figura do *negócio fiduciário*, mas com finalidade mais restrita, nas suas duas modalidades: a primeira, denominada *fidúcia cum creditore*, funciona como instrumento de garantia, transferindo o devedor ao credor bens, a título de venda, para que ele os explore como seus, e *sub conditione* do resgate do débito a certo prazo os revenda ao credor. (PEREIRA, 2011, p. 392).

Da mesma forma Maria Helena Diniz (2010, p.657) ensina que “[...]a *fidúcia cum amico* era tão somente um contrato de confiança e não de garantia, em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo”, ou seja, para a civilista, tal alienação se dava em razão de eventual ameaça que existisse o risco de perecimento do bem, tanto por motivos de guerra, de uma viagem e também motivos políticos, enquanto a *fidúcia cum creditore*, já possuía um caráter assecuratório e de garantia, já que o devedor vendia seus bens ao credor, mas com a condição de recuperá-los quando efetuado o pagamento do débito.

A respeito da fidúcia, ensina Chalhub (2017, p.10), citando a obra *Institutas* de Gaio:

A primeira – *fidúcia cum creditore* – tinha conteúdo assecuratório, destinando-se a

garantir o credor; nessa modalidade, o devedor vendia o bem ao credor sob a condição de recuperá-lo se, dentro do prazo convenionado, resgatasse a dívida. A segunda modalidade de fidúcia – *fidúcia cum amico* – não tinha a finalidade de garantir um crédito, mas a de preservar certos bens de uma pessoa, que eventualmente pudessem estar ameaçados por alguma circunstância; nessa modalidade, o proprietário de determinado bem alienava-o com a condição de o adquirente lhe restituir quando cessassem as circunstâncias que tiverem justificado o receio do proprietário (fiduciante), como, por exemplo, o risco de perder o bem em razão de algum fato político, o risco de perecer na guerra, uma viagem etc.

[
Portanto, conforme Chalhub (2017), a *fidúcia cum amico* era baseada na confiança e ela trazia a característica de que o proprietário de um bem poderia aliená-lo a outra pessoa para resguardar esse bem de eventual risco, mas com a ressalva de que o bem deveria ser restituído quando ultrapassado o risco que ensejou a alienação, enquanto a *fidúcia cum creditore*, trazida pelo direito romano, inspirou o surgimento da alienação fiduciária em garantia, pois, segundo ela, o devedor transferia, por meio de uma venda, seus bens ao credor, com a ressalva de recuperá-los, quando paga a dívida.

Conforme exposto alhures, a fidúcia então tinha aplicação no direito romano tanto para constituir uma garantia em favor do credor, com a transmissão da propriedade de uma coisa, tanto para realização de depósito com a entrega de algo a uma pessoa de confiança.

Para Paulo Nader (2009) a *fiducia cum creditore* não era tão utilizada pelos romanos quanto a *fiducia cum amico*, pois existia a prática de transferência do bem o que fazia com que o devedor não se sentisse tão protegido no caso de ocorrência de alienação do bem por parte credor, passando o devedor por dificuldades em reivindicá-lo. Paulo Nader (2009) ainda acrescenta:

Após a propriedade fiduciária romana, que não protegia o devedor fiduciante, pois o domínio fiduciário era pleno, surgiu a propriedade fiduciária germânica, que atribuía ao fiduciante uma garantia maior, pois o poder fiduciário era limitado pela destinação. (NADER, 2009, p. 259).

Conforme narrado acima, a fidúcia foi constituída por meio do direito romano, mas o direito germânico também utilizou de tal garantia.

A respeito da fidúcia germânica ensina Melhim Namem Chalhub (2017):

Com efeito, na fidúcia romana, o fiduciário recebia um ilimitado poder jurídico sobre a coisa, sendo certo que, se dispusesse da coisa arbitrariamente, sem observância do *pactumfiduciae*, não se dava ao fiduciante senão o direito de haver a reparação das perdas e danos. Já no direito germânico o poder jurídico do fiduciário é limitado pelo caráter resolutório da propriedade que recebe, *erga omnes*, de modo que eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, era considerada ineficaz, daí por que o fiduciante retomava a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva. (CHALHUB, 2017, p. 14).

Portanto, na fidúcia do direito germânico o devedor transferia a propriedade do bem ao credor, mas ao mesmo tempo celebrava um pacto que tornava condicional a transmissão do bem.

3.3 Surgimento do contrato de alienação fiduciária no Brasil

Para Carlos Roberto Gonçalves (2014), com o passar dos anos a modernidade ganhou influência na vida cotidiana, tornando-se cada vez mais necessária a criação de novas garantias que suprissem as deficiências das tradicionais e que acompanhassem os anseios sociais.

Suprindo essas deficiências, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 438) “[...] a lei do Mercado de Capitais (Lei n 4.728/65, art. 66) introduziu no direito brasileiro a alienação fiduciária em garantia, inspirada na *fidúcia cum creditore* do direito romano”.

Flavio Tartuce (2017) acrescenta que após a criação da Lei do Mercado de Capitais (BRASIL, 1969) foi criadas importantes alterações em seu conteúdo, por força do Decreto-lei 911/1969, que modificou o art. 66 e introduziu nova disciplina no tocante à busca e apreensão do bem alienado. O autor ainda coloca que o objetivo da alienação era estimular o consumo de bens de capital móveis e duráveis, tais como eletrodomésticos e veículos.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2010):

Essa Lei do Mercado de Capitais adotou esse instituto jurídico para atender aos reclamos da política de crédito e do emprego de capitais em títulos e valores mobiliários, procurando racionalizar as sociedades de investimentos, mobilizando,

portanto, os recursos de capital disponíveis, aplicando-os com segurança, com o escopo precípua de tornar mais vantajosas as operações de crédito e de financiar a aquisição de certos bens de consumo. (DINIZ, 2010, p. 658).

Portanto, de acordo com a civilista mencionada anteriormente, a lei ao disciplinar o Mercado de Capitais, inseriu uma importante garantia no direito brasileiro, qual seja, a alienação fiduciária. (DINIZ, 2010)

Flávio Tartuce (2017, p. 358) ainda acrescenta que “[...] até a década de 1990, a alienação fiduciária estava restrita aos bens móveis, diante da redação do art. 66-A, inserido na Lei 4.728 de 1965 pela Medida Provisória 2.16050/2001”, ocorre, que no ano de 1997, “[...] surge a Lei 9.514 para cuidar exclusivamente da alienação fiduciária de bens imóveis”.

Tartuce (2017) ainda informa que, posteriormente, a alienação fiduciária foi inserida em dispositivo legal que permitia, não apenas no âmbito do Mercado de Capitais por instituições financeiras, mas também por qualquer pessoa, onde “[...]a atual codificação restringe a propriedade fiduciária aos bens móveis, conforme dicção do seu primeiro comando citado do CC/02, que enuncia seu no seu *caput* :considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Neste sentido ensina Melhim Namem Chalhub (2017):

Assim, existem no direito positivo brasileiro duas espécies de propriedade fiduciária de bens móveis, para fins de garantia: uma de aplicação geral como garantia de dívida, sem

restrição quanto à pessoa do credor, regulamentada pelos arts. 1.361 a 1.368-B do Código Civil, e outra exclusivamente para garantia de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como do fisco e da previdência social, caracterizada pelas disposições especiais definidas pelo art. 66-B e seus parágrafos da Lei 4.728/1965. (CHALHUB, 2017, p. 176).

Carlos Roberto Gonçalves (2014) ainda expõe sobre a importância das legislações de que tratam sobre a alienação fiduciária, sendo citado por ele em sua obra, o artigo 1368-A do Código Civil 2002, que foi incluído pela Lei 10931 de 2004.

Art. 1368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (BRASIL, 2002, *Online*).

3.4 Sujeitos

Melhim Namem Chalhub (2017), em seu livro *Alienação Fiduciária; Negócio Fiduciário* ensina que são sujeitos do contrato o credor e o titular de um bem móvel, podendo o titular do bem ser o devedor ou mesmo um terceiro-garante e sendo o credor aquele ao qual terá a propriedade do bem, em razão de uma garantia.

O autor acima citado ainda afirma que a aplicação mais comum da alienação de coisa infungível ocorre no contexto do mercado de bens duráveis, onde

um comprador precisa de financiamento para adquirir determinado bem, aparecendo, portanto, a figura de três pessoas: o comprador (devedor- fiduciante), o vendedor e também um financiador (credor-fiduciário):

O financiador celebra com o comprador um contrato de financiamento para aquisição do bem, por efeito do qual entrega ao vendedor, em nome do comprador, o preço correspondente, no todo ou em parte; o comprador, por sua vez, firma com o vendedor a compra e venda, cujo preço foi pago, no todo ou em parte, com os recursos do financiamento que obteve do financiador; na sequência, o comprador celebra com o financiador o contrato de garantia, pelo qual lhe transmite a propriedade fiduciária do bem adquirido. (CHALHUB, 2017, p. 182).

Conforme Chalhub (2017), o contrato celebrado entre o credor fiduciário (financiador) e o fiduciante (devedor) é o contrato de financiamento, sendo ele o contrato principal, enquanto o acessório (garantia) é o de alienação fiduciária.

O devedor-fiduciante, sendo ele pessoa física ou jurídica e que preencha o requisito de capacidade (requisito necessário para a celebração de qualquer negócio jurídico) e que seja proprietário de um bem móvel, tendo sobre este bem poder de disposição, poderá aliená-lo a outrem com o intuito de garantir o pagamento da dívida, já o credor fiduciário poderá ser, conforme visto anteriormente, pessoa jurídica regida pelas Leis de Mercados de Capitais e também qualquer pessoa, assim como dispõe o Código Civil. (BRASIL, 2002). (CHALHUB, 2017).

Insta mencionar que ambos possuem direitos e obrigações a serem cumpridas no decorrer do contrato.

Nas palavras de Chalhub (2017, p. 190), o devedor possui os seguintes direitos:

- a) usar, gozar e fruir do bem, sobre o qual tem a posse direta, enquanto se mantiver adimplente;
- b) propor ação possessória para reaver a posse do bem;
- c) praticar atos conservatórios sobre o bem;
- d) reaver a propriedade plena sobre o bem, depois de paga a dívida à qual está vinculado;
- e) receber o saldo apurado no leilão, no caso de, configurado seu inadimplemento, o credor-fiduciário vender o bem para satisfazer seu crédito.

E suas obrigações consistem em:

- a) pagar a dívida e os respectivos encargos financeiros, nas condições pactuadas, bem como as penas pecuniárias pela mora ou pelo inadimplemento;
- b) pagar os encargos incidentes sobre o bem, tais como a taxa de licenciamento, o registro no órgão público competente etc;
- c) conservar o bem do qual tiver a posse, inclusive mediante adoção de medidas judiciais necessárias a conservar ou recuperar sua posse direta;
- d) reparar as perdas e danos decorrentes da utilização do bem, respondendo por isso perante terceiros;
- e) resgatar o eventual saldo da dívida, caso, na hipótese de inadimplemento, o bem tenha sido vendido em leilão e o produto da venda não seja suficiente para amortização integral da dívida. (CHALHUB, 2017, p. 190 e 191).

Já o credor, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014):

A obrigação principal do credor fiduciário consiste em proporcionar ao alienante o financiamento a que se obrigou, bem como em respeitar o direito ao uso regular da coisa por parte deste. Deve, portanto, não molestar a posse direta do fiduciante e não se apropriar da coisa alienada [...]. (GONÇALVES, 2014, p. 444).

Como em qualquer outro negócio jurídico, os sujeitos presentes na alienação fiduciária devem ser capazes, o objeto deverá ser lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei.

3.5 Objeto

Conforme já mencionado anteriormente, a alienação fiduciária é conceituada por meio do artigo 1.361 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com o escopo de garantia, transfere ao credor”, portanto, verifica-se que como a coisa móvel é a essência do desse negócio jurídico, a restituição do bem só ocorre se ela for conservada e não substituída, daí a definição infungível.

Conforme mencionado em linhas anteriores, a fungibilidade torna-se incompatível com este tipo de contrato, porém, segundo Melhim Namem Chalhub (2017):

[...] quanto ao objeto da propriedade fiduciária, a Lei 10.931 de 2004 inova ao admitir a constituição de propriedade fiduciária sobre coisa fungível e, bem assim, a constituição de titularidade

fiduciária sobre direitos relativos a bens móveis e, ainda, sobre créditos representados por títulos de crédito, em geral, ressalvado que essas novas modalidades de garantia só se aplicam para garantia de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais [...]. (CHALHUB, 2017, p.179).

Verifica-se que o direito brasileiro admitiu a alienação fiduciária de bens fungíveis, conforme o parágrafo terceiro do art. 66-B da Lei 4.728 (BRASIL, 1965), com redação do art. 55 da Lei 10.931 de 2004 (BRASIL, 2004, *online*).

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor [...].

A alienação fiduciária de bem móvel fungível é permitida em circunstâncias excepcionais, onde a garantia de crédito é feita no âmbito do mercado financeiro de capitais. (CHALHUB, 2017).

Para Chalhub (2017), o bem, via de regra, deve ser identificado por suas características, e deverá ser individualizado, já que ele é a essência do contrato. Caso o bem não seja individualizado e nem demonstradas suas características principais, isso poderá acarretar maiores transtornos para o credor, pois, em eventual ação a ser proposta diante do inadimplemento da obrigação por parte do devedor, o credor terá dificuldade de demonstrar em juízo qual é o

bem em que é proprietário e que encontra-se em poder do devedor.

Pode ainda, ser celebrado um contrato de alienação fiduciária em que o objeto do contrato já pertença ao patrimônio do devedor. Este entendimento foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Súmula 28 (BRASIL, 1991, *online*), assinalada *in verbis*:

“O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

Portanto, conforme exposto, para a existência da alienação não é obrigatória que haja a aquisição de um bem pelo devedor. O contrato de alienação fiduciária versa sobre um direito de garantia e possui como objetivo precípuo garantir uma obrigação que foi constituída em um contrato principal. (CHALHUB, 2017).

Ademais, o objeto deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável e de forma prescrita ou não defesa em lei, assim como qualquer outro objeto de um negócio jurídico. (CHALHUB, 2017).

4 EXTINÇÃO DO CONTRATO

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.178) todos os contratos possuem em comum um modo normal de extinção onde “[...] o cumprimento da prestação libera o devedor e satisfaz o credor”, sendo este o “[...] meio normal de extinção do contrato”.

Segundo o civilista mencionado anteriormente, ao se realizar um contrato as partes contratantes possuem o interesse de que aquele acordo seja cumprido em sua integralidade, desejam alcançar o fim previsto no pacto e com esse alcance o contrato cumpre

sua finalidade, cumpre a sua razão de existir e por consequência, extingue-se.

A respeito, nas palavras de Chalhub (2017),

[...] efetivado o pagamento, considera-se adquirida a propriedade pelo fiduciante pelo simples efeito da quitação da dívida, bastando que o credor lhe forneça o respectivo termo de quitação, com o qual o fiduciante obterá, nas repartições competentes, o cancelamento da propriedade fiduciária e a consequente reversão da propriedade do bem ao seu patrimônio, livre de ônus. (CHALHUB, 2017, p.193).

Verifica-se, portanto, que cumprida a condição resolúvel prevista no contrato de alienação fiduciária: o fiduciante, com o termo de quitação da dívida, requer o cancelamento do gravame da propriedade fiduciária sobre o bem, tornando-se o proprietário da coisa móvel. Portanto, o contrato se extingue, pois produz no mundo jurídico os efeitos que ensejaram a sua criação.

Entretanto, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2014), o contrato poderá ser extinto sem ter alcançado o seu fim, ou seja, pode ser extinto sem que as obrigações tenham sido cumpridas, em razão de causas que poderão ser anteriores ou contemporâneas à sua formação.

Neste sentido, ensina Pablo Stolze (2017) que a extinção do contrato sem o cumprimento do que foi pactuado é dividido em dois grupos formados unicamente por um critério temporal, sendo o primeiro relativo às causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato (nulidade ou anulabilidade, redibição e o direito de arrependimento) e o segundo grupo relativo às causas supervenientes à formação do contrato (resilição, que pode ser unilateral ou bilateral,

resolução, rescisão, morte do contratante e caso fortuito ou força maior).

4.1 Nulidade ou anulabilidade

Para Gonçalves (2014), a nulidade “[...]decorre da ausência de elemento essencial do ato, com transgressão a preceito de ordem pública, impedindo que o contrato produza efeitos desde a sua formação (*extunc*)”.

Tais elementos essenciais à validade do negócio jurídico encontram-se presentes no art. 166 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*).

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I- celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
II- for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
III- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
IV- não revestir a forma prescrita em lei;
V- for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
VI- tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
VII- a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Se tratando de um vício originário na formação do contrato em alguma das hipóteses previstas anteriormente, o pronunciamento da nulidade pode ser feito por qualquer interessado, pelo Ministério Público

ou de ofício pelo juiz, conforme dispõe o art. 168 do Código Civil. (BRASIL, 2002).

Já os casos de anulabilidade estão previstos no art. 171 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
I- por incapacidade relativa do agente;
II- por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Carlos Roberto Gonçalves (2014) ainda acrescenta que a anulabilidade, “[...]conforme o art. 177 do CC, diverge da nulidade no sentido de que não pode ser arguida *ex officio* pelo juiz, onde o legitimado a pleitear a anulação está somente o contraente em cujo interesse foi estabelecida a regra”.

4.2 Redibição

Segundo Pablo Stolze (2017), a redibição é um fenômeno anterior à celebração do contrato e que também pode gerar sua extinção. Segundo ele:

A expressão “pode” é aqui utilizada em seu sentido técnico, qual seja, a de faculdade, pois nem sempre a ocorrência de um vício redibitório (entendido como o defeito oculto que diminui o valor ou prejudica a utilização da coisa recebida por força de um contrato comutativo) importará na extinção do contrato, podendo, sim, gerar uma revisão de suas prestações, com o abatimento do preço correspondente. (STOLZE, 2017, p. 468).

O Código Civil (BRASIL, 2002) é bem claro a respeito (Art. 442) pois, ocorrendo um vício ou defeito oculto no objeto que foi pactuado no contrato, em vez de ser rejeitado redibindo o contrato, o adquirente poderá reclamar o abatimento no preço.

4.3 Direito ao arrependimento

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014), “[...] quando expressamente previsto no contrato, o arrependimento autoriza qualquer das partes a rescindir o ajuste, mediante declaração unilateral de vontade”, devendo, ainda, ser exercido o direito de arrependimento “[...]no prazo convencionado ou antes da execução do contrato”.

O artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, *online*) também dispõe sobre o direito ao arrependimento.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou domicílio.

4.4 Resilição, Resolução e Rescisão

A resilição, de acordo com o Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), pode ser conceituada como distrato e também como resilição unilateral.

“Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

“Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 203) a resilição bilateral, também chamada de distrato “[...] é o acordo de vontades que tem por fim extinguir um contrato anteriormente celebrado”, enquanto a unilateral pode ocorrer apenas quando expressamente previsto em alguns contratos, pois a regra “[...] é a impossibilidade de um contraente romper o vínculo contratual por sua exclusiva vontade”.

A resolução, segundo Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 253) é a dissolução do contrato em razão da inexecução das obrigações nele previstas. Segundo ele, “[...] não é a vontade das partes ou de uma delas que desconstitui o vínculo contratual, mas o descumprimento do contrato”.

Por fim, a rescisão do contrato, segundo Fabio Ulhoa (2012, p. 247) “[...] indica qualquer desfazimento do contrato, independentemente da causa”, neste sentido, também ensina Carlos Roberto Gonçalves e Pedro Lenza (2012, p. 1617) que “[...] o termo rescisão é usado como sinônimo de resolução e de resilição”.

4.5 Morte do contratante

De acordo com Pablo Stolze (2017, p. 479) “[...] a morte de uma das partes somente constitui causa de dissolução do contrato naquelas avenças personalíssimas, contraídas justamente em função da pessoa do contratante (*intuitu personae*)”.

Portanto, apenas em situações onde o contrato deveria ser cumprido unicamente pelas partes que o compõe é que se dará a extinção em caso de morte. Nestes casos, subsistem as prestações que já foram cumpridas, pois o efeito é *ex nunc*. (GONÇALVES, 2014).

4.6 Caso fortuito ou força maior

De acordo com o art. 393 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), “[...] o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Desta forma, conclui-se que as hipóteses de caso fortuito ou de força maior também ensejam a extinção do contrato quando demonstradas.

4.7 Extinção pelo inadimplemento

A extinção do contrato também pode ocorrer em razão do inadimplemento da obrigação.

De acordo com Melhim Namem Chalhub (2017):

Pelo contrato de alienação fiduciária, o fiduciante se obriga a pagar a dívida a prazo, normalmente em parcelas mensais, sendo raro o inadimplemento absoluto do devedor, isto é, a impossibilidade total de cumprir a obrigação, salvo nos casos de insolvência. A impontualidade nos pagamentos pode ensejar a extinção do contrato com a consequente consolidação da propriedade no credor-fiduciário, facultada ao devedor, entretanto, a purgação da mora. (CHALHUB, 2017, p.193).

Conforme exposto acima, a impontualidade no pagamento poderá ensejar a extinção do contrato, ocasião em que a propriedade do bem será consolidada em favor do credor, devendo este vender o bem para que, com o produto da venda, satisfaça o seu crédito. Assim prevê o Código Civil (BRASIL, 2002, *online*)

Art.1.365. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

Ainda menciona o Código Civil (BRASIL, 2002) em seu art. 1.365 que é nula a cláusula inserida no contrato que autorize o devedor fiduciário a ficar com o bem se a dívida não foi paga no vencimento.

Portanto, conforme preceitua o artigo 1.366 do Código Civil (BRASIL, 2002) havendo a inadimplência, o credor venderá o bem com o intuito de satisfazer o crédito, entretanto, poderá ocorrer a hipótese de os valores auferidos por meio da venda não serem suficientes à quitação integral da dívida, neste caso, o devedor continuará obrigado pelo restante da obrigação), ou ainda, se superior, devendo o credor restituir ao devedor o saldo remanescente.

Neste sentido, ensina Flavio Tartuce (2017, p. 367) que se “[...] a venda da coisa não bastasse para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, o devedor continuaria pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado e tal obrigação ocorre porque “[...]se a propriedade fiduciária é simples garantia real, o fato de o valor do bem ser inferior ao da dívida não significa liberação do devedor quanto aos valores excedentes”.

Acerca da venda do bem, Chalhub (2017, p. 211) ensina que “[...] a legitimação para promover a venda é do credor-fiduciário, podendo fazê-lo diretamente ou por leiloeiro”, entretanto, de acordo com o autor, o credor poderá promover a avaliação do bem para realizar a venda, ocasião em que tentará vender a coisa móvel pelo melhor preço, entretanto, “[...]deve possibilitar ao devedor o conhecimento prévio da alienação para que este possa fiscalizá-la”.

Como já mencionado anteriormente, a venda do bem também poderá ser realizada por meio judicial, para tanto se faz necessária a propositura de ação em decorrência da inadimplência.

5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

De acordo com Chalhub (2017, p. 214) as principais ações “[...] a que está legitimado o credor no contrato de alienação fiduciária de bens móveis são as de busca e apreensão, possessória, de depósito e de execução”. Em que pese a importância de cada uma das ações, segundo o autor, a de busca e apreensão é a mais frequente, possuindo maior aplicabilidade nas ações judiciais envolvendo o instituto da alienação fiduciária.

Segundo ele, tal ação possui como objetivo:

[...] a devolução do bem e a atribuição da propriedade e posse plena ao credor-fiduciário, mediante consolidação, abrindo-se prazo ao devedor-fiduciante para pagamento da integralidade da dívida e a isso se restringe, não tendo nenhuma relação com a ação de cobrança. A sentença condena o réu (devedor-fiduciante) a devolver o bem e confirma a consolidação da propriedade no patrimônio do credor-fiduciário. (CHALHUB, 2017, p.217).

Ou seja, verifica-se que a ação é proposta com o intuito de consolidar a propriedade do bem em favor do credor-fiduciário.

Para que seja proposta a ação de busca e apreensão, é necessária ainda, a demonstração de um requisito essencial à sua validade, qual seja, a

constituição em mora do devedor. Desta forma, ensina Flavio Tartuce (2017, p. 368) que a mora decorre “[...] do simples vencimento do prazo para pagamento”, podendo ser comprovada mediante “[...] carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor”.

Cabe mencionar que, a mora de acordo com Flavio Tartuce (2017, p. 368) “[...] continua sendo automática, ou seja, independentemente de notificação ou interpelação (*exre*)”, entretanto, a Súmula 72 do STJ (BRASIL, 2009, *Online*) dispõe que “[...] a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

Vale ressaltar, que a constituição de mora do devedor é essencial para haja o deferimento da liminar de apreensão do bem, ocasião em que, conforme menciona Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 220) será expedido um mandado de apreensão do bem, que deverá ser cumprido “[...] por dois oficiais de justiça, devendo-se observar o disposto nos §§ 1o a 4o do art. 846 se houver necessidade de arrombamento (art. 536, § 2o)”.

A ação de busca e apreensão é regida pelo “[...] Decreto-lei 911 de 1969, com a redação dada pela Lei 10.931 de 2004” e possui como legitimados a propô-la o “[...] fisco, a previdência e as entidades que operam no mercado de financeiros e de capitais”. (CHALHUB, 2017, p. 215).

6 CONCLUSÃO

Conclui-se por meio do presente trabalho que o contrato de alienação fiduciária é um instrumento de suma importância para aquisição da propriedade de

bens móveis e imóveis. Conforme mencionado alhures, este instituto ao dispor acerca do Mercado de Capitais supriu, em partes, as deficiências trazidas pelos direitos reais de garantia, por exemplo, a anticrese.

Entretanto, em que pese as inúmeras benesses trazidas, a alienação fiduciária também possui um aspecto negativo, pois até o cumprimento da condição resolúvel prevista no contrato, qual seja, a quitação da dívida, a propriedade do bem pertence ao credor fiduciário.

Desta forma, a normatização da Teoria do Adimplemento Substancial da Propriedade é medida que se faz necessária, pois irá preservar os interesses do fiduciante, no sentido de que a propriedade do bem não será consolidada em favor do credor fiduciário em caso de inadimplência do pagamento das parcelas finais do pacto.

Insta mencionar, que a Alienação Fiduciária é utilizada em larga escala com intenções fraudulentas, pois, considerando que a propriedade do bem pertence ao credor fiduciário até o pagamento integral da dívida, eventuais ações, inclusive as de execução de título, que são propostas em desfavor de pessoa que é devedora fiduciária, não podem ser satisfeitas, pois os atos de expropriação não serão realizados. Desta forma, com a implementação da Teoria do Adimplemento Substancial da Propriedade, será preservado tanto o direito de propriedade em favor do devedor, quanto questões pertinentes ao direito processual civil.

O estudo dos contratos, em especial o de Alienação Fiduciária, é rico em matéria histórica, partindo das premissas desenvolvidas pelos romanos até os dias atuais, ele também apresenta grande utilidade no campo do Direito Civil, Comercial e Financeiro, pois a Alienação Fiduciária possui enorme relevância no mercado, auxiliando no crescimento econômico de

pessoas físicas e jurídicas e consequentemente de um país.

Com o desenvolver dos tempos, os contratos foram sendo modificados e enquadrados nas diversas necessidades surgidas no decorrer dos anos, pois a evolução de uma maneira geral ocorre com a existência de anseios sociais que não satisfeitos com a realidade fática buscam o desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BONINI, Paulo Rogério. **Direito Civil: Parte Geral**. 6 ed; São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. Lei 10.406 - Código Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Lei 8.078- Código de Defesa do Consumidor. In: **Palácio do Planalto**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Lei 10931. In: **Palácio do Planalto**, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Súmula nº 72 STJ. In: **Superior Tribunal de Justiça**, 1993. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2009_5_capSumula72.pdf> Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Súmula nº 28, STJ. In: **Superior Tribunal de Justiça**, 1991. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Enunciado 25. CFJ. In. **Conselho Federal de Justiça**, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/671>> Acesso em: 10 set. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHALHUB Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**; 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquemático: Parte Geral, Obrigações, Contratos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva; 2012.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Direito das Coisas**- 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos, Declaração unilateral de vontade, Responsabilidade Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**, volume único. São Paulo: Saraiva Jur; 2017.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil: Direito das Coisas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Contratos em Espécie**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONTRATOS: um estudo sobre os princípios da função social e da boa-fé objetiva

José Gustavo de Souza Borges²

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais, na busca da socialização do direito privado na esfera contratual. O modesto estudo se inicia pela concepção histórica dos contratos, buscando-se estabelecer um conceito técnico-jurídico para o instituto, oportunidade em que se abordam as origens históricas do referido instituto até à edição do Código Civil de 1916. Assim, percebe-se que o contrato sofreu várias transformações ao longo dos tempos, passando por diversos contornos, em determinada época e sociedade distintas. Este trabalho também faz uma releitura do instituto do contrato à luz do Código Civil de 2002, tratando dos princípios básicos norteadores da aplicação do novo *Codex* no plano do direito: eticidade, socialidade e operabilidade; bem como do sistema de *cláusulas gerais* de caráter significativamente genérico e abstrato. Após, examina-se a princiologia contratual da teoria geral dos contratos no Código Reale, analisando-se de forma sucinta os princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, do consensualismo, da relatividade dos efeitos dos contratos, da obrigatoriedade dos contratos e da revisão dos contratos ou onerosidade excessiva. Por derradeiro, serão analisados os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais do direito civil.

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

Palavras-chave: Contratos. Princiologia do Direito Contratual. Princípios da Função Social dos Contratos e da Boa-fé Objetiva nas Relações Contratuais.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da premente e relevante tarefa de abordar, ainda que de forma sintética, os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais, sendo um tema situado no campo do Direito Civil, na teoria geral dos contratos, que busca a socialização do direito privado na esfera contratual.

De início, cumpre consignar que, será analisado no primeiro capítulo do presente trabalho a concepção histórica dos contratos, buscando-se estabelecer um conceito técnico-jurídico para o instituto, oportunidade em que se abordarão as origens históricas dos contratos até à edição do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999).

Pois bem. A origem dos contratos está, intrinsecamente, ligada à evolução da raça humana em determinada época e sociedade distintas, não sendo possível apontar com exatidão o surgimento do referido instituto. (TARTUCE, 2014).

Sabe-se apenas que o contrato nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade, passando a ser usado como o instrumento por excelência da circulação de riquezas. (TARTUCE, 2014).

Assim, o instituto do contrato pode ser definido como o acordo de vontades, celebrado entre duas ou mais pessoas, com objeto economicamente apreciável, que visa criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos e obrigações. (TARTUCE, 2014).

O Direito Romano estabeleceu o modelo de contrato, por meio de um aspecto jurídico moderno, estabelecendo-se às bases gerais para a teoria contratual, aplicáveis a todos os contratos atuais, definindo requisitos, garantias e classificações. (GONÇALVES, 2007).

No decorrer da Idade Média, o contrato assumiu uma concepção abstrata, derivando da vontade livre do indivíduo que tivesse capacidade para contrair obrigações. Posteriormente, diante de um contexto econômico propício à circulação de capital, os costumes mercantis dinamizaram e simplificaram as relações contratuais. (GONÇALVES, 2007).

Logo, nasceu o Código Civil Francês (*apud* GONÇALVES, 2007), criando dois pilares bases para a teoria geral dos contratos, quais sejam: a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos (princípio da imutabilidade dos contratos – *pacta sunt servanda*).

Da mesma forma, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999) surgiu influenciado pelo liberalismo econômico da época, possuindo um caráter individualista, consagrado pelo Código Civil Francês e incorporado pelas demais codificações do século XIX. (GONÇALVES, 2007).

Entretanto, diante da necessidade de o Estado intervir no aspecto econômico das sociedades, houve a chamada “crise do contrato”, propiciando uma nova revisão teórica do instituto à luz da Ordem Constitucional. (GONÇALVES, 2007).

No segundo capítulo, será feita uma releitura do instituto do contrato à luz do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b), tratando dos princípios básicos norteadores da aplicação do novo *Codex* (BRASIL, 2018b) no plano do direito: eticidade, socialidade e operabilidade.

O terceiro capítulo tratará da principiologia contratual da teoria geral dos contratos no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b), analisando-se de forma sucinta os

princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, do consensualismo, da relatividade dos efeitos dos contratos, da obrigatoriedade dos contratos, e da revisão dos contratos ou onerosidade excessiva.

Neste passo, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b) veio a lume no Ordenamento Jurídico Pátrio, na vigência da Constituição Cidadã de 1988 (BRASIL, 2018a), implementando o sistema de *cláusulas gerais* de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, que desfruta, assim, de certa margem de interpretação, por meio da aplicação dos princípios norteadores do novo *Codex* (BRASIL, 2018b), consistentes na eticidade, na socialidade e na operabilidade, em consonância com a diretriz da principiologia contratual da teoria geral dos contratos. (BIERWAGEN, 2003).

Assim, cabe destacar, dentre outras, a cláusula geral que exige um comportamento condizente com a probidade e boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil de 2002, BRASIL, 2018b) e a cláusula geral que proclama a função social do contrato (artigo 421 do Código Civil de 2002, BRASIL, 2018b), ambas fruto de estudo neste modesto trabalho.

Por derradeiro, o quarto capítulo comentará o princípio da função social dos contratos e o quinto capítulo abordará o princípio da boa-fé objetiva, sendo ambos os princípios situados no âmbito das relações contratuais do direito civil.

O princípio da função social dos contratos tem por escopo conferir maior equilíbrio às relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal comum de justiça social, concretizando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (BIERWAGEN, 2003).

O princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, impõe às partes contratantes, durante as tratativas preliminares e na conclusão do contrato, bem como na sua execução e

fase pós-contratual, uma atuação pautada nos deveres de honestidade, probidade, lealdade e informação. (BIERWAGEN, 2003).

Portanto, no presente trabalho, serão estudados os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva no âmbito das relações jurídicas contratuais, buscando-se a socialização do direito privado na esfera contratual.

2 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS

Para compreendermos o instituto do contrato na sociedade capitalista hodierna faz-se necessário proceder a um breve apanhado acerca da evolução do tratamento jurídico dado ao referido instituto nos diferentes momentos históricos.

Pois bem. Não é possível precisar o exato momento do surgimento do instituto do contrato, já que a sua origem está, intrinsecamente, ligada à evolução da raça humana em determinada época e sociedade distintas. (TARTUCE, 2014).

Ora, desde a época das sociedades primitivas, quando o homem abandonou o estágio da barbárie, experimentando um progresso espiritual e material, deixando de usar a violência para conseguir os seus objetivos, o contrato passou a ser usado como o instrumento por excelência de circulação de riquezas. (TRATUCE, 2014).

Nas palavras do autor Arnaldo Rizzardo (2009, p. 07):

Desde o momento histórico do aparecimento do homem há indícios da existência do contrato, no sentido amplo, ou pelo menos, do direito, em sua forma mais primitiva, segundo o vetusto princípio romano *ubi societatis, ibi jus*.

Realmente, pela circunstância do agrupamento em tribos dos seres humanos já se presume a verificação de uma concordância em um determinado comportamento, acatando os componentes do grupo certas regras comuns de convivência. Antes do aparecimento da moeda, as relações comerciais se desenvolviam num sistema de trocas dos mais variados produtos, evoluindo, sempre, apesar de tacitamente, deveres de direitos de cada lado das partes contratantes. Neste sentido, historia Aducto Fernandes: “As primeiras permutas, de objetos por objetos, frutas, animais utensílios e tudo mais que o homem conseguiu realizar, remontam, na história do direito, a épocas muito distantes. Na idade quartenária, quando começaram a ser ensaiadas a divisão do trabalho e a troca de serviços na vida das grutas, dos clãs, ou das tribos, o homem passou a modificar o poder de sua ação individual, que só conformava naquilo que estivesse de acordo em as necessidades do grupo humano que surgia”.

Entretanto, é o Direito Romano o primeiro a sistematizar a regulação contratual, criando algumas categorias de contratos, e estabelecendo as bases da teoria contratual. (GONÇALVES, 2007).

Logo, a ideia de contrato vem sendo moldada, como o passar do tempo, tendo sempre como norte os costumes, as práticas sociais, a moral e o modelo socioeconômico de determinada época e sociedade distintas. (TARTUCE, 2014).

Por isso, ressalta-se que, o valor decisivo do contrato está em ser o instrumento técnico-jurídico que possibilita e regulamenta, hodiernamente, o movimento de riquezas dentro de uma sociedade. (ROPPO, 2009).

Segundo os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 32):

Não podemos fixar, ao longo da história, uma data específica de surgimento do contrato. Conforme vimos acima, na medida em que a sua ocorrência confunde-se com a própria evolução moral da humanidade, a determinação de uma data ou de um período predefinido seria pura formulação de alquimia jurídica, sem validade científica. O que podemos tentar, sim, é buscar um período em que a sua *sistematização jurídica* se tornou mais nítida, mais detectável pelo estudioso do direito ou pelo investigador da história. No Direito Romano, atribui-se a GAIO a catalogação das fontes das obrigações, dentre as quais se incluía o *contrato* como uma delas, consoante já anotamos: Deve-se ao jurisconsulto GAIO o trabalho de sistematização das fontes das obrigações, desenvolvidas posteriormente nas Institutas de Justiniano, que seriam distribuídas em quatro categorias de causas eficientes: a) *o contrato* – *compreendendo as convenções, as avenças firmadas entre duas partes*; b) o quase contrato – tratava-se de situações jurídicas assemelhadas aos contratos, atos humanos lícitos equiparáveis aos contratos, como a gestão de negócios; c) o delito – consistente no ilícito dolosamente cometido, causador de prejuízo para outrem; d) o quase delito – consistente nos ilícitos em que o agente atuou culposamente, por meio de comportamento carregado de negligência, imprudência ou imperícia.

Em sentido análogo, ensina Flávio Tartuce (2014, p.18):

A doutrina é unânime em apontar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra *societate* traz a ideia de contrato. A feição atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social. Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam aos interesses da coletividade. Essa a primeira face da *real função dos contratos*.

Assim, apenas em Roma é que surge o modelo de contrato, tratado com um aspecto jurídico moderno.

Portanto, a partir deste período histórico, é que se analisará neste trabalho, com uma maior profundidade, a evolução deste instituto.

Discorrendo sobre o assunto, o prestigiado doutrinador Arnaldo Rizzardo (2009, p. 08) anota com respeito que:

Foi em Roma que mais resplandeceu o direito. A partir do século V antes de Cristo, iniciaram a fluir importantes leis, com a *Lex Plaetoria*, de 490 a. C., formando o *jus civile* e o *optimum jus civium romanorum*, culminando a *Lex duodecim Tabularum*, de 303 a. C., a qual representou a vitória dos tribunos da plebe contra os representantes do patriarcado. Foi justamente na Tábua VI que apareceu a origem da obrigação e do contrato, ao consignar a *norma cum nexum faciet*

mancipiumque uti lingua nuncupassit ita jus esto. O vocábulo *nexum* exprime um elo, uma cadeia, significando, também, contrato. O conceito de obrigação emana desta regra, induzindo a concluir que o credor podia dispor do corpo do devedor no caso de impontualidade ou de inadimplemento da obrigação.

Seguindo as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 52):

Não existe uma opinião unânime sobre o significado do termo “*contractus*” para os primitivos juristas romanos. A tese mais sedutora é de BONFANTE. Pelo vocábulo *contrahere* designou-se o estabelecimento de relações duradouras. Este uso mantém-se vivaz nas modernas línguas latinas e assim é que se fala de “*contrair casamento*”, “*contrair uma doença*”, “*uma obrigação*”, “*hábitos*” e “*relações de amizade*”. Nestes exemplos não há uma simples aproximação passageira, mas uma relação que se trava e permanece. O *contrahere* não supunha voluntariedade; a vontade podia deixar de intervir; era indiferente que tomasse parte ou não no vínculo. Ou seja, nos primórdios de Roma, a ideia de vontade, e mais ainda de acordo, era posta de lado, como atributos acidentais que não caracterizavam a noção. No caminhar da história, o Direito Romano clássico estruturou o contrato sobre a base de um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto. Ali, tal como nas sociedades antigas, a convenção por si só não tinha o poder criador de obrigações. Para o romano, o contrato só seria possível com a existência de elemento material, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Primitivamente, eram as

categorias de contratos *verbis, re ou litteris*, conforme o elemento formal, se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no *codex*. Somente mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização frequente (venda, locação, mandato e sociedade), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *solo consensus*, isto é, pelo acordo de vontades. Uma vez celebrado, com observância estrita ao ritual, o contrato gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da *actio*, fator da mais lúdima essencialidade, sem o qual não haveria direito, já que este era nada, se não fosse munido da faculdade de reclamação em juízo. A expressão genérica *conventio* abrangia os contratos e os pactos. Ou seja, ao lado do *contractum*, estruturou o direito romano outra figura, que foi o *pactum*. Este, porém, não conferia às partes uma ação, mas gerava tão somente *exceptiones* e, portanto, não era dotado de força cogente.

A seguir, observar-se-á neste trabalho, com uma maior intensidade, a evolução do instituto do contrato no âmbito jurídico.

2.1 Conceito de Contrato

Antes de conceituarmos o instituto do contrato é necessário analisar “[...] o sentido etimológico do vocábulo contrato, que vem do latim *contractus* e significa unir, contrair”. (VENOSA, 2003, p. 364).

Nesse sentido, o professor Paulo Nader (2016, p. 37-38) pondera que:

Contrato é vocábulo de significação estritamente jurídica e rico de conteúdo,

pois se refere ao acordo de vontades, ao instrumento assinado pelas partes, ao campo normativo disciplinador das diferentes espécies e, ainda, ao departamento da ciência jurídica que estuda os princípios básicos atinentes à matéria. Em sua origem latina, a palavra *contractus*, de *contrahere*, significava *relação duradoura*. O verbo *contrair* mantém, ainda, o significado original, daí as expressões “*contrair casamento*”, “*contrair hábitos*”, “*contrair amizade*”.

Assim, a origem etimológica da palavra contrato conduz à ideia do vínculo jurídico das vontades com vistas a um objeto específico.

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b), seguindo a orientação do revogado Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999), não definiu em seu texto normativo o conceito de contrato, deixando esta árdua tarefa como atividade a ser desenvolvida pela doutrina nacional.

Segundo as lições do jurista Flávio Tartuce (2014, p. 19):

Pois bem, nosso Código Civil de 1916, assim como outros Códigos (v.g., o alemão, o polonês, o suíço e o da antiga URSS), preferiu não trazer o conceito do instituto, talvez porque a tarefa de definição deve caber à doutrina. O Código Civil de 2002 segue na mesma esteira, e não o conceitua, apesar de trazer como um dos seus baluartes o princípio da operabilidade, que tende à facilitação do trabalho do jurista e aplicador da norma, pela menção expressa a conceitos jurídicos, constituindo esse um dos princípios do atual Código Civil, ao lado da eticidade e da socialidade. Aliás, é interessante observar que o Código Civil de 2002 conceitua as figuras contratuais

em espécie, mas não diz o que é contrato, o que é um contrassenso. Superada essa constatação, é imperioso concluir ser o contrato a fonte principal do direito das obrigações, revestindo-se como instituto primordial al Direito Privado. Para preencher essa lacuna deixada pela lei, a doutrina pátria ainda procura trazer à tona o conceito de contrato, fazendo-o com grande precisão.

Logo, mostra-se necessária a conceituação técnico-jurídica do referido instituto, para o devido estudo do operador do direito.

No clássico conceito do saudoso professor Clóvis Beviláqua (1934, p. 245), o contrato é um “[...] acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos [...]”.

Outrossim, conforme as palavras de Ulpiano (*apud* MONTEIRO, 2010, p. 18), o contrato se constitui num “[...] mútuo consentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto”.

A eminente professora Maria Helena Diniz (2009, p. 19), por sua vez, diz que “Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

Na visão de Orlando Gomes (2009, p. 11) “Contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

Segundo o magistério de Enzo Roppo (2009, p. 11) “[...] o contrato é a veste jurídico-formal das operações econômicas”.

Ainda sobre o assunto, Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 07) anota que o “[...] contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de

adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos [...]”.

Paulo Lôbo (2011, p. 15) escreve que “o contrato é o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa”.

O autor Arnoldo Wald (2011, p. 228) anota que “O contrato é um negócio jurídico bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial)”.

O prestigiado civilista Darcy Bessone (1997, p. 17) define o contrato como “[...] o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p.38) escrevem que “[...] o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”.

Na opinião de Sílvio Rodrigues (2004, p. 09-10), “Por conseguinte, cada vez que a formação do negócio jurídico depender da conjunção de duas vontades, encontramos-nos na presença de um contrato, que é, pois, o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos”.

José Fernando Simão (2010, p. 03) discorre com prestígio que: “O contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico, é uma manifestação de vontade que autorregulamenta o interesse patrimonial das partes e que deve ser cumprido por elas, sob pena de sanção”.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2002, p. 31) esclarece que “O conceito de contrato estrutura-se a partir da conjugação dos seguintes elementos: um acordo de vontade das partes; a referência a uma relação jurídica

patrimonial entre elas e a finalidade de constituir, regular ou extinguir essa relação jurídica patrimonial”.

Para o jurista Paulo Nalin (2005, p. 255), o contrato constitui “[...] a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.

O civilista Álvaro Villaça Azevedo (2004, p. 18) assevera que:

O Contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial que constitui um negócio jurídico por dignidade. Para existir o Contrato, seu objeto ou seu conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a Boa-Fé, a sua função social e econômica e os bons costumes.

Seguindo a orientação dos professores Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Amanda Zoe Morris e Lucas Abreu Barroso (2008, p. 40):

Na pós-modernidade, a capacidade científica do direito em produzir verdades encontra-se absolutamente mitigada, devendo ser encarado como conhecimento jurídico aquilo que corresponda rigorosamente aos fatos concretos da realidade socioeconômica. Portanto, resta impossível oferecer um conceito estrutural de contrato, nos moldes tradicionais da sistemática civilista, pois o contrato hoje é um instituto multifacetário, abarcando as diversas vicissitudes da sociedade, a partir de suas múltiplas interações humanas e empresariais. Apesar disso, não seria de

todo descabido indicar a direção paradigmática que o contrato terá que seguir após a edição do Código Civil de 2002, sobretudo em face de sua peremptória leitura constitucional. E o fazemos orientados pela preciosa conclusão de Paulo Nalin, para quem o contrato entre particulares é a “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos das relação, como também perante terceiros” (Do contrato: conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva constitucional, p. 253).

De acordo com os ensinamentos de Flávio Tartuce (2014, p. 18-19):

O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios. Dentro desse contexto, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato *jurígeno*); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes. Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo

um *negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial*. Esse conceito clássico está muito próximo daquele que consta do Código Civil Italiano que, em seu art. 1.321, estipula que “*il contratto è l'accordo di due ou più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*” (o contrato é um acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial). Entretanto, como se verá mais adiante, existem tentativas de alteração dessa construção, com a busca de um *conceito contemporâneo ou pós-moderno* de contrato.

Para o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 02):

O contrato é uma espécie de *negócio jurídico* que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os *unilaterais*, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os *bilaterais*, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero negócio jurídico.

O autor César Fiuza (2010, p. 392) afirma que:

Contrato é ato jurídico, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria,

modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.

Conforme as lições de Arnaldo Rizzardo (2009, p. 05-06):

Quanto à definição, uma das mais consentâneas com a realidade promana de Ulpiano, apesar de sua concisão: “*Est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*”, ou, em vernáculo, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto. No direito francês, na mesma tradição, também passou para um acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto de interesse jurídico. Depreende-se a necessidade da convergência de duas ou mais vontades para conseguir um mesmo fim ou um resultado determinado. Há um acordo simultâneo de vontades para produzir efeitos jurídicos. Não se trata propriamente de coincidência de vontades, mas da reunião delas. Daí a definição de contrato, também aceita, como a convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam em si, no sentido de dar, fazer ou não-fazer alguma coisa. Definição que se formou no direito moderno, e teve expressão em Pothier, na lição de Luiz Roldão de Freitas Gomes: “Esta concepção dogmática encontra seu ulterior desenvolvimento no direito comum e constitui um axioma do direito moderno. Pothier definiu o contrato como ‘une convention par laquelle une à ne pás plusieurs personnes s’ obligent envers une ou plusieurs autres à Donner, à faire ou à

ne pas faire quelque chose”. O Código Civil francês, no art. 1.101, adotou idêntica definição.

Nas palavras do civilista Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 54):

Tradicionalmente, a tecnologia jurídica constrói o conceito de contrato em torno da noção de *acordo de vontades*. O contrato é o resultado do encontro das vontades dos contratantes e produz seus efeitos jurídicos (cria, modifica ou extingue direitos ou obrigações) em função dessa convergência (cf., por todos, Monteiro, 2003:4/5). A solução enfatiza a autonomia da vontade, dando destaque ao poder dos sujeitos de direito de dispor dos próprios interesses por via de composição entre eles, e por isso tem sido objeto da crítica de tecnologias centradas nas questões suscitadas pelo modelo neoliberal.

Por sua vez, o doutrinador Paulo Nader (2016, p.40) acrescenta que:

Na acepção atual, contrato é *acordo de vontades que visa a produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial*. Por ele, cria-se, modifica-se ou extingue-se a relação de fundo econômico. Embora previsto e regulado no Direito das Obrigações, os contratos não se referem, necessariamente, aos negócios jurídicos entre *credor e devedor*; estendem-se a outras províncias jurídicas, como ao Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito Administrativo, Direito Internacional. De acordo com Henri de Page, o contrato não é, em si, uma obrigação, mas uma fonte

das obrigações: “*Seu objeto é criar obrigações, modificar ou extinguir as obrigações existentes*”.

Cristiano Vieira Sobral Pinto (2014, p. 384) salienta que o contrato:

É o acordo de vontades ou negócio jurídico, entre duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) com finalidade de adquirir, resguardar, modificar, ou extinguir direitos de natureza patrimonial. Todos os contratos são atos jurídicos bilaterais, pois resultam de uma conjugação de duas ou mais vontades. O contrato hoje pode ser conceituado como um instrumento de tutela à pessoa humana, um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade (art. 1º, III, Constituição Federal), na qual o “estar para o outro” se converte em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais.

Portanto, sem adentrarmos nas controvérsias doutrinárias que cercam o problema da conceituação do contrato, podemos defini-lo como o acordo de vontades, celebrado entre duas ou mais pessoas, com objeto economicamente apreciável, que visa criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

2.2 Os Contratos no Direito Romano

O Direito Romano regulamentou e estruturou o contrato, tratando-o com um aspecto jurídico moderno, embora tal instituto tenha surgido em período remoto,

evoluindo concomitantemente à raça humana. (GONÇALVES, 2007).

No sistema romano, estabeleceram-se as bases gerais para a teoria contratual, aplicáveis a todos os contratos atuais, definindo requisitos, garantias e classificações. (GONÇALVES, 2007).

Sendo assim, “O Direito Romano estruturou o contrato, e todos os romanistas a ele se reportam sobre a base de um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto”. (PEREIRA, 2013, p. 08).

Hodiernamente, como linguagem figurativa, as expressões contrato, convenção e pacto são usadas, a princípio, como sinônimos pelos operadores do direito, embora somente o vocábulo contrato tenha sentido técnico-jurídico. (GONÇALVES, 2007).

Contudo, no Direito Romano, havia uma distinção entre contrato (*contractus*) e convenção (*conventio*), pois, a convenção era o gênero do qual derivavam as espécies contrato e pacto (*pactum*). (GONÇALVES, 2007).

Nesse passo, Washington de Barros Monteiro (2010, p. 17-18) salienta que:

Generalidades – Inicialmente, devemos convir que as expressões *contrato* e *convenção*, na hora presente, são sinônimas, representam a mesma ideia. Nós as empregamos indiferentemente, porque convenção e contrato têm os mesmos contornos e o mesmo conteúdo jurídico. Todavia, nem sempre foi assim; nota-se efetivamente, a respeito, funda divergência entre o direito moderno e o romano. Em Roma, como adverte BEUDANT, a palavra *conventio* era um termo genérico, compreendendo simultaneamente: a) os contratos propriamente ditos, isto é, as convenções previstas e reconhecidas pelo direito civil, dotadas de força obrigatória e providas de

ação; b) os pactos, isto é, as convenções não sancionadas pelo direito civil, despidas de ação e de forma obrigatória. Modernamente, porém, sobretudo em face dos textos, a sinonímia é perfeita, posto que, doutrinariamente, ainda se distinguem os dois conceitos, sendo a distinção feita por todos os autores. Realmente, contrato é acordo de vontades, criador de obrigações, enquanto convenção é também convergência de vontades, porém de mais vasto alcance. Melhor explicando: convenção é acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto de interesse jurídico; contrato é uma espécie particular de convenção, cujo traço distintivo, cujo caráter específico, é a produção de obrigações. A convenção é assim o gênero de que o contrato é a espécie.

De acordo com Arnaldo Rizzardo (2009, p. 08-09):

Até chegar ao *Corpus Juris Justiniano*, que representa o momento supremo do direito romano, ficou bem consolidado o conceito de contrato, que o gênio jurídico dos romanos distinguiu em três formas: a convenção, o pacto e o contrato propriamente dito. Segundo ensinava Ulpiano, a convenção era um termo geral, que abrangia o pacto e o contrato. Definia-se como o assentimento de duas ou mais pessoas para formar entre elas algum compromisso, ou para resolver, ou solucionar qualquer obrigação. “Era um nome geral que compreende toda a classe de contratos, tratados e pactos de qualquer natureza”, recorda Aducto Fernandes. Pacto compreendia as convenções não sancionadas pelo direito civil, despidas de ação e de força obrigatória – ou *pactum est duorum consensus at que conventio*. O

contrato referia-se às convenções previstas e reconhecidas pelo direito civil, dotadas de força obrigatória e providas da ação.

Na opinião de César Fiuza (2010, p. 394-395):

Sem adentrar nessas minúcias, verifica-se que no sistema romano posterior, seguramente a partir de meados da República (período que se estende de 510 a.C. a 27 a.C.), havia o gênero *conventio*, no qual se distinguiam as espécies *contractus* e *pactum*. Os *contractus*, inicialmente, não podiam existir sem uma exteriorização de forma, e somente três categorias eram utilizadas: *litteris*, que exigiam a inscrição material no livro do credor; *re*, que demandavam a tradição efetiva da coisa, e *verbis*, que se validavam com a troca de expressões orais estritamente obrigacionais. Em tais categorias, o credor podia exigir o cumprimento da avença através de uma ação, “fator da mias lúdima essencialidade, sem o qual não haveria direito, já que este era nada, se não fosse munido da faculdade de reclamação em juízo”. Aliás, os romanos não concebiam, como nós, a ideia de direito subjetivo, mas tão somente a de *actio*.

Na visão do autor Luiz Guilherme Loureiro (2005, p. 31):

De fato, *contractus (contractus negotii)*, significava a relação que se constituía com base num acordo se não o próprio acordo; não qualquer acordo sobre objetos e relações jurídicas, mas apenas aquele que originava obrigações entre partes. O termo *contractus* não abrangia os negócios destinados a criar apenas e exclusivamente

o contrato obrigatório. O acordo, isso é, o elemento subjetivo das vontades que se encontram, era designado por *conventio, conventum, pactio*, e tinha o significado mais amplo de *consensus*. Mas, ao lado deste, a *conventio* e o *pactio*, tinham um significado mais restrito e preciso, quando passaram a designar toda série de acordos (*pacta*) que, privado das formas e das solenidades prescritas pelo direito, ficavam fora da categoria de contratos. De qualquer forma, os *pacta*, embora não gerassem ação e não estabelecessem vínculo obrigatório, recebiam uma proteção indireta do pretor, mediante a *exceptio pacti conventi*.

Assim, celebrado com a estrita observância da forma consagrada, diante do caráter religioso e sacramental da época, “[...] o contrato gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da *actio*, fator da mais lídima essencialidade, sem o qual não haveria direito, já que este era nada, se não fosse munido da faculdade de reclamação em juízo”. (PEREIRA, 2013, p. 09).

Logo, o rigorismo formal dos contratos romanos deveria ser estritamente obedecido, ainda que não manifestasse a exata vontade das partes.

Ainda sobre o tema, César Fiuza (2010, p. 395) discorre com autoridade no assunto, asseverando que:

Para a formação da obrigação contratual, não bastava o acordo de vontade das partes sobre um determinado objeto, era imprescindível a observância da forma consagrada. A razão do formalismo tinha caráter religioso e prático. Os contratos só seriam abençoados pelos deuses se seguissem os rituais adequados. Na prática, porém, as razões se deviam à pouca e difícil utilização da escrita, o que levava aos extremados rituais orais.

Afinal, *verba volant, i.e.*, as simples palavras voam.

Outrossim, registra-se que a obrigação tinha um viés personalíssimo no Direito Romano, estabelecendo um liame entre as pessoas dos contratantes da avença.

Dessa forma, conferia-se ao credor o poder de exigir do devedor o cumprimento forçado de determinada prestação, sob pena de sujeição do próprio corpo humano, ou de redução à condição de escravo. (GONÇALVES, 2007).

Posteriormente, a execução que incidia sobre o corpo humano recaiu sobre os bens do contratante inadimplente, mas, não retirando o caráter personalíssimo do contrato. (GONÇALVES, 2007).

De acordo com o professor Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 10):

Toda convenção é modernamente dotada de força vinculante e mune o credor de ação para perseguir em juízo a prestação em espécie ou em equivalente. O que, mais do que a forma e a *actio*, constitui traço distintivo mais puro entre o contrato romano e o moderno é a relação jurídica criada. No Direito Romano, dado o caráter personalíssimo da *obligatio*, a ligação se estabelecia entre as pessoas dos contratantes, prendendo-os (*nexum*) e sujeitando os seus próprios corpos. Só muito mais tarde foi possível (v. n° 127, *supra*, vol. II) desbordar a execução que incidia sobre a pessoa do devedor para os seus bens (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*), porém, mesmo assim, ainda sobreviveu, no sistema, o sentido personalíssimo.

Entretanto, no decorrer da Idade Medieval, o contrato assume uma concepção abstrata, derivando da vontade livre do indivíduo que tivesse capacidade para contrair obrigações, deixando de lado o aspecto do formalismo exacerbado, encampado pelo Direito Romano, para prevalecer o consentimento livre dos próprios contratantes. (GONÇALVES, 2007).

Na Idade Média, o direito canônico também foi fundamental para a formação das doutrinas da autonomia de vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos. (GONÇALVES, 2007).

Neste sentido, a prestigiada doutrinadora Mariana Ribeiro Santiago (2005, p. 26) discorre que:

Firmou-se na idade média, por influência do direito canônico, o conceito de contrato como acordo de vontades, pelo qual os indivíduos instauram uma relação jurídica, valorizando-se o consensualismo em detrimento da forma. Os canonistas alçaram a vontade à condição de elemento essencial do contrato, fundando-se, entretanto, em razões teocráticas para o cumprimento da vontade manifestada. Para os teólogos do direito, o fato de prometer e não cumprir a promessa, mentindo à palavra empenhada, era pecado contra a divindade, o que ensejava as penas eclesiásticas.

Seguindo a doutrina do civilista Arnaldo Wald (2011, p. 240):

Poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime

comunista. O contrato nasceu formalista e típico, no direito romano, para transformar-se num instrumento cuja validade e eficácia decorria do fato de ser uma manifestação de vontade do indivíduo e, em consequência, um instrumento vinculatório, que fazia o papel da lei entre as partes, na concepção dos enciclopedistas que inspiraram a Revolução Francesa e o Código Napoleão.

Em seguida, analisaremos neste estudo, as mudanças no instituto do contrato no decorrer de sua evolução histórica.

2.3 Evolução Histórica dos Contratos

A Idade Média foi o período histórico marcado pelo feudalismo, considerado um sistema econômico, político e social, fundamentado na propriedade sobre a terra, que pertencia aos senhores feudais, que eram as autoridades política e administrativa da época. (FIUZA, 2010).

O direito feudal, elaborado e aplicado pelo senhor dentro dos feudos, pressupunha um contrato prévio celebrado entre senhor feudal e vassalo, pelo qual assumiam obrigações recíprocas, por meio de laços de dependências. (FIUZA, 2010).

O senhor feudal dava ao vassalo a proteção militar e uma porção de terra, que em contrapartida deveria ser cultivada pelo vassalo, mediante o pagamento de uma parcela da produção, prestando-lhe ainda confiança, fidelidade, respeito e homenagens. (FIUZA, 2010).

O contrato feudo-vassálico era ato formal e simbólico, caracterizado pela entrega efetiva da coisa ou de algo que a representasse. (FIUZA, 2010).

No entanto, paulatinamente, a vontade das partes nas relações contratuais foi elevada à fonte do direito

contratual, de modo que, a palavra fazia lei entre os contratantes, com a dispensa de outras formalidades. (GONÇALVES, 2007).

As expressões contrato, convenção e pacto passaram a ser usadas como sinônimos, para designar o negócio jurídico bilateral gerador de obrigações. (GONÇALVES, 2007).

Assim, percebe-se que, o instituto dos contratos sofreu enormes transformações no decorrer da Idade Média, em especial, com a mitigação do formalismo exacerbado, encapado no referido instituto pelo Direito Romano, em virtude da sobreposição da manifestação da vontade dos contratantes. (GONÇALVES, 2007).

Nesse sentido, o civilista César Fiuza (2010, p. 397-398) ensina que:

Na Idade Média, perduravam as exigências do Direito Romano. Entretanto, a generalização da prática dos escribas de fazer constar no instrumento escrito das convenções, a pedidos dos contratantes, que todas as formalidades tinha sido cumpridas, ainda quando não o tivessem sido, desencadeou mudanças. Era a abolição indireta da sacramentalidade, pois a simples menção da observância da forma tinha maior importância que seu cumprimento. Nesse período, o contrato começa a se estabelecer como instrumento abstrato, pois se confere força obrigatória às manifestações de vontade, sem os formalismos exagerados do Direito Romano. Some-se a isso o costume de se introduzir um juramento, com motivos religiosos, a fim de atribuir às convenções. Tal prática valorizou a declaração de vontade e o próprio consentimento.

Seguindo a orientação de Wellington Pacheco Barros (2004, p. 17):

A concepção romana de Contrato, com essa separação entre Contrato e a *conventio*, tornando a sua defesa por meio de ações dependentes do respeito a determinadas formas, recebeu golpe profundo na Idade-Média. O sistema feudal é econômico e político. O senhor feudal fazia concessões, de onde a criação do instituto do precário, deferindo a quem lhe suplicava. Entretanto a Igreja, através dos canonistas, conseguiu manter a concepção de Contrato, reforçando-a e dignificando-a de modo a polir a própria noção romana, mediante o afastamento da clássica distinção entre Contrato e *conventio*. O Contrato assumi, na concepção cristã, o caráter de um instituto decorrente da fé jurada, fundada no cumprimento do que se prometera perante Deus e a Igreja.

De acordo com a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 16-17):

Durante a Idade Média, o direito do contrato sofreu longa e profunda transformação. Partindo-se da necessidade de que fossem observadas as formalidades exigidas pelo Direito Romano, era corrente entre os escribas que reduziam a escrito as convenções, a pedido dos interessados, consignarem que todos os rituais haviam sido cumpridos, mesmo quando não o tivessem sido. E de tal forma generalizou-se a praxe, que se passou a entender que a menção do fato valia mais do que o próprio fato, isto é, passou a ter mais valor a declaração de que as formalidades haviam sido observadas do que a verificação de sua prática efetiva. Note-se que não houve a dispensa direta da sacramentalidade,

porém a sua abolição indireta. Muito embora não hajam os juristas costumeiros assumido a proclamação da dispensa do formalismo, este evidentemente sofreu rude golpe desde que se espalhou a convicção de que a simples menção de sua observância tinha mais força do que o formalismo em si. Ao lado disto, a imiscuição das práticas religiosas introduziu o costume de fazer o *juramento* acompanhar as convenções, como técnica de atribuir-lhes força. Abalou-se, portanto, o prestígio dos rituais do Direito Romano, desde que se acreditou no poder de uma declaração de vontade, enunciada sob a invocação da divindade.

Para Arnoldo Wald (2011, p. 228):

Surgido no direito romano, num clima de formalismo, de inspiração religiosa, o contrato se firmou, no direito canônico, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações. Oriunda dos canonistas, a teoria da autonomia da vontade foi desenvolvida pelos enciclopedistas filósofos e juristas que precederam a Revolução Francesa e afirmaram a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei. Surge assim o princípio *pacta sunt servanda*. São os jusnaturalistas que levam o contratualismo ao seu apogeu, baseando num contrato a própria estrutura estatal e fazendo com que, em determinadas legislações, o contrato não mais se limite a criar obrigações, podendo criar, modificar ou extinguir qualquer direito, inclusive os direitos reais.

Entretanto, com o desenvolvimento da burguesia, diante de um contexto econômico propício à circulação de capital, os costumes mercantis dinamizaram e simplificaram as relações contratuais, transformando o cenário econômico-social da época, caracterizado pelo maior desenvolvimento das forças produtivas e pela intensificação do sistema de trocas. (GONÇALVES, 2007).

Destarte, com o crescimento constante dos negócios, que passaram a ser realizados em massa pela sociedade, o formalismo e o simbolismo dos contratos, aos poucos, vão sendo abandonados, valorando-se o consentimento e a própria manifestação de vontade. (GONÇALVES, 2007).

É nesse paradigma que surge o Estado Liberal, caracterizado pela não intervenção do Estado na economia, vigência do princípio da igualdade formal, adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu (*apud* GONÇALVES, 2007), supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais.

A classe burguesa emergiu como nova detentora do poder econômico, garantindo a liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro. (GONÇALVES, 2007).

Assim, o consensualismo ganhou força cogente no direito contratual, consignando a regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes e faz lei entre os contratantes, levada a cabo pelo Código Civil Francês (*apud* GONÇALVES, 2007), primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos.

Com efeito, o *Code Napoleon* (*apud* GONÇALVES, 2007) é o fruto direto da Revolução Francesa, colhido pela vitória da classe burguesa, no sentido de assegurar à transferência de propriedades e riquezas, por meio do instituto do contrato, visando à

direção e ao domínio do sistema capitalista de toda a sociedade.

Logo, a teoria contratual deste *Codex* (BRASIL, 2018b) foi “[...] inspirada no liberalismo (no plano econômico) e no voluntarismo (no campo jurídico)”. (HIRONAKA; MORRIS; BARROSO, 2008, p. 33).

Nesta perspectiva crítica, o Código Civil Francês (*apud* GONÇALVES, 2007) criou dois pilares bases para a teoria geral dos contratos, quais sejam: a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos (princípio da imutabilidade dos contratos – *pacta sunt servanda*).

Segundo as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 54):

O código napoleônico de 1804 – grande código da idade moderna e o primeiro dos códigos burgueses – associava o contrato à liberdade e o conectava, em um binômio indissolúvel, o direito de propriedade (categoria-chave do sistema jusprivatístico). O contrato seria o instrumento técnico-jurídico adequado de transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente. Mediante o igualitário acesso à propriedade – pela via do contrato –, a propriedade se liberta dos pesos de origem feudal que impedem o seu uso capitalista, adentrando o bem no ciclo produtivo.

O civilista Arnoldo Wald (2011, p. 229) esclarece que:

O individualismo do século XIX, do qual o Código Napoleão foi o maior monumento legislativo, inspirou-se na fórmula liberal dos fisiocratas, que reduziram ao mínimo a interferência estatal, abrindo amplas perspectivas de liberdade à vontade humana, que só por si

mesma, em virtude das obrigações contraídas, poderia sofrer restrições ou limitações. Construiu, assim, o contrato o instrumento eficaz da economia capitalista na sua primeira fase, permitindo, em seguida, a estruturas das sociedades anônimas de grande concentração de capitais necessárias para o desenvolvimento da nossa economia em virtude do progresso técnico, que exige a criação de grandes unidades financeiras, industriais e comerciais.

Para Silvio Luís Ferreira da Rocha (2002, p. 29):

O Código Civil francês consolidou o paradigma da vontade como expressão suprema e inderrogável do indivíduo e de sua liberdade, surgindo o contrato como fonte primordial das obrigações. Atribuiu-se à vontade individual a função de causa primeira do direito privado. Neste, o comércio jurídico cresceu amparado na noção de contrato, entendendo que toda obrigação, por implicar em restrição à liberdade individual, teria de provir de um ato de vontade do devedor, e, além disso, que todos os resultados desse ato eram justos: “qui dit contractuel dit juste”. Ocorreu a igualização formal dos sujeitos jurídicos, tornando irrelevante a posição econômico-social das partes e os termos reais da troca econômica realizada, bastando a capacidade dos emitentes das declarações de vontade. Os dois postulados fundamentais da doutrina individualista clássica resumem-se nas seguintes fórmulas: *nenhuma obrigação sem contrato e toda a obrigação livremente consentida é justa*.

Nas palavras do jurista Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 03):

O Código Napoleão foi a primeira grande codificação moderna. A exemplo do direito romano, considerava a convenção o gênero, do qual o contrato era uma espécie (art. 1.101). Idealizado sob o calor da Revolução de 1789, o referido diploma disciplinou o contrato como mero instrumento para a aquisição da propriedade. O acordo de vontades representava, em realidade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias. A transferência de bens passava a ser dependente exclusivamente da vontade.

O Código Civil Alemão de 1896 (*apud* GONÇALVES, 2007, p. 03), apesar de manter a ideia da autonomia da vontade no direito obrigacional, “[...] considera o contrato uma espécie de negócio jurídico, que por si só não transfere a propriedade, como sucede igualmente o novo Código Civil brasileiro”.

Na opinião de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 54):

No código civil alemão de 1896 (BGB), a disciplina do contrato é organizada de forma distinta da organizada no *code Napoléon*. Na Alemanha, a categoria do contrato é construída no interior e à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras. Esta categoria é o *negócio jurídico*, elaborado pela escola da *“Pandectística”*. Trata-se de um modelo abstrato, originariamente definido como *“uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos”*. Na base desta ideia, acolhida pelos pensamentos jusnaturalistas e iluminista, cristaliza-se o *“dogma da vontade”*, destinado a tutelar

de modo mais intransigente a liberdade e a espontaneidade do querer de quem realiza o negócio. A teoria do negócio jurídico representa um formidável instrumento ideológico funcionalizado aos interesses da burguesia e ao capitalismo, ao propor a igualização formal dos sujeitos jurídicos, ocultando a concreta posição econômico-social das partes.

Pois bem. O princípio do consensualismo, pautado na ideia de que o contrato resulta do consenso e do acordo de vontade das partes contratantes, não admitindo, em regra, restrições ou limitações de terceiros não contratantes ou do Estado, predominou no século XIX e avançou no século XX. (*apud* GONÇALVES, 2007).

Daí surgiu à concepção tradicional de contrato, em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente do dogma máximo da autonomia da vontade, com o poder das partes de estabelecer normas jurídicas individuais para regular sua própria atividade jurídica, manifestada pelo negócio jurídico. (GONÇALVES, 2007).

Ainda sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 17-18) escreve que:

Ao se constituir o direito contratual moderno, já não encontrou obstáculo o princípio do consensualismo. Os sistemas de direito positivo consignaram a preeminência da regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes. Retomou uma velha parêmia, *pacta sunt servanda*, não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontade das partes, tem igual força cogente. O princípio do consensualismo predominou

em todo o século XIX e avançou pelo século XX. Segundo ele, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. Somente por exceção conservou algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a *traditio* da coisa e a observância de formalidades.

Todavia, aos poucos, percebeu-se que a liberdade dos contratantes não era suficiente para garantir o equilíbrio dos contratos. A igualdade não deveria ser apenas econômica, mas também técnica, cultural, etc. O Estado Liberal entrou em decadência, vindo a ser substituído por um Estado intervencionista. (GONÇALVES, 2007).

Diante do novo paradigma estabelecido pelo Estado Social (*Welfare State*), com a necessidade de o Estado intervir no aspecto econômico das sociedades, houve a chamada “crise do contrato”, propiciando uma nova revisão teórica do instituto. (GONÇALVES, 2007).

Assim, “[...] A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de *autonomia privada*, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a *liberdade de determinar o conteúdo* da relação contratual [...]”. (GOMES, 2011, p. 09).

2.4 Os Contratos no Código Civil de 1916

Em 1899, o Ministro da Justiça Eptácio Pessoa, do Governo do Presidente Campos Sales, convidou o Professor de Direito Comparado, da Faculdade de Direito do Recife, Clóvis Beviláqua, para elaborar um novo Projeto de Código Civil. (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Assim, com apenas 08 (oito) meses de trabalho, o professor Clóvis Beviláqua concluiu o seu Projeto de

Código Civil, entregando-o ao Governo Federal. (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Submetido à apreciação do Congresso Nacional, o Projeto Beviláqua sofreu várias críticas, em especial, pelo Senador Baiano Ruy Barbosa, fazendo com que o texto do projeto tivesse longa tramitação nas casas legislativas. (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Entretanto, somente em 1916, o Código Civil brasileiro (BRASIL, 1999) foi aprovado, entrando em vigor em 1º (primeiro) de janeiro de 1917. (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Segundo o professor César Fiuza (2010, p. 74-75):

Finalmente, em abril de 1916, Clóvis Beviláqua foi nomeado para elaborar um projeto de Código Civil. Desincumbiu-se da tarefa apresentando-o em novembro do mesmo ano. Inspirou-se Clóvis Beviláqua no Código Civil Francês; no Código Civil Austríaco, no recém promulgado Código Civil Alemão (1896); na doutrina francesa, alemã e italiana, principalmente; no Esboço Teixeira de Freitas e nos projetos de Felício dos Santos e de Coelho Rodrigues. Apresentado o projeto, nomeou-se comissão para examiná-lo. Em agosto de 1900, encerraram-se os trabalhos da comissão, tendo início nova revisão, desta feita com a participação de Clóvis. Em 17 de novembro de 1900, o projeto revisto é apresentado ao Congresso. Primeiramente, o projeto do Código Civil foi examinado por comissão da Câmara Baixa. A aprovação ocorreu em 1902. O projeto seguiu, então, para o Senado, onde foi nomeada outra comissão, presidida por Ruy Barbosa. Nesse momento, o processo legislativo entrou em compasso de espera por dez anos, enquanto Ruy Barbosa examinava e discutia as questões lingüísticas do texto.

Em 1912, o Senado apresentou 186 emendas de fundo e outras várias de redação. A Câmara, em 1913, rejeitou 94 das emendas do Senado. O projeto voltou ao Senado, que manteve 24 das emendas rejeitadas. Retornou à Câmara, que rejeitou nove das que havida sido mantidas pelo Senado. Enfim, as comissões reunidas, do Senado e da Câmara, prepararam a redação definitiva do Código, que acabou por ser aprovado em 1916, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1917, após um ano de *vacatio legis*. De 1916 até nossos dias, muito mudou. Na verdade, diz, com certa razão, que o Código Civil de 1916 já nasceu com os olhos para o passado. Foi fruto de um esforço liberal em seus últimos suspiros. O paradigma já era o do Estado Social, que vinha impondo-se na política e na economia.

Com efeito, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999), nasceu influenciado pelo liberalismo econômico, possuindo um caráter individualista, consagrado pelo Código Francês (*apud* GONÇALVES, 2007) e incorporado pelas demais codificações do século XIX, vindo à tona sob os influxos da época.

O caráter individualista do *Codex* de 1916 (BRASIL, 1999) é o reflexo de uma codificação fechada, elaborada para um país economicamente agrícola, com cerca de 80% (oitenta por cento) da população vivendo no campo. Daí decorre o predomínio do individual sobre o social. (GONÇALVES, 2007).

Logo, o sistema do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999) era fechado, contendo apenas disposições que interessavam à classe dominante da época, com um caráter individualista, conservador e patrimonialista, criando um verdadeiro “Estatuto Privado do Patrimônio”. (GONÇALVES, 2007).

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 174-175):

Percebe-se que o Código Civil de 1916 é filho tardio do liberalismo – fruto de uma concepção oitocentista – conferindo prevalências às situações patrimoniais, que espelham resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, seria permitido o acúmulo de riquezas e a estabilidade do cenário econômico, preservando-se ainda a tranquila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada.

De igual modo, o professor Gustavo Tepedino (2002, p. 15-16) diz que:

A primazia dos valores patrimoniais em detrimento dos existenciais é a ótica principal o legislador do Código Civil de 1916. Seguindo o modelo liberal, importados dos Códigos europeus, tais como o Código Francês e o BGB, o Código Brasileiro procurava assegurar as normas básicas para o desenvolvimento pleno da aristocracia rural e da incipiente burguesia industrial sem a intervenção do Estado, em um sistema marcado pela supremacia da autonomia da vontade, pela propriedade como direito absoluto e pela família sob o domínio do homem sobre a mulher e filhos.

Nesse passo, em relação ao direito contratual, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999) partiu da ideia de que qualquer pessoa, desde que não impedida legalmente, era livre para pactuar, consagrando o princípio da

autonomia da vontade e a noção de que os indivíduos têm liberdade plena e sem mediação para contratar. (GONÇALVES, 2007).

Sendo assim, o princípio do *pacta sunt servanda* é corolário lógico da autonomia privada e da liberdade contratual, e se traduz na obrigatoriedade do cumprimento ao pacto advindo das relações contratuais. (GONÇALVES, 2007).

Desse modo, os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual formam a viga mestra do direito contratual no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999), nos moldes do liberalismo econômico, tendo em vista a ideia de “igualdade” de todos perante a lei. (GONÇALVES, 2007).

3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Após tramitar por quase 30 (trinta) anos no Congresso Nacional, promulgou-se a Lei n. 10.406, de 10 (dez) de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2018b), com o prazo de *vacatio legis* de 01 (um) ano. (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Nas palavras do professor César Fiuza (2010, p. 76):

Em 1967, nova comissão foi nomeada para elaborar um Código Civil. Dessa vez, não encabeçada por um civilista, mas por um filósofo do Direito, Miguel Reale. Além dele, integraram a comissão Ebert Chamoun, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Clóvis C. Silva e Torquato Castro. Como se vê, estiveram ausentes todos nossos grandes civilistas de vanguarda. Em 1972, a comissão concluiu um Anteprojeto, alvo de inúmeras críticas, por sua timidez, linguagem e inadequação à realidade.

Incorporadas 700 das inúmeras emendas recebidas, o Anteprojeto foi reeditado em 1973. Foi, finalmente, enviado ao Congresso Nacional em 1975. No final de 1983, o Projeto foi aprovado pela Câmara Baixa, sendo revisto e enviado ao Senado, em 1984. Após 17 anos, o Código foi, finalmente, aprovado pela Câmara e pelo Senado, em 2001. Foi publicado em 11 de janeiro de 2002, para entrar em vigor em 11 de janeiro de 2003, após um ano de *vacatio*.

Pois bem. Ao contrário do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999), que foi construído com uma mentalidade individualista, em uma época que, quase 80% (oitenta por cento) da população do país morava na zona rural, com um modelo econômico agrícola, o novo *Codex* (BRASIL, 2018b) apresenta um caráter mais social, em virtude da industrialização e da crescente urbanização, com a grande maioria da população se deslocando para os grandes centros urbanos. (GONÇALVES, 2007).

O novo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b) foi sistematizado dentro da concepção germânica (estruturação bipartida), preconizada por Savigny, contendo a parte geral e a parte especial, totalizado 2046 (dois mil e quarenta e seis) artigos de lei. (GONÇALVES, 2007).

A parte geral cuida das *personas*, dos *bens* e dos *atos jurídicos*, ao passo que, a parte especial é composta por 05 (cinco) Livros distintos. (GONÇALVES, 2007).

Na parte especial, o Livro I é concernente ao Direito das Obrigações, o Livro II versa sobre o Direito de Empresa, o Livro III trata do Direito das Coisas, o Livro IV contém o Direito de Família, e, por derradeiro, o Livro V anuncia o Direito das Sucessões. (GONÇALVES, 2007).

Assim, o novo *Codex* se inicia com a enunciação dos direitos da pessoa e da sua personalidade, trata das obrigações civis e comerciais, unificando o conceito de empresa, passando-se então aos direitos reais, ao direito das relações familiares e ao direito sucessório. (GONÇALVES, 2007).

No campo do direito contratual, tema abordado neste modesto trabalho, o novo Código Civil (BRASIL, 2018b) cuida na parte das Disposições Gerais dos Contratos, dentre outros temas fundamentais, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da imprevisão, da resolução por onerosidade excessiva, da revisão contratual. (GONÇALVES, 2007).

Nesse sentido, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 43-44) traz a lume as seguintes características do novo *Codex*:

O Código Civil de 2002 apresenta, em linhas gerais, as seguintes características:

- a) preserva, no possível, como já mencionado, a estrutura do Código de 1916, atualizando-o com novos institutos e redistribuindo a matéria de acordo com a moderna sistemática civil;
- b) mantém o Código Civil como lei básica, embora não global, do direito privado, unificando o direito das obrigações na linha de Teixeira de Freitas e Inglez de Souza, reconhecida a autonomia doutrinária do direito civil e do direito comercial;
- c) aproveita as contribuições dos trabalhos e projetos anteriores, assim como os respectivos estudos e críticas;
- d) inclui no sistema do Código, com a necessária revisão, a matéria das leis especiais posteriores a 1916, assim como as contribuições da jurisprudência;
- e) exclui matéria de ordem processual, a não ser quando profundamente ligada à de natureza material;
- f) implementa o sistema de

cláusulas gerais, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, que desfruta, assim, de certa margem de interpretação.

E continua o referido autor dissertando sobre as inovações trazidas pelo Código Civil (BRASIL, 2018b):

As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça. Embora tenham, num primeiro momento, gerado certa insegurança, convivem, no entanto, harmonicamente no sistema jurídico, respeitados os princípios constitucionais concernentes à organização jurídica e econômica da sociedade. Cabe destacar, dentre outras, a cláusula geral que exige um comportamento condizente com a probidade e boa-fé objetiva (CC, art. 422) e a que proclama a função social do contrato (art. 421). São janelas abertas deixadas pelo legislador, para que a doutrina e a jurisprudência definam o seu alcance, formulando o julgador a própria regra concreta do caso. Diferem do chamado “*conceito legal indeterminado*” ou “*conceito vago*”, que consta da lei, sem definição, como, v. g., “bons costumes” (CC, arts. 122 e 1.336, IV) e “mulher honesta” — expressão que constava do art. 1.548, II, do Código Civil de 1916 —, bem como dos *princípios*, que são fontes do direito e constituem regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo não escritas. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê a

possibilidade de o julgador, para além dos princípios constitucionais, aplicar também os princípios gerais de direito, de âmbito civil, que têm importante função supletiva. (GONÇALVES, 2012, p. 44).

O Código Civil (BRASIL, 2018b) tem como princípios básicos norteadores da sua aplicação a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

3.1 O Princípio da Eticidade

O princípio da eticidade tem como escopo à renúncia ao rigor formal, sem dar muita atenção à perfeita correlação entre fatos e normas. (REALE, 1999).

Com efeito, visando dar mais liberdade ao intérprete, adotou-se um sistema de cláusulas gerais, orientado pela moralidade, bons costumes, ética e boa-fé objetiva. (REALE, 1999).

Pelo princípio da eticidade, a ética e a boa-fé ganham um novo dimensionamento, uma nova valorização, como ferramentas auxiliares do aplicador do Direito para o preenchimento de lacunas, de espaços vazios deixados pela lei. (REALE, 1999).

Na opinião do filósofo do direito Miguel Reale (1999, p. 08):

O princípio da eticidade objetiva o abandono do espírito dogmático-formalista, que entende que tudo se deve resolver por meio de preceitos normativos expressos, com raríssimas referências à equidade, à boa-fé, à justa causa. Deixa-se de acreditar na plenitude do direito positivo, preferindo, em determinados casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos, que permitam chegar-se à concretização jurídica, conferindo-se

maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou equitativa.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 46):

O princípio da eticidade funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores. Prioriza a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos. Confere maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou equitativa. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional. Reconhece-se, assim, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venham alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa.

Portanto, o princípio da eticidade visa dar eficácia e efetividade aos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018a), como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a confiança, a probidade, a lealdade, a boa-fé, conferindo mais eficácia às relações contratuais. (REALE, 1999).

3.2 O Princípio da Socialidade

É cediço que, “Com a vigência de um novo Código Civil, que entre as suas diretrizes emprega o princípio da socialidade em contraposição ao sentido individualista do Código Civil de 1916, mostra-se ainda marcante o exato dimensionamento da ideia de bem comum”. (ROSENVALD, 2005, p. 64).

Portanto, o princípio da socialidade é fundamentado na prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, com a ideia de dimensionamento do bem comum, mas, sem restrições ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna Federal de 1988 (BRASIL, 2018a). (REALE, 1999).

Hodiernamente, afastou-se a aplicação absoluta do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, com a ideia de que os efeitos nocivos dos contratos limitavam-se apenas à esfera jurídica dos contratantes. (REALE, 1999).

Destarte, esta nova concepção parte do preceito de que qualquer contrato lesivo transcende à esfera individual, refletindo-se em toda sociedade. (REALE, 1999).

A finalidade do princípio da socialidade é afastar a mera aplicação do Direito Civil às relações particulares, tendo em vista que as relações contratuais, de um modo geral, interessam à coletividade e à sociedade como um todo. (REALE, 1999).

Nesse sentido, citamos o magistério de Miguel Reale (1999, p. 15):

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente; reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das nobres e corajosas metas de governo.

De igual modo, anota o civilista Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 46):

O princípio da *socialidade* reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana. Com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. Há uma convergência para a realidade contemporânea, com a revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional, como enfatiza Miguel Reale: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

Dessa forma, o princípio da socialidade faz prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, norteando-se por meio do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (REALE, 1999).

3.3 O Princípio da Operabilidade

O princípio da operabilidade tem o objetivo de proporcionar a realização do Direito e disponibilizar as condições para sua operação. Ele também conduz a redação de determinadas normas jurídicas que “[...] são normas abertas, e não cerradas, para que a atividade social, em sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo por intermédio da estrutura hermenêutica, complemento natural da estrutura normativa”. (CARVALHO FILHO, 2003, p. 56).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 46-47):

O princípio da *operabilidade*, por fim, leva em consideração que o direito é feito

para ser efetivado, para ser executado. Por essa razão, o novo Código evitou o bizantino, o complicado, afastando as perplexidades e complexidades. Exemplo desse posicionamento, dentre muitos outros, encontra-se na adoção de critério seguro para distinguir prescrição de decadência, solucionando, assim, interminável dúvida. No bojo do princípio da operabilidade está implícito o da *concretude*, que é a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, mas, tanto quanto possível, legislar para o indivíduo situado: para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Em mais de uma oportunidade o novo Código optou sempre por essa concreção, para a disciplina da matéria.

Ainda sobre o princípio da operabilidade, o professor Miguel Reale (1999, p. 09) acrescenta que:

Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (correteza) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessiva, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixa de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo.

Logo, o princípio da operabilidade veio dar uma maior praticidade ao novo Código Civil (BRASIL, 2018b), por meio da criação de normas que facilitam sua

interpretação e aplicação pelo operador do direito, utilizando-se de cláusulas gerais e abertas. (REALE, 1999).

4 PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O direito contratual é regido por alguns princípios dotados de força normativa cogente nos sistemas jurídicos contemporâneos, que norteiam o operador do direito na busca de uma interpretação votada à realidade dos fatos, em conformidade com os fundamentos constitucionais. (BIERWAGEN, 2003).

Sobre os princípios do direito contratual, o autor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 62-63) pondera que:

Um dos mais importantes instrumentos tecnológicos de tempero da racionalidade econômica e valores de justiça que cercam os conflitos de interesses entre as partes de um contrato são os *princípios do direito contratual*. Trata-se de normas de grande generalidade, expressas em dispositivos de direito positivo ou deles extraídas por via argumentativa, as quais ajudam a nortear os juízes na apreciação de demandas que versam sobre a existência, validade e cumprimento de contratos.

A seguir serão analisados, ainda que de forma sucinta neste modesto trabalho, os princípios mais importantes que regem o direito contratual: princípio da autonomia da vontade, princípio da supremacia da ordem pública, princípio do consensualismo, princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, princípio da obrigatoriedade dos contratos e princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva.

4.1 O Princípio da Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade significa que as partes dispõem de liberdade para contratar, escolher o tipo e o objeto do contrato e dispor o conteúdo da avença de comum acordo com os interesses a serem autorregulados. (BIERWAGEN, 2003).

Assim, toda pessoa capaz tem a liberdade de praticar negócios jurídicos lícitos e de definir o seu conteúdo, criando direitos e obrigações entre os contratantes. (BIERWAGEN, 2003).

Destarte, “A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito”. (STRENGER, 2000, p. 66).

Segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 20):

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

No mesmo sentido, César Fiuza (2010, p. 406) entende que:

É o mais importante princípio. É ele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O

contrato é visto como fenômeno de vontade e não como fenômeno econômico-social. Exerce-se a autonomia da vontade em quatro planos.

1º) Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa viver sem celebrar contratos.

2º) Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o objeto do contrato.

3º) Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da Lei.

4º) Mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito.

Por sua vez, o Waldirio Bulgarelli (2000, p. 92) esclarece que:

[...] a vontade é tão necessária para formar o delito, como para formar o contrato. O princípio da autonomia da vontade pressupõe que os interesses privados, livremente comungados, harmonizam-se com o bem-estar público e do contrato não pode surgir injustiça alguma, uma vez que as obrigações são assumidas livremente. Vê-se, assim, que este princípio não é senão, à luz do direito contratual, a aplicação das ideias individualistas apregoadas pela Revolução Francesa, embora finque suas raízes no Direito Canônico.

Na visão do professor Orlando Gomes (2009, p. 25-26):

O *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito Contratual na

liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse *poder*, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigarse. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante *contrato*, ganha grande extensão. Outros conceituam a *autonomia da vontade* como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei. O conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de autorregência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.

Citando o magistério do civilista Arnaldo Wald (2011, p. 230):

A autonomia da vontade apresenta-se sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual. *Liberdade de contratar* é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a *liberdade contratual* é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a

segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.

Portanto, diante do exposto, “Esse princípio consiste na liberdade que possuem os contratantes de escolher por celebrar ou não o contrato (liberdade de contratar), estabelecer seus termos, assim como resolvê-lo ou alterá-lo conforme lhes aprouver (liberdade contratual)”. (BIERWAGEN, 2003, p. 31).

4.2 O Princípio da Supremacia da Ordem Pública

O princípio da supremacia da ordem pública entende que a ideia de autonomia da vontade é relativa, sujeitando-se à lei e aos princípios da moral e da ordem pública. (BIERWAGEN, 2003).

Isto quer dizer que, a realização de contratos abusivos, contrários aos bons costumes e à economia popular, confronta com o princípio da boa-fé, podendo ser revisados para anular cláusulas abusivas. (BIERWAGEN, 2003).

Sendo assim, “[...] O princípio da autonomia da vontade, porém, não é absoluto, pois a liberdade dos contratantes encontra-se limitada pelo princípio da supremacia da ordem pública e pelos dois princípios do contrato que traçam as diretrizes da noção de socialidade”. (BARROS, 2005, p. 214-215).

Nesse passo, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 22-23) discorre que:

A liberdade contratual encontrou sempre limitação na ideia de ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual. O princípio da autonomia da vontade, como vimos, não é absoluto. É limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública, que

resultou da constatação, feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para restabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes.

Nas palavras do autor Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 24):

O contrato, que reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro submete-se à ordem pública, há de ser consequentemente a resultante deste paralelogramo de forças, em que atuam ambas estas frequências. Como os conceitos de ordem pública e bons costumes variam, e os conteúdos das respectivas normas por via de consequência, certo será então enunciar que em todo tempo o contrato é momento de equilíbrio destas duas forças, reduzindo-se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entenda conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública, e vice-versa.

Arnoldo Wald (2011, p. 230-231) acrescenta que:

Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo, defende os bons costumes e a estrutura social,

econômica e política da comunidade. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir pelo combate à usura, proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem. Quanto aos outros contratos, não havia maiores limitações, até o século XIX. As ideias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação de emergência sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor.

Destarte, a noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes estabelecem freios e limites à liberdade contratual. (BIERWAGEN, 2003).

4.3 O Princípio do Consensualismo

Para o princípio do consensualismo, o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas é suficiente para a validade do contrato. (BIERWAGEN, 2003).

Logo, os contratos realizados com vícios de consentimento, como por exemplo, o dolo, o erro, a coação, o estado de perigo, a lesão, são passíveis de anulabilidade. (BIERWAGEN, 2003).

Depreende-se, portanto, a necessidade da convergência de vontades entre duas ou mais pessoas sobre um mesmo objeto, para gerar um negócio jurídico. (BIERWAGEN, 2003).

Assim, no princípio do consensualismo, “[...] o encontro das vontades livres e contrapostas faz surgir o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico

contratual”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 57).

Destarte, pelo princípio do consensualismo, os contratos formam-se tão somente pela vontade, ou melhor, pelo acordo de vontades, pelo consenso, sendo certo que, “[...] não é preciso haver qualquer início de execução da prestação, forma, sinal, ou causa para que o contrato seja eficaz entre as partes: é suficiente o acordo de vontades despido, o chamado *nudum pactum*”. (MORAES, 2001, p. 06-07).

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 25):

De acordo com o princípio do consensualismo, basta, para o aperfeiçoamento do contrato, o acordo de vontades, contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que vigoravam em tempos primitivos. Decorre ele da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa.

De acordo com Paulo Nader (2016, p. 59-60):

Este princípio diz respeito ao modo pelo qual se opera a formação dos contratos e não ao seu conteúdo. O simples acordo de vontades, ou consenso entre as partes, possui efeito gerador das obrigações contratuais. No Direito Romano a prática contratual era cercada de simbolismo. Prevalcia o caráter formalista. O consentimento não bastava à criação do elo jurídico. O simbolismo foi sendo abandonado progressivamente até atingir-se à fase consensual. Os contratos solenes e os reais são exceções, mas, como observa Henri de Page, constituem uma

parte ínfima, comparados aos contratos consensuais.

Do mesmo modo, o civilista Orlando Gomes (2009, p. 37-38) esclarece que:

No Direito hodierno vigora o *princípio do consentimento*, pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato. Em princípio, não se exige *forma especial*. O consentimento – *solo consensu* – forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente *consensuais*, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida. Tais são, respectivamente, os *contratos solenes* e os *contratos reais*. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a qual a simples *operação* intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.

Por derradeiro, Maria Helena Diniz (2009, p. 28-29) pondera que:

2º) *do consensualismo*, segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, pois, como apontamos alhures, não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual. Embora alguns contratos, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades estabelecidas em lei, a maioria deles é consensual, já o mero consentimento tem o condão de criá-los, sendo suficientes para sua perfeição e validade.

Dessa forma, deve existir o encontro de vontades das partes, bastando o consenso para que o contrato surja no plano da existência do negócio jurídico. (BIERWAGEN, 2003).

4.4 O Princípio da Relatividade dos Efeitos dos Contratos

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos pressupõe a regra de que terceiros não envolvidos na relação contratual não se submetem aos efeitos do contrato. (BIERWAGEN, 2003).

Para o autor Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 377): “A regra geral é que o contrato só ata aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem nem prejudicar, nem aproveitar terceiros. Daí dizemos que, com relação a terceiros, o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*”.

Logo, “[...] de acordo com o princípio da relatividade, o contrato só produz efeitos entre as partes. Não beneficia nem prejudica terceiros. Assim, em regra, não se pode, por meio de um contrato, criar direitos e obrigações para terceiros”. (BARROS, 2005, p. 223).

Nesta seara, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 26) assenta que:

Funda-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio. Mostra-se ele coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil,

não se poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 76-77) sustenta que:

d) *Relatividade*. Outra decorrência da autonomia privada é a impossibilidade de um contrato criar obrigações para quem não é parte dele. Denomina-se *princípio da relatividade* à regra que obstaculiza a extrapolação dos efeitos atinentes à criação de obrigação para além dos próprios contratantes. Quem, por exemplo, promete fato de terceiro obriga-se a indenizar o declaratório se o prometido não for executado (CC, art. 439), exatamente porque os efeitos obrigacionais do contrato são limitados aos contratantes.

Na visão de Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 33-34):

Segundo o princípio da relatividade dos efeitos, as estipulações do contrato só tem efeito entre as partes, não atingindo terceiros. Essa concepção, no entanto, foi relativizada no novo Código Civil, que, inspirado no princípio da socialidade, não concebe mais o contrato apenas como instrumento de satisfação de finalidades egoísticas dos contratantes, mas lhe reconhece um valor social, alinhado ao movimento da funcionalização dos direitos subjetivos, ao qual se refere Judith Martins-Costas. E nessa trilha, ao fixar a função social como limite da liberdade contratual, não poderia deixar de admitir, por conseguinte, a operatividade dos efeitos dos contratos sobre terceiros, no caso, a coletividade. Desse modo, não há

como negar que o conceito de relatividade dos efeitos dos contratos foi reestruturado pelo reconhecimento de seus efeitos a terceiros no cumprimento da função social; no mais, ou seja, com relação às partes (aspecto interno do contrato), a assertiva do princípio continua intacta.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 62):

Regra geral, os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, razão por que se pode afirmar que a sua oponibilidade não é absoluta ou *erga omnes*, mas, tão somente, *relativa*. Como negócio jurídico, em que há a manifestação espontânea da vontade para assumir livremente obrigações, as disposições do contrato, *a priori*, somente interessam às partes, não dizendo respeito a terceiros estranhos à relação jurídica obrigacional.

Cristiano Vieira Sobral Pinto (2014, p. 388) discorre que:

Segundo esse, o contrato é lei somente entre as partes, ou seja, o contrato só vincula aqueles que dele participam (*res inter alios*), quem não é parte do contrato não pode ser compelido a cumpri-lo nem pode exigir o seu cumprimento. O contrato não se reveste daquela oponibilidade *erga omnes* que caracteriza os direitos reais; ao contrário, os contratos são sempre relativos, são *erga singulum*, são relativos às partes contratantes, não podendo ser opostos a terceiros que dele não participaram. Hoje, o contrato não gera efeitos somente para as partes (ex.: estipulação em favor de terceiro; promessa

de fato de terceiro; contrato com pessoa a declarar), sendo possível afirmar que terceiros poderão sofrer seus efeitos. Trata-se de uma via de mão dupla, onde terceiros não podem sofrer em razão do contrato realizado entre os parceiros contratuais e esses terceiros ou terceiro não podem criar problemas para esses parceiros contratuais. Para tanto, veja-se o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor e art. 608 (*tutela externa do crédito*) do Código Civil.

De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2009, p. 30-31):

4º da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual (*res inter alios acta*), visto que não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervierem. O contrato somente produz efeitos entre os contratantes. O ato negocial deriva de acordo de vontade das partes, sendo lógico que apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros. Assim, ninguém se submeterá a uma relação contratual, a não ser que a lei o imponha ou a própria pessoa o queira. Todavia, o princípio da relatividade dos contratos sofre exceções, como, p. ex., nos casos: *a*) dos herdeiros universais (CC, art. 1.792) de um contratante que, embora não tenham participado da formação do contrato, em razão do princípio geral de direito *ubi commoda ibi incommoda*, sofrem seus efeitos; contudo, a obrigação do *de cujus* não se lhes transmitirá além das forças da herança; e *b*) da estipulação em favor de terceiros, do contrato por terceiro e do contrato com pessoa a declarar, que podem estender seus efeitos, conforme o

caso, a outras pessoas, criando-lhes direitos e impondo-lhes deveres, apesar de elas serem aleias à constituição da avença.

Portanto, a regra geral é que o contrato não prejudica e nem beneficia terceiros, ficando restrito somente aos contratantes da avença. (BIERWAGEN, 2003).

No entanto, há figuras jurídicas que excepcionam a regra geral prevista no princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, como por exemplo, os institutos da estipulação em favor de terceiros, da promessa de fato com terceiro e do contrato com pessoa a declarar. (BIERWAGEN, 2003).

4.5 O Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos

O princípio da obrigatoriedade dos contratos é pautado no preceito de que todos os atos avençados no contrato devem ser cumpridos pelas partes, sob pena de execução forçada contra o contratante inadimplente ou de penalidade em seu desfavor (cláusula penal contratual), salvo nas hipóteses de caso fortuito e força maior. (BIERWAGEN, 2003).

Assim, diante deste princípio “[...] também conhecido como *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), as partes que por meio dele se vinculam devem dar pleno cumprimento às suas disposições, pois o contrato vale como se fosse lei entre os contratantes”. (BIERWAGEN, 2003, p. 29).

Nas palavras dos professores Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Amanda Zoe Morris e Lucas Abreu Barroso (2008, p. 40):

O efeito fundamental do contrato é a criação de obrigações para as partes. Isso significa que após a conclusão do contrato

as partes estão vinculadas à execução das respectivas prestações. Devem cumpri-las e, a partir do momento em que estas se tornam exigíveis, estão mesmo obrigadas a tanto. Todos são livres para assumir riscos, respeitados, claro, os limites, impostos à liberdade de determinação do conteúdo. Os contratos nascem para ser cumpridos. Essa é a regra do direito privado. Por princípio, portanto, não se pode alterar os termos de negócio pactuado que observou à lei e aos demais limites impostos à definição do conteúdo contratual. Trata-se do que se costuma chamar de intangibilidade do conteúdo contratual.

Paulo Lôbo (2011, p. 62) salienta que:

O contrato obriga as partes contratantes, como se fosse lei entre elas. Seu não cumprimento enseja ao prejudicado a execução forçada pelo Poder Judiciário, quando possível, ou o equivalente em perdas e danos. A força obrigatória é assegurada pelo Estado, ainda que as cláusulas e condições do contrato não sejam normas jurídicas por ele editadas. O princípio é consectário natural da autonomia privada negocial.

Segundo o pensamento do professor César Fiuza (2010, p. 406-407):

Uma vez celebrados pelas partes, na expressão de sua vontade livre e autônoma, os contratos não podem mais ser modificados, a não ser por mútuo acordo. Devem ser cumpridos como se fossem lei. Costuma-se traduzir esse princípio em latim por *pacta sunt servanda*. Evidentemente, só se aplica este

princípio aos contratos realizados de acordo com a Lei. Os contratos, bem como as cláusulas contrárias ao Direito, reputam-se ilegítimos, saindo da esfera do princípio da obrigatoriedade contratual.

Paulo Nader (2016, p. 57) anota que:

Os contratos são feitos para serem cumpridos – *pacta sunt servanda*. Se o acordo de vontades se faz dentro da esfera de liberdade reservada à iniciativa particular, em se tratando de contratos de Direito Privado, as regras estabelecidas impõem-se coercitivamente às partes, ressalvada a hipótese de inserção de cláusula de arrependimento ou *arras penitenciais*. O comum, nas obrigações contratuais, é o adimplemento. Havendo inexecução, importante a verificar-se é a existência ou não do elemento culpa em sentido amplo. Se o fato decorreu de caso fortuito ou motivo de força maior, o devedor não responderá, salvo se o contrário ficou estabelecido em cláusula contratual. Na hipótese de descumprimento doloso ou culposo, dever-se-á observar o disposto no art. 389 do Código Civil, que impõe ao devedor os ônus de perdas e danos, juros, atualização monetária e honorários advocatícios. Tratando-se de obrigação de dar e havendo condição fática de se impor o cumprimento da obrigação de fazer e de não fazer, sem a violação dos direitos de personalidade, o interessado poderá pleitear a prestação jurisdicional neste sentido. O Código de Processo Civil de 2015 contém disposições pertinentes à execução específica nas obrigações de dar (art. 806, § 2º), fazer e não fazer (art. 497). Já o Código de Defesa do Consumidor, pelo art. 84, prevê a tutela específica nas

obrigações de fazer e de não fazer e com a previsão de liminar e multa diária (*astreinte*).

Portanto, de acordo com a diretriz do princípio da obrigatoriedade dos contratos, “Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*. O acordo de vontade faz lei entre as partes”. (VENOSA, 2003, p. 376).

4.6 O Princípio da Revisão dos Contratos ou da Onerosidade Excessiva

O princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva se contrapõe ao princípio da obrigatoriedade dos contratos. (BIERWAGEN, 2003).

Isto porque, diante de determinadas circunstâncias, um dos contratantes, por meio do Poder Judiciário, tem a possibilidade de alterar o contrato independente da vontade do outro. (BIERWAGEN, 2003).

A teoria da revisão ou onerosidade excessiva dos contratos também é conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*. Esta teoria é pautada na ideia de que ao se contratar, imagina-se que as condições básicas futuras durante o período de execução do contrato permaneçam razoavelmente semelhantes às condições iniciais da avença, de modo a não tornar sua execução excessivamente onerosa para uma das partes. (BIERWAGEN, 2003).

De acordo com o professor Orlando Gomes (2009, p. 41):

Na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a ideia de *imprevisão* predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da

prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo da formação do contrato devem ser previstas, pois constituem, na justa observação de Ripert, uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança às suas relações jurídicas. Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração de seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível. Mas não basta. Necessário ainda que a alteração imprevisível do estado de fato determine a dificuldade de o contratante cumprir a obrigação, por se ter tornado excessivamente onerosa a prestação. A modificação quantitativa da prestação há de ser tão vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente. Chega-se a falar em *impossibilidade*. Pretende-se, até, criar a categoria da *impossibilidade econômica*, ao lado da física e da jurídica, para justificar a resolução do contrato, mas, se a equiparação procedesse, estar-se-ia nos domínios da força maior, não cabendo, em consequência, outra construção teórica. A onerosidade excessiva não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta,

embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante consequência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 30) escreve que:

Opõe-se tal princípio ao da *obligatoriedade*, pois permite aos contraentes recorrerem ao Judiciário, para obterem alteração da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações. Originou-se na Idade Média, mediante a constatação, atribuída a Neratius, de que fatores externos podem gerar, quando da execução da avença, uma situação muito diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor. A teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus* e consiste basicamente em presumir, nos contratos *comutativos*, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma *cláusula*, pela qual a *obligatoriedade* de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, p. ex.), que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.

E continua (GONÇALVES, 2007, p. 30-31), asseverando sobre o assunto:

Entre nós, a teoria em tela foi adaptada e difundida por Arnaldo Medeiros da Fonseca, com o nome de *teoria da imprevisão*, em sua obra *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Em razão da forte resistência oposta à teoria revisionista, o referido autor incluiu o requisito da *imprevisibilidade*, para possibilitar a sua adoção. Assim, não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário, para justificar a alteração contratual. Passou a ser exigido que fosse também *imprevisível*. É por essa razão que os tribunais não aceitam a inflação e alterações na economia como causa para a revisão dos contratos. Tais fenômenos são considerados previsíveis entre nós. A teoria da imprevisão consiste, portanto, na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa – o que, na prática, é viabilizado pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, inicialmente referida. Na realidade, a cláusula *rebus sic stantibus* e a *teoria da imprevisão* eram aplicadas entre nós somente em casos excepcionais e com cautela, desde que demonstrados os seguintes *requisitos*: a) vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou de trato sucessivo; b) ocorrência de fato extraordinário e imprevisível; c) considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração; d) onerosidade excessiva para um dos contratantes e vantagem exagerada para o outro.

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b, p. 477) dedicou uma sessão, compostas pelos artigos 478, 479 e

480, visando à resolução dos contratos por onerosidade excessiva, a saber:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Assim, o princípio da revisão contratual ou da onerosidade excessiva busca efetivar um instrumento de cooperação social, em consonância com os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, constantes da nova ordem contratual. (BIERWAGEN, 2003).

5 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 04), “O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo”.

Hodiernamente, busca-se tutelar os valores coletivos em sobreposição aos individuais, visando à socialização do direito privado, tendo como norte os princípios da função social e da dignidade da pessoa humana. (GONÇALVES, 2007).

Nesse passo, o Código Civil (BRASIL, 2018, p. 407), em seu artigo 421, dispõe que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Assim, a função social do contrato tem por escopo conferir maior equilíbrio às relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal comum de justiça social, concretizando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (BIERWAGEN, 2003).

De acordo com os professores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 211-212):

A autonomia privada não é apenas inserida no contexto da ordem econômica constitucional. Ela também é uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana, que consagra e tutela a existência de uma dimensão vital para que todo ser humano possa desenvolver e afirmar socialmente a sua personalidade. A função social do contrato exerce importante finalidade sindicante de evitar que o ser humano seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pálio da liberdade contratual, culminem por instrumentalizá-lo ou, como instituiu KANT, convertam a pessoa – que um fim em si – em meio para os fins alheios. O desafio à ordem pública e à dignidade da pessoa humana é censurado pelo ordenamento por um amplo leque de opções. Quando a afronta provém de um contrato, a fundamentação judicial calcada na lesão ao princípio da função social

poderá, em certas circunstâncias, suprir a restrição dogmática da teoria das nulidades, com suas naturais limitações na divisão dos planos do negócio jurídico. No pontificado de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “a grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, no momento inicial do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim, no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a liberdade de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao desenvolvimento dessa iniciativa”.

Nos dizeres de Caio Mario da Silva Pereira (2013, p. 13):

O legislador atentou aqui para a acepção mais moderna da função do contrato, que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos. A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de

enorme influência na vida das pessoas possibilita um maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em razão do interesse maior da coletividade.

Destarte, percebe-se que a função social do contrato não eliminou o princípio da autonomia contratual, mas, apenas atenuou ou reduziu o alcance deste princípio, buscando atender o bem comum e o interesse coletivo da sociedade. (BIERWAGEN, 2003).

Logo, a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade, e não apenas no campo *inter pars* das relações contratuais. (BIERWAGEN, 2003).

A professora Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 45-46) discorre que:

Se por um lado a função social do contrato se cumpre quando garantida, no aspecto individual dos contratantes, a preservação de seus direitos fundamentais de liberdade e igualdade – o que não deixa de ser uma forma de prevalência do interesse público sobre o particular –, de outro, tal função também depende do atendimento a certos interesses que estão além das partes e que podem ser afetados pelo contrato, os chamados interesses sociais. Com efeito, o reconhecimento de que a dicotomia construída pelo individualismo jurídico, classificando os interesses de duas categorias (a pública e a privada), era insuficiente para abrigar alguns interesses que não se enquadravam necessariamente numa ou noutra classe – quer pela impossibilidade de serem

individualizados, porquanto afetos à pessoa inserida no grupo social, quer por não se identificarem exatamente com o modo pelo qual o Estado vê o bem-estar social – originou uma terceira categoria, a dos interesses coletivos (ou sociais). [...] Esses interesses sociais – que abrem os chamados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos –, se por um lado romperam o clássico conceito da relatividade dos efeitos do contrato, na medida em que se reconheceu a sua projeção sobre a coletividade, por outro lado, enquanto representativa do bem geral da comunidade, passaram a ser considerados limites para o exercício da liberdade contratual.

Sendo assim, “A *função social* do contrato exige que os acordos de vontade guardem sintonia com os interesses da sociedade, impedindo o *abuso de direito*”. (NADER, 2016, p. 56).

Portanto, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. (TARTUCE, 2014).

6 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Com o nascimento do Estado Social (*Welfare State*), no final do século XIX e no começo do século XX, diante da necessidade de o Estado intervir no aspecto econômico das sociedades, houve a chamada “crise do contrato”, ensejando uma reformulação dos princípios

basilares do direito contratual. (*apud* GONÇALVES, 2007).

Na opinião de Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 49):

A crise social gerada pela conjugação do individualismo jurídico e o liberalismo econômico do século XIX e início do XX ensejou uma reformulação dos seus princípios basilares tendentes à maior “socialidade” e publicização do direito das obrigações: o *princípio da autonomia da vontade*, cedendo parte de seu espaço para o dirigismo contratual, buscava resgatar a igualdade das partes perdida com o fenômeno da massificação das relações contratuais; o *princípio da obrigatoriedade* foi amenizado para admitir a inexecução dos contratos pelo desequilíbrio contratual decorrente de acontecimento imprevisível e extraordinário; o *princípio da relatividade dos efeitos* foi remodelado por força do reconhecimento de uma função social dos contratos; e o *princípio da intangibilidade* foi relativizado para admitir a intervenção do Estado em certos casos de premente interesse social.

Nesta perspectiva, abandonando o caráter individualista e pragmático que inspirava a concepção clássica do direito contratual no *Codex Beviláqua* (BRASIL, 1999), o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b) veio a lume no Ordenamento Jurídico Pátrio, buscando uma revisão teórica do instituto do contrato. (BIERWAGEN, 2003).

Desta forma, o artigo 422 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b, p. 407) dispõe que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Logo, por meio do teor deste dispositivo, extrai-se o postulado do princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes contratantes, durante as tratativas preliminares e na conclusão do contrato, bem como na sua execução e fase pós-contratual, uma atuação pautada nos deveres de honestidade, probidade, lealdade e informação. (BIERWAGEN, 2003).

Assim, “A boa-fé objetiva baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos para confiar uma na outra”. (FIUZA, 2010, p. 414).

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 33-34) discorre que:

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. A regra da boa-fé, como já dito, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais. O novo sistema civil implantado no país fornece ao juiz um novo instrumental, diferente do que

existia no ordenamento revogado, que privilegiava os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, seguindo uma diretriz individualista. A reformulação operada com base nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade deu nova feição aos princípios fundamentais dos contratos, como se extrai dos novos institutos nele incorporados, *verbi gratia*: o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva, a função social dos contratos como preceito de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único) e, especialmente, a boa-fé e a probidade. De tal sorte que se pode hoje dizer, sinteticamente, que as cláusulas gerais que o juiz deve rigorosamente aplicar no julgamento das relações obrigacionais são: a boa-fé objetiva, o fim social do contrato e a ordem pública.

De igual modo, Maria Helena Diniz (2009, p. 31-33) acrescenta que:

5º) *da boa fé* (CC, arts. 113, 187 e 422), intimamente ligado não só a interpretação do contrato – pois, segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes – mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíproca, isto é, proceder com boa fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, respeitando o outro contratante, não traindo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc. É

uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa. Trata-se, portanto, da boa fé objetiva. A esse respeito, o Código Civil, no art. 422, reza que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, impondo que haja entre as partes uma colaboração no sentido de mútuo auxílio na tratativa negocial, na formação, na execução, e na extinção do contrato, impedindo que uma dificulte a ação da outra. “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato” (Enunciado n. 170 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil). A boa-fé objetiva está relacionada com o inadimplemento absoluto do contrato, ou melhor, com a violação positiva da obrigação contratual. Logo, se um dos contratantes não vier a cumprir seu dever, estará ofendendo a boa-fé objetiva, caracterizando o inadimplemento do ato negocial, independentemente de culpa (Enunciado 24 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal).

Cristiano Vieira Sobral Pinto (2014, p. 392) anota que:

Consiste em um dever de probidade entre as partes, de transparência e lisura. A boa-fé objetiva não está ligada ao ânimo

interior das pessoas envolvidas na relação; em verdade, constitui um conjunto de padrões éticos de comportamento, modelo ideal de conduta que se espera de todos os integrantes de determinada sociedade. Deve a boa-fé objetiva ser observada em todas as fases do contrato, seja na fase pré-contratual, seja na fase de conclusão do contrato, ou na fase pós-contratual (*post factum finitum*).

Com efeito, denota-se que “A Boa-fé objetiva como regra de conduta, é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de correção lisura, honestidade para não frustrar a confiança legítima da outra parte”. (SOARES, 2008, p. 82).

Outrossim, sabe-se que “O princípio da boa-fé se biparte em boa-fé *subjetiva*, também chamada de concepção *psicológica* da boa-fé, e boa-fé *objetiva*, também denominada concepção da *ética* da boa-fé”. (GONÇALVES, 2007, p. 34).

Destarte, a boa-fé objetiva não se liga à subjetividade do agente, mas a um padrão genérico de conduta, num determinado lugar e em certo momento. Para se averiguar a presença da boa-fé objetiva deve se buscar, em certo contexto social, o padrão de conduta do homem médio, probo, leal, honesto e correto. (BIERWAGEN, 2003).

Segundo o magistério dos autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 164-165):

Há de salientar que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na

aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio. A boa-fé subjetiva prossegue a sua trajetória no Código Civil de 2002, principalmente nos arts. 1.201, 1.214 e 1.219, como exalta dimensão da convicção interna do possuidor sobre a ausência de defeitos em sua posse. Não se olvide ainda do casamento putativo contraído pelo cônjuge de boa-fé, residindo a sua subjetividade na ignorância do cônjuge sobre a invalidade do matrimônio em decorrência da atuação do outro cônjuge (art. 1.561, CC).

Em sentido diverso, o princípio da boa-fé objetiva – localizado no campo dos direitos das obrigações – é o objeto de nosso enfoque. Trata-se da “*confiança adjetivada*”, uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

A boa-fé objetiva pressupõe: *a*) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; *b*) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*; *c*) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.

As partes contratantes devem agir conforme um modelo de conduta social, respeitando a confiança e o interesse recíprocos de ambos os contratantes. (BIERWAGEN, 2003).

O princípio da boa fé objetiva determina que o padrão médio de probidade, de ética, seja o padrão de conduta a reger o compromisso dos contratantes. (BIERWAGEN, 2003).

Nesse passo, o artigo 112 do Código Civil (BRASIL, 2018b, p. 100) dispõe que: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

O artigo 113 do Código Civil (BRASIL, 2018b, p. 100), por sua vez, assegura que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Segundo o disposto no artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2018b, p. 167): “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Entretanto, “[...] pelo prisma do novo Código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187); e função de integração do negócio jurídico (art. 421)”. (VENOSA, 2003, p. 380).

Portanto, ao analisar um contrato, o exegeta deverá observar o princípio da boa-fé objetiva, para sanar eventuais dúvidas e contradições, originárias dos termos empregados na elaboração da avença, lembrando-se, ainda, que o titular de um direito que o exerce de maneira imprópria, também comete ato ilícito. (BIERWAGEN, 2003).

Na visão da autora Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 54):

Ante dúvidas, obscuridades ou contradições resultantes dos termos empregados na elaboração do contrato, caberá ao intérprete não apenas orientar-se pela vontade dos contratantes, como determina o art. 112, mas também deverá, segundo consigna o art. 113, utilizar como parâmetro dessa atividade o critério da boa-fé.

Não resta dúvida, portanto, de que a boa-fé, enquanto princípio e, agora, como norma posta, trata-se de um critério irrecusável no trabalho hermenêutico dos contratos. Nesse sentido, caberá ao intérprete não apenas guiar-se pela vontade das partes, adaptando-lhe o teor do contrato, mas também, na medida em que a boa-fé estabelece um modelo de comportamento, ordenando-lhes que procedam de forma leal e honesta, dirigindo a sua compreensão, também, pela ideia de conduta escorreita dos contratantes.

Sendo assim, não respeitando o princípio da boa-fé objetiva, ocorre a violação de um dever principal ou anexo do contrato. (BIERWAGEN, 2003).

Sabe-se que os deveres principais dos contratos são as obrigações essenciais, como as de fazer, de dar e não fazer, enquanto os deveres anexos dos contratos (acessórios ou laterais) não possuem uma lista certa, mas, podem ser exemplificados pelas obrigações de proteção, informação, cooperação, lealdade e confiança. (BIERWAGEN, 2003).

A boa-fé objetiva acompanha o contrato como um acessório dele, cada parte contratante tem o dever de adotar todas as medidas cabíveis com o escopo de buscar a consumação dos objetivos éticos contratuais. (BIERWAGEN, 2003).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 82) argumentam que:

Assim, em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si *a lealdade e o respeito* que se esperam do *homem comum*. Com isso, queremos dizer que, livrando-nos das amarras excessivamente tecnicistas da teoria clássica, cabe-nos fazer uma releitura da estrutura obrigacional, revista à luz dessa construção ética, para chegarmos à inafastável conclusão de que o contrato não se esgota apenas na *obrigação principal de dar, fazer ou não fazer*. Ladeando, pois, esse dever jurídico principal, a boa-fé objetiva impõe também a observância de *deveres jurídicos anexos ou de proteção*, não menos relevantes, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, informação, etc. Tais deveres – é importante registrar – são impostos tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, pois referem-se, em verdade, à exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força da boa-fé contratual.

Nas palavras de Orlando Gomes (2009, p. 44):

Em função supletiva, a boa-fé atua criando deveres anexos (também chamados laterais, secundários ou instrumentais). Além dos deveres principais, que constituem o núcleo da relação contratual, há deveres não expressos cuja finalidade é assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato. Dentre estes, destacam-se os deveres de

informação, sigilo, custódia, colaboração e proteção à pessoa e ao patrimônio da contraparte.

Por derradeiro, observa-se que a positivação do princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b), visa construir uma disciplina adequada à dinâmica da realidade contratual hodierna, contribuindo para o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência brasileiras, buscando uma melhor aplicação do direito à realidade social. (BIERWAGEN, 2003).

Desse modo, o princípio da boa-fé objetiva, apesar de flexível, exige que o operador do direito verifique a real intenção dos contratantes, dentro do contexto efetivo do instrumento contratual, em consonância com a realidade social que circunda o caso concreto. (BIERWAGEN, 2003).

Citando a doutrina de de Arnaldo Wald (2011, p. 232):

A regra da boa-fé objetiva configura-se como cláusula geral e, portanto, corresponde a uma técnica legislativa que busca garantir a relação entre o direito e a realidade social, possibilitando a existência de um sistema jurídico aberto com constantes adaptações das normas legais às exigências do mundo de relações e da alteração dos seus valores com o tempo. Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para alcançar resultados justos e adequados. De fato, a cláusula geral da boa-fé presta-se a atingir o fim de flexibilização do direito privado. Pretendeu-se afastar a rigidez do conteúdo das normas que impossibilita a sua adaptação às necessidades das situações concretas, acarretando sua não aplicação diante do dinamismo e das mudanças

sociais. A cláusula geral de boa-fé configura-se com técnica legislativa que dá flexibilização ao ordenamento jurídico, na medida em que permite a participação da jurisprudência no preenchimento do conteúdo dos conceitos apostos nas normas, conforme o caso concreto, e também no estabelecimento das consequências nas hipóteses de violação caso a caso. A cláusula geral de boa-fé exige não apenas que lei seja interpretada, mas também completada e, ocasionalmente, corrigida com base na interpretação contínua da jurisprudência. O conteúdo dessa norma é preenchido por valores que não estão afirmados na lei, sendo extralegais os critérios utilizados. A decisão do caso concreto está no empirismo, e o controle do seu conteúdo é feito pelos próprios tribunais.

Infere-se, assim, que o princípio da boa-fé objetiva está implícito em todos os contratos, e exige dos contratantes uma atuação pautada nos deveres de honestidade, probidade, lealdade e informação, que deverá ser observada em todas as fases do contrato, seja na fase pré-contratual, seja na fase de conclusão do contrato, ou na fase pós-contratual. (BIERWAGEN, 2003).

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou abordar, sucintamente, os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, no âmbito das relações jurídicas contratuais.

O instituto do contrato sofreu várias transformações ao longo dos tempos, passando por diversos contornos, em determinada época e sociedade distintas. (GONÇALVES, 2007).

Hodiernamente, o instituto do contrato busca uma função que visa dar efetividade ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, objetivando a socialização do direito privado na esfera contratual. (GONÇALVES, 2007).

A nova realidade contratual está pautada no intenso vínculo existente entre o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b) e a Constituição Federal de 1988 (BRASIL 2018a), que se agregam em seus valores, princípios e regras. (BIERWAGEN, 2003).

Com a constitucionalização do direito civil, houve uma releitura da teoria geral dos contratos à luz da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018a), diante de uma profunda alteração dos valores jurídicos, obrigando a revisão de conceitos e finalidades dos vários institutos jurídicos. (REALE, 1999).

Assim, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b) é informado pelos valores, princípios e regras constitucionais fundamentais, com cláusulas gerais abertas e dinâmicas, preocupado com a dignidade da pessoa humana, que é um fundamento da nova ordem jurídica e social. (BIERWAGEN, 2003).

O Código Reale (BRASIL, 2018b) implementou o sistema de *cláusulas gerais* de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, que desfruta, assim, de certa margem de interpretação, por meio da aplicação dos princípios norteadores do novo *Codex*, consistentes na eticidade, na socialidade e na operabilidade, em consonância com a diretriz da principiologia contratual da teoria geral dos contratos. (BIERWAGEN, 2003).

Destaca-se, dentre outras, a cláusula geral que exige um comportamento condizente com a probidade e boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil de 2002, BRASIL, 2018b), e a cláusula geral que proclama a função

social do contrato (artigo 421 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b). (BIERWAGEN, 2003).

O princípio da função social dos contratos tem por escopo conferir maior equilíbrio às relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal comum de justiça social, concretizando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (BIERWAGEN, 2003).

O princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, impõe às partes contratantes, durante as tratativas preliminares e na conclusão do contrato, bem como na sua execução e fase pós-contratual, uma atuação pautada nos deveres de honestidade, probidade, lealdade e informação. (BIERWAGEN, 2003).

Nesta perspectiva, a nova realidade contratual se consolidou no Ordenamento Jurídico Pátrio, devido ao sistema aberto e dinâmico das *cláusulas gerais*, que proporcionam a liberdade de contratar em cotejo com os princípios norteadores do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2018b), que ditam um novo rumo para a aplicação dos princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, do consensualismo, da relatividade dos efeitos dos contratos, da obrigatoriedade dos contratos, e da revisão dos contratos ou onerosidade excessiva, no âmbito da teoria contratual. (BIERWAGEN, 2003).

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1999) tinha suas raízes nas doutrinas individualista e voluntarista, criando relações jurídicas contratuais que tinham como características o formalismo e o rigor exacerbados dos contratos, que traziam insegurança aos contratantes. (GONÇALVES, 2007).

Atualmente, o Estado Democrático de Direito impõe à sociedade uma intervenção, pois a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos não possuem uma plenitude concreta, senão antes de serem observados os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos

contratos, em cotejo com os princípios, valores e regras de ordem constitucional. (BIERWAGEN, 2003).

Isto porque, eventuais efeitos nocivos de um contrato não se limitam apenas à esfera jurídica dos contratantes, já que atualmente transcendem à esfera individual das partes, refletindo-se lesivamente em toda sociedade. (BIERWAGEN, 2003).

Logo, se os contratantes ou o contrato não observam os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, bem como os princípios e regras de ordem constitucional, a avença poderá ser considerada nula ou anulável de pleno direito, ou até mesmo um ato ilícito. (BIERWAGEN, 2003).

Destarte, vislumbrou-se no presente trabalho que, os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos têm o intuito de proteger e assegurar os direitos dos contratantes ao realizarem uma avença, tendo como diretriz o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, para se buscar o ideal comum de justiça social nas relações jurídicas privadas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de Direito Civil**, vol.2: Direito das Obrigações e Contratos. São Paulo: MÉTODO, 2005.

BARROS, Wellington Pacheco. **Contratos**: Estudos sobre a Moderna Teoria Geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Jus PODIVM. Vade Mecum*. 3 ed. Salvador: *Jus PODIVM*, 2018a.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil. In: *Jus PODIVM. Vade Mecum*. 3 ed. Salvador: *Jus PODIVM*, 2018b.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Coordenação Maurício Antônio Ribeiro Lopes. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (obs.: A Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, foi revogada após a vigência da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o novo Código Civil).

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 2000.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, 3v.: Contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 25. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. Volume 1. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Direito dos Contratos. Volume 4. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Direito Reais. 5. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume 4: Contratos, Tomo I: Teoria Geral (Abrangendo os Códigos Cíveis de 1916 e 2002). 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume I: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume III: Contratos e Atos Unilaterais. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu. **Direito Civil** – v. 3. Direito dos Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 5: Direito das Obrigações. 2ª parte. 35. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Renato José de. **Cláusula Rebus Sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, Vol. 3: Contratos. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed., 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 3. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2. ed., refor., atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Lei n. 10.406, de 10/01/2002. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso Avançado de Direito Civil**. Volume 3. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. 1. ed. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Almedina: 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O Princípio da Função Social do Contrato**. Curitiba: Juruá, 2005.

SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: LTR, 2008.

STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade: Direito Interno e Internacional**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Volume 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Crises das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In.* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. Com a colaboração de Semy Glanz, Ana Elizabeth Wanderley Cavalcanti e Liliane Minardi Paesani. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

O ABUSO DE DIREITO CONSUMERISTA NAS RELAÇÕES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

Bruna de Oliveira³

RESUMO

O presente trabalho desenvolve a problemática dos contratos consumeristas, principalmente aqueles sob o prisma do *e-commerce*, como não sendo algo de problema isolado de um grupo de pessoas ou de determinado produto, e sim fazendo parte do dia a dia de grande parte da sociedade, haja vista que diariamente ou várias vezes durante o dia, pessoas celebram contratos comerciais, compram, vendem e até de forma automática. Dificilmente alguém conseguiria sobreviver sem a proteção estatal no que tange às relações de consumo e direitos do consumidor, vez que se trata desde uma caixa de palitos de dentes até um produto como bem, a casa própria ou veículo automotores. O comércio eletrônico cresce exponencialmente, ele traz tanto as facilidades de compra quanto de fraudes e má fé. Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), visa à proteção do consumidor em sua totalidade, para que não haja lesões, danos materiais ou pessoais quanto a bens, serviços ou produtos mediante contratação pessoal ou pela internet, podendo assim ter amparo total em leis e decretos que regulamentem o assunto abordado. A análise feita neste trabalho dos princípios que norteiam as relações de consumo se faz necessária para que haja uma conexão entre o instrumento de proteção e o que deu origem a ele.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

Tais princípios, como da vulnerabilidade, informação e equilíbrio, claramente mostram que tanto nos contratos físicos, como contratos eletrônicos, o consumidor sempre será a parte mais fraca e exposta numa relação de consumo.

Palavras-chave: DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO ABUSIVO. E-COMMERCE.

1 INTRODUÇÃO

A inclusão digital dos últimos tempos em todas as esferas da sociedade possibilitou que a humanidade evoluísse muito em pouco tempo, passando a ser conhecida como sociedade da informação. Segundo dados de uma pesquisa feita neste ano pelo IBOPE, 53% da população brasileira acessa a internet. Atualmente, acredita-se que essa porcentagem já atinja a marca de 64%. Com isso, o Brasil se torna um dos países com maior número de internautas do mundo. Uma projeção feita em 2014 pela consultoria de tecnologia eMarketer revelou que o Brasil poderia se tornar o quarto país com mais usuários de internet no mundo. Entre inúmeras inovações, a internet propiciou a criação do comércio eletrônico, um novo ambiente de negócios que hoje possui grande relevância no cenário econômico, onde se quebra o paradigma do contrato tradicional, impresso, assinado por todos. Porém, se de um lado está todo o conforto e comodidade da compra on-line, do outro há a insegurança e vulnerabilidade que deixa o consumidor receoso em comprar pela internet. E como toda relação jurídica que se estabelece, o comércio eletrônico necessita do devido amparo do legislador e do judiciário para se tornar eficaz. Fato é que este mercado está em constante crescimento e se fazia necessária uma tutela específica dentro do ordenamento jurídico brasileiro. No ano de 2013,

promulgou-se o decreto nº 7962 para regular a contratação no comércio eletrônico, complementando assim o Código de Defesa do Consumidor. A nova legislação trouxe uma série de inovações, como explanado anteriormente, porém não explicitou de maneira eficaz as várias nuances que envolvem o *e-commerce*. Uma solução legislativa apropriada seria adicionar um capítulo próprio dentro do Código de Defesa do Consumidor para regulamentar questões atinentes ao processo jurídico que tenha como objeto uma relação jurídica formada virtualmente. Assim, espera-se que o comércio eletrônico expanda de forma responsável e com segurança jurídica e que alcance cada vez mais adeptos desta nova forma consumerista. Será necessário que o legislador formule novos mecanismos ao decorrer do tempo, visando proteger o consumidor da melhor maneira possível, adaptando a legislação com as mudanças da compra *online*.

2 CONCEITOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

O conhecimento sobre as relações consumeristas no sistema jurídico brasileiro é fundamental para se compreender o direito do consumidor e a relação que ele possui com o fenômeno da internet e do comércio eletrônico (GARCIA, 2010).

Somente dessa forma, as partes compactadas estabelecem um vínculo, sempre tendo em vista que a figura do consumidor é a mais fragilizada diante dessa ligação. (GRINOVER, *et al.* 2007, p. 31).

A propósito:

Como norma vigente, o nosso Código de Defesa do Consumidor situa-se na especialidade, segunda parte da isonomia constitucional, retirada do art. 5º, caput, da CF/1988. Ademais, o conteúdo do Código Consumerista demonstra tratar-se de uma

norma adaptada à realidade contemporânea da pós-modernidade jurídica. A expressão pós-modernidade é utilizada para simbolizar o rompimento dos paradigmas construídos ao longo da modernidade, quebra ocorrida ao final do século XX. Mais precisamente, parece correto dizer que o ano de 1968 é um bom parâmetro para se apontar o início desse período, diante de protestos e movimentos em prol da liberdade e de outros valores sociais que eclodiram em todo o mundo. Em tais reivindicações pode ser encontrada a origem de leis contemporâneas com preocupação social, caso do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. De acordo com os ensinamentos de Eduardo Bianca Bittar, a pós-modernidade significa “o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, inaugura sua mescla com os restos da modernidade”.³ Nota-se que a pós-modernidade representa uma superação parcial, e não total, da modernidade, até porque a palavra “moderno” faz parte da

construção morfológica do termo. Em verdade, é preciso rever conceitos, e não romper com eles totalmente. As antigas categorias são remodeladas, refeitas, mantendo-se, muitas vezes, a sua base estrutural. Isso, sem dúvida, vem ocorrendo com o Direito, a partir de um novo dimensionamento de antigas construções. A pós-modernidade pode figurar como uma revisitação das premissas da razão pura, por meio da análise da realidade de conceitos que foram negados pela razão anterior, pela modernidade quadrada. (TARTUCE; NEVES, 2017, p.20).

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078 (BRASIL, 1990), de 11 de setembro de 1990, ressalta que as partes estabelecem uma ligação, havendo a figura do comprador, que seria a pessoa adquirente de um produto ou uma mão de obra, isto é, um serviço, e na outra face desse vínculo estaria a parte que presta a tarefa ou serviço, o chamado fornecedor. (GRINOVER, *et al.* 2007, p.31).

Ressalta-se que essa relação traz consigo um objetivo, o que para o consumidor é a satisfação final de um serviço o qual estabelece uma indispensabilidade, que atinge o seu interesse pessoal. Porém, uma vez que traçou o propósito para consegui-lo, o consumidor ficará subordinado à prestação de serviço que lhe foi ofertado, e assim, fica sujeito aos riscos. (GARCIA, 2010).

O consumidor aparece como fragilizado nas relações de consumo, em razão do que lhe é vendido ou prestado, pois ele não sabe se o que comprou preencherá as suas expectativas, assim, ele corre o risco. Portanto, a figura do consumidor é vista como inferior na situação de vínculo. (GARCIA, 2010).

A relação de consumidor e fornecedor estabelece um vínculo que se tornou inevitável a proteção

do consumidor, haja vista as inúmeras vulnerabilidades as quais o consumidor é submetido, uma vez que o mesmo somente tem acesso ao produto ou o serviço em sua forma final, não tendo acesso às informações ou orientações necessárias, definindo a ideia de que o consumidor fica fragilizado sobre o que lhe foi pactuado, pois, as informações podem ser diferentes ou insuficientes e podem confundir o adquirente, tendo em vista que a ele só é garantido o produto final. (GRINOVER, *et al.* 2007, p.32).

A importância da proteção ao consumidor nas relações de consumo está embasada nas fragilidades às quais ele está sempre submetido, conforme o próprio conceito dessas relações demonstra. (GRINOVER, *et al.* 2007, p.32).

Na grande maioria dos casos o fornecedor está economicamente em vantagem em relação ao consumidor, desta forma, é imprescindível que haja esta proteção por meio do Direito do Consumidor. (ALMEIDA, 2010).

2.1 Histórico do direito consumidor na Constituição da República Federativa do Brasil

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) dentro do sistema jurídico brasileiro tem aplicação especial, sendo assim, é aplicado somente no tratamento das relações de consumo que envolve o Consumidor e o Fornecedor. (MARQUES; BENJAMIN, 2011).

Antes do advento da Carta Magna os consumidores não tinham um Direito tutelado por uma legislação específica, com o avanço tecnológico ocorreram várias mudanças nas relações consumeristas, o que impulsionou o consumo, gerando necessidade de regular tais relações protegendo os interesses dos consumidores. (MARQUES; BENJAMIN, 2011).

A Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988) de 1988 tratou da efetivação desses direitos. Conforme previsto nos artigos, 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, e art. 48 da ADCT, isso significa dizer que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabeleceu a garantia dos direitos individuais e de interesse coletivo dando início à seguridade das relações de consumo.

A sistematização do CDC (BRASIL, 1990), de acordo com o sistema brasileiro, está organizada de modo diferente de alguns países, como esclarece Cláudia Marques e Antônio Herman Benjamin (2011, p. 39):

O CDC não é um código de “consumo”, como a consolidação legal francesa denominados *code de la consommation*, nem é uma lei geral sobre contratos de adesão comerciais civis, concentrada no método do uso de cláusulas contratuais gerais, como a antiga lei alemã de 1976, *AGB Gesetz*, nem é um CC que trate também de relações de consumo como atual BGB [...].

O Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro traz a ideia de sujeitos de direitos, sendo contemplada na figura do consumidor, para tanto, estabeleceu uma condição especial. A tutela ainda estendeu-se no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (ADCT), especificamente, no art. 48. Essa relação de proteção está ligada à Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988), ou seja: “[...] a opção brasileira por um Código de Defesa do Consumidor tem clara origem constitucional. [...]” (MARQUES; BENJAMIN, 2011, p. 59).

O Brasil, como mencionado, estabeleceu um sistema autônomo, diferenciando-se dos demais países, bem como estabeleceu as regras do Direito e das obrigações da relação de consumo, no qual enfocou em assegurar alguns princípios como: precaução, dimensão

coletiva, boa-fé, proteção, confiança e transparência (NUNES, 2011).

De acordo com os ensinamentos de Leonardo de Medeiros Garcia (2010), o Direito brasileiro estabeleceu uma ordem elencada de valores que se fundamentam no interesse público que, assim, situou-se aos interesses sociais. No que tange à ordem pública prevalece a relevância econômica, na qual o Estado reina na intervenção no âmbito particular.

O interesse social no CDC (BRASIL, 1990) traz uma ideia de ordem econômica, relacionada à função social estabelecida em lei como demonstrado abaixo:

[...] Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, esta nova *função social*, intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de Direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social. [...] (MARQUES; BENJAMIN, 2011, p. 61).

O Direito do Consumidor no Brasil, como cediço, tutela os interesses de relação entre fornecedores e consumidores, estabelecendo a limitação dos direitos e obrigações, assim, a consolidação dessa categoria, adveio junto à Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988, visto que já havia a necessidade dessa organização desde a ditadura militar. Existem também, outros indícios sobre o início da relação de consumo, como explica Garcia (2010, p. 36):

[...] Antes do texto constitucional havia leis esparsas, a exemplo do decreto-lei 869 de 1938, o qual trata de crimes contra a economia popular, e do decreto-lei 22.626

de 1943 – Lei de Usura (ainda em vigor) – ao qual muitos atribuem a característica de inauguração do direito consumerista brasileiro.

O surgimento, contudo, ocorreu devido à desorganização no sistema brasileiro e o grande crescimento das relações de consumo, fazendo com que a Constituição positivasse os direitos, estabelecendo os limites legais e equilibrados às partes das relações. O ambiente foi se aproximando e esta ordem também chegou às relações das companhias aéreas, que serão abordadas em outro capítulo. (MIRAGEM, 2012).

Vale ressaltar, também, a importância de se conhecer quem é consumidor protegido pelo Direito do Consumidor definido no artigo 2º do CDC (BRASIL, 1990), que tratou de conceituar essa indagação, deixando-o um pouco aberto quanto à pessoa a ser protegida, sendo assim quando se fala em Direito do consumidor existem algumas considerações a serem observadas, conforme entendimento abaixo:

Quando se fala em proteção do consumidor pensa-se inicialmente, na proteção do não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. [...] O legislador brasileiro parece ter em princípio, preferido uma definição mais objetiva de consumidor no art. 2º, caput. Necessário interpretar a expressão “destinatário final” Destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado, ou simplesmente utilizá-lo [...] Aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir ou na cadeia de serviço. (MARQUES; BENJAMIN, 2011, p. 83).

É importante conhecer a relação dos polos coexistentes, para se compreender o sistema que estão envolvidos, e assim, aplicar a proteção elencada junto ao Código Civil (BRASIL, 2002) de 2002 e a CF/88.(BRASIL, 1988). Desta forma, o destinatário final, que é o consumidor, terá um vínculo protegido, para fazer jus aos direitos quando o seu serviço não for atingido em plena eficácia. Mas, tratando dessas suposições existe a Interpretação finalista e maximalista. (MARQUES; BENJAMIN, 2011).

A Interpretação finalista reflete a ideia de utilização do consumismo para seu uso ou da família. Estaria o CDC tutelando um não profissional, um lado que chama mais atenção pelos debilitados.(MARQUES; BENJAMIN, 2011).

Por outro lado, encontra-se a Interpretação maximalista, verificando um código geral para a sociedade, em se tratando de consumo. Esta teoria concretiza a hipótese de inversão do consumidor para fornecedor, tendo em vista a situação atual do mercado. (MARQUES; BENJAMIN, 2011).

Considera-se ainda a *interpretação* finalista aprofundada, que esclarece as duas interpretações citadas acima, onde a finalista aplica as normas do CDC (BRASIL, 1990), de um lado objetivo no que se figura o fornecedor e subjetivista na pessoa do consumidor, e na interpretação maximalista, diz que ela minimizou essa relação, por ser mais objetiva na relação, ao passo que ela generaliza. (MARQUES; BENJAMIN, 2011).

Segundo leciona Soares (2007), existe ainda a interpretação baseada na função social do contrato, essa teoria destaca a importância do contrato, e que nele as partes sofrem um desequilíbrio, haja vista os vários tipos de consumidores que, muitas vezes, desconhecem o seu próprio contrato, ou seja, não está apto para analisar o contrato, ou não analisar, conforme o que deveria fazer.

O fato é que existem jurisprudências sobre o assunto, tendo em vista a complexidade do artigo 2º do CDC(BRASIL, 1990), mas deve-se observar a relação de consumo, conforme esclarecem os autores MARQUES e BENJAMIN (2011, p. 87):

[...] Apesar de não caracterizar como consumidor *stricto sensu*, a criança, filha do adquirente, que ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto, é consumidor-equiparado e se beneficia de todas as normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso. A importância do parágrafo do art. 2º é seu caráter de norma genérica, interpretador, aplicável a todos os capítulos e seções do código.

O direito do consumidor fará jus àquele que participa da relação consumerista, que compactua, com o outro, o fornecedor ou aquele que sofrerá o dano oriundo da relação consumerista realizada por outras pessoas.

2.2 O Código de Defesa do Consumidor e a pós-modernidade jurídica

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) teve origem por meio da Lei n.º 8.078/90, apresentando-se como um verdadeiro instrumento de proteção dos vulneráveis.

Assim, figurando como norma vigente, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) apresenta-se como uma especialidade, haja vista que demonstra “[...] tratar-se de uma norma adaptada à realidade contemporânea da pós-modernidade jurídica”. (TARTUCE; NEVES, 2017, p.19).

Em relação ao conceito de pós-modernidade, Tartuce e Neves (2017, p.19) pontuam que:

A expressão *pós-modernidade* é utilizada para simbolizar o rompimento dos paradigmas construídos ao longo da modernidade, quebra ocorrida ao final do século XX. Mais precisamente, parece correto dizer que o ano de 1968 é um bom parâmetro para se apontar o início desse período, diante de protestos e movimentos em prol da liberdade e de outros valores sociais que eclodiram em todo o mundo. Em tais reivindicações pode ser encontrada a origem de leis contemporâneas com preocupação social, caso do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

A pós-modernidade é, senão, o reflexo da sociedade em razão de suas próprias mazelas, suficientes a promover um revisionismo completo de seu modo de atuar, especialmente sobre a superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade (TARTUCE; NEVES, 2017).

A pós-modernidade é um estado processante de amadurecimento social, político, econômico e cultural, que ocorrerá em longo prazo, até a sua consolidação. O que se busca na pós-modernidade é rever conceitos, e não romper com os mesmos totalmente (TARTUCE; NEVES, 2017).

A propósito:

Nota-se que a pós-modernidade representa uma superação parcial, e não total, da modernidade, até porque a palavra “moderno” faz parte da construção morfológica do termo. Em verdade, é preciso rever conceitos, e não romper com eles totalmente. As antigas categorias são remodeladas, refeitas, mantendo-se, muitas vezes, a sua base estrutural. Isso, sem dúvida, vem ocorrendo com o

Direito, a partir de um novo dimensionamento de antigas construções. A pós-modernidade pode figurar como uma revisitação das premissas da razão pura, por meio da análise da realidade de conceitos que foram negados pela razão anterior, pela modernidade quadrada. (TARTUCE; NEVES, 2017, p.19-20).

Neste diapasão, pode-se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) brasileiro constitui-se como uma típica norma pós-moderna, ao rever conceitos pretéritos do Direito Privado, como o contrato, a responsabilidade civil e a prescrição. (TARTUCE; NEVES, 2017)

Juridicamente, o fenômeno pós-moderno pode ser identificado por vários fatores, como a globalização, com sua ideia de unidade mundial; abundância de sujeitos e direitos; abundância de relações jurídica e eclosão sucessiva de lei, entre outros, e a expansão da internet. No ordenamento jurídico brasileiro convive-se com mais de 40 mil leis, o que deixa o aplicador do Direito desorientado, até mesmo em relação aos consumidores, em várias situações (TARTUCE; NEVES, 2017).

Na pós-modernidade também merece destaque o fato de que há uma valorização dos direitos humanos e das liberdades, havendo uma preocupação legal em proteger os vulneráveis e promover a valorização da pessoa humana, conforme determina o art. 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988: consumidores, trabalhadores, mulheres sob violência, crianças, adolescentes, idosos, indígenas, deficientes, negros, jovens, etc. (TARTUCE; NEVES, 2017).

Conforme se infere, na pós-modernidade há uma abundância de proteção legislativa, que termina por gerar situações de colisão entre direitos, que passam a

dependem da interpretação constitucional da norma para serem resolvidos. (TARTUCE; NEVES, 2017)

2.3 O Código de Defesa do Consumidor como norma principiológica

Pode-se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) possui relação direta com a terceira geração ou dimensão de direito. Assim, é trivial relacionar as três principais gerações com os princípios da Revolução Francesa. (TARTUCE; NEVES, 2017).

Conforme a doutrina:

Os direitos de primeira geração ou dimensão são aqueles relacionados com o princípio da liberdade. Os de segunda geração ou dimensão, com o princípio da igualdade. Os direitos de terceira geração ou dimensão são relativos ao princípio da fraternidade. Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor tem relação com todas as três dimensões. Todavia, é melhor enquadrá-lo na terceira dimensão, já que a Lei Consumerista visa à pacificação social, na tentativa de equilibrar a díspar relação existente entre fornecedores e prestadores. (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 21).

Destarte, a doutrina compreende que o CDC (BRASIL, 1990) tem relação com todas as três gerações de direitos, entretanto, é mais adequado enquadrá-lo na terceira dimensão, uma vez que o CDC (BRASIL, 1990) visa à pacificação da sociedade, à medida que equilibra a disparidade da relação existente entre consumidor e fornecedores. (TARTUCE; NEVES, 2017).

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) é visto pela doutrina como uma norma principiológica, tendo em vista a proteção oferecida pela

Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) de 1988 aos consumidores: “Art. 5º [...]: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]”. Neste sentido, Tartuce e Neves (2017, p. 22) assim afirmam: “Diante de tais premissas, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor tem eficácia supralegal, ou seja, está em um ponto hierárquico intermediário entre a Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988 e as leis ordinárias.”

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) é uma norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, desta maneira, prevalece sobre as demais leis especiais anteriores que colidirem com ela. (NUNES, 2011).

2.4 Bases Constitucionais do Direito do Consumidor

A legislação do consumidor deu início após a Revolução Industrial, na Europa a partir da segunda metade do século XVIII.

Surgiu, então, as sociedades comerciais, assim, o papel social e econômico perdeu lugar para grupos, devido ao desenvolvimento do capitalismo, que passaram a compor o mercado de consumo.

O consumidor permaneceu em desvantagem frente a um fornecedor fortalecido tecnicamente e economicamente, diante da contratação e unificação dos produtos, ocorrendo, portanto, a eliminação do poder de escolha da parte do comprador.

Como esclarece Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 8):

A proteção do consumidor passou assim a ser um desafio da nossa era e o Direito não poderia ficar alheio a tal tarefa. A finalidade do Direito do Consumidor é justamente eliminar essa injusta

desigualdade entre fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo.

O presente estudo se estabelece na tutela dos direitos do consumidor pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), em relação à proteção das relações de consumo, principalmente quando são realizadas compras pela internet. No entanto, para analisar referido assunto, é necessário apurar como é aplicada a defesa dos interesses dos consumidores pelos preceitos fundamentais do Estado Brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em alguns artigos e tacitamente em outros, a inovação no ordenamento jurídico interno em relação à proteção ao consumidor, tratando de forma exemplar as relações de consumo, as quais eram conduzidas por leis civis e comerciais.

Nos ensinamentos de Bruno Miragem (2012, p. 32):

[...] o legislador constituinte não apenas garantiu os direitos do consumidor como direito e princípio fundamental, mas também determinou a edição de 11 um sistema normativo que assegurasse a proteção estabelecida pela Constituição. Destarte, as relações de consumo passaram a ter autonomia própria, com regulamentação distinta do direito comum.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), objetivando a segurança do consumidor de forma justa, introduziu normas para sua proteção, uma vez que o consumidor não era tratado de forma digna e igualitária ante o fornecedor de produtos e serviços, analisando a carência do comprador como parte mais fraca da relação de consumo, ou seja, a mais vulnerável. Referida proteção

está presente no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Assim aponta o artigo 5º, XXXII, da CF/88 (BRASIL, 1988, *online*):

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

Importante ressaltar, ainda, que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), além do demonstrado alhures, aponta em seu artigo 170, a necessidade de se tutelar o direito do consumidor, obrigando a ordem econômica, em que o mercado de consumo reside, a respeitar a legislação consumerista, conforme segue: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor*”.

Com a consolidação das normas iniciais de amparo ao consumidor, confirmou-se a necessidade de se assegurar os deveres relativos às relações de consumo em uma única lei, assim, surgiu a determinação constitucional, determinando um prazo pelo artigo 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, laborará código de defesa do consumidor*”.

Pelos ensinamentos de Cláudia Lima Marques (2002, p. 31):

[...] de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucional através de um código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), em código de proteção e defesa do “consumidor” [...].

Diante disso foi criado e promulgado em 1990 a Lei 8.078 (BRASIL, 1990), consubstanciando a proteção legal frente às relações de consumo, assegurando e equilibrando o vínculo entre o consumidor e o fornecedor.

3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Toda a legislação do direito do consumidor criou um rol de princípios e garantias para a proteção do consumidor. Segundo Cláudia Lima Marques (1999), princípios são diretrizes fundamentais, os conceitos básicos, as ideias estruturais de uma ciência que se coloca na base de uma ciência, informando-a.

Afirma Ricardo Maurício Freire Soares (2007, p. 84) que “não há mais como pensar numa hermenêutica jurídico-constitucional sem referir-se aos princípios, como referência valorativa para a interpretação finalista do direito”. Ou seja, para a correta aplicação prática do direito é necessária a observância dos princípios que regem o sistema jurídico.

Ao mencionar o Princípio da Proteção da Confiança do Consumidor, o legislador refere-se à proteção da confiança do consumidor no vínculo contratual, garantindo o equilíbrio do contrato, como por exemplo, impedindo a inserção de cláusulas abusivas e assegurando uma interpretação sempre benéfica ao consumidor. Refere-se, ainda, à proteção da confiança na

prestação contratual, ou seja, garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço, bem como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos ou serviços (NUNES, 2011).

Atualmente garante-se, ainda, a proteção ao consumidor durante a elaboração do contrato, bem como durante sua execução, buscando assegurar a justiça contratual. (NUNES, 2011).

Está disposto no artigo 4º, II, d, do CDC (BRASIL, 1990): “pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”.

Segundo menciona Luiz Antônio Rizzatto Nunes, referido dispositivo contempla ao consumidor uma garantia de proteção em relação ao mercado de consumo, ou seja, dá poderes ao Estado para desenvolver e promover padrões de qualidade e de segurança adequados, garantindo a durabilidade e desempenho do produto ou serviço. Uma relação contratual no sistema tradicional poderia causar ao consumidor frustrações e prejuízos, posto que o fornecedor é quem realiza unilateralmente o contrato, podendo este fazê-lo da forma mais benéfica à ele, afastando garantias e direitos contratuais que a lei prevê. As normas do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) tem a finalidade de proteger e garantir essa confiança do consumidor no vínculo contratual, principalmente na execução contratual, se este atingiu a destinação pretendida pelo consumidor, bem como a segurança do produto ou serviço.

Nessa premissa o CDC (BRASIL, 1990), no caput do art. 4º, dispõe que a política nacional de consumo deve atender aos princípios ali elencados. Eles são o princípio da vulnerabilidade; o princípio da boa-fé objetiva; o princípio do equilíbrio; o princípio da

informação, princípio da proteção da defesa do consumidor e o princípio da saúde e segurança.

3.1 Princípios que regem as relações de consumo

3.1.1 Princípio da vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade está previsto no art. 4º, inc. I, do CDC (BRASIL, 1990) e é um dos basilares que rege a relação de consumo, uma vez que também pode ser considerado como a falta de conhecimento do consumidor da legislação que rege o consumo, além de certos abusos que a relação de consumo pode gerar (ALMEIDA, 2010).

Segundo Bruno Miragem (2012, p. 100):

[...] vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica.

Ou seja, decorre de o consumidor ser a parte mais frágil da relação consumerista, pois não possui controle sobre a produção dos produtos e, por isso, acaba se submetendo ao poder da outra parte, surgindo, assim, a necessidade da criação de uma política que busque a minimização dessa diferença na relação de consumo.

Não devemos, porém, confundir vulnerabilidade com a hipossuficiência do consumidor, nas palavras de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (1991, p. 224-225):

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres,

educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores.

Para Nelson Nery Júnior (2002) a vulnerabilidade decorre da isonomia constitucional, que seja tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Frente à relação de consumo, a vulnerabilidade do comprador é considerada presumida em relação ao fornecedor, não tendo o conhecimento específico do produto ou do serviço ofertado, até mesmo em quais as normas são aplicadas no caso concreto. Na ordem econômica, esse princípio busca sensatez na negociação. Visto que, o legislador busca resguardar os mais fracos versus os mais poderosos, o leigo contra o mais informado. Deste modo, aduz o art. 47, do Código de Defesa do Consumidor, que: “*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”. A vulnerabilidade do consumidor em relação à técnica está no sentido de que o mesmo não possui o conhecimento de produção e de funcionamento para eventual vício que o produto ou serviço possa ter. Já na parte econômica, a maior parte dos consumidores tem capacidade econômica infimamente baixa em relação às dos fornecedores (MIRAGEM, 2012).

Assim a lei, especificamente o CDC, deve ser utilizada para armar o consumidor das ferramentas necessárias para estar no mesmo patamar de igualdade jurídica frente aos fornecedores.

3.1.2. Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva está expresso no art. 4º, inc. III, do CDC e estabelece que deverá haver lealdade e cooperação entre as partes da relação de

consumo, evitando condutas que possam lesar a expectativa da outra parte, ou seja, impõe ao fornecedor o dever de garantir o bom termo da relação contratual (SOARES, 2007).

Destarte, considera-se como um princípio presumido, onde, em regra geral, os contratos devem satisfazer à função social e utilizar-se de boa-fé.

Insta salientar o que se infere do Código Civil (BRASIL, 2002), no artigo 113: “os negócios jurídicos devem ser interpretados de conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Ressalta-se, ainda, que o artigo 51, inciso IV, do CDC (BRASIL, 1990), trata das disposições abusivas que de fato são incompatíveis com a boa-fé.

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Será a boa-fé, nos dizeres de Silvio Rodrigues (2002, p. 60): “[...] um conceito ético, moldado nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar.”

O primado básico da boa-fé será "o princípio máximo orientador do CDC" e é através deste princípio nuclear que não apenas os pólos atuantes da relação de consumo, devem se localizar no momento do ato de consumo, mas até a própria legislação consumerista sofre reflexos dele, como por exemplo, "o princípio da transparência (art. 4º, caput) que não deixa de ser um

reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais." (MARQUES, 2002, p.671)

Por fim, temos nesse sentido: “para além de constituir direito básico do consumidor, a correta prestação de informações revela-se, ainda, consectário da lealdade inerente à boa-fé objetiva e constitui o ponto a partir do qual é possível determinar a perfeita coincidência entre o serviço oferecido e o efetivamente prestado” (STJ, REsp 988.595, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 09/12/09).

Do ponto de vista de Bruno Miragem (2012, p. 109/110):

É necessário distinguir, toda via, entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Quando se trata do princípio da boa-fé, faz-se referência, necessariamente à boa-fé objetiva. Isso porque a boa-fé subjetiva não se trata de princípio jurídico que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos. [...] o princípio da boa-fé objetiva implica a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e finalidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro.

No entendimento de Antônio Carlos Efig (2009, p. 96):

O princípio da boa-fé permeia todas as ações humanas, sendo regra ínsita aos próprios valores éticos e morais da sociedade. Não poderia ser diferente nas relações de consumo. Arriscamos dizer, inclusive, ser este um dos mais relevantes

ramos de atuação humana a ensinar a aplicação do princípio da boa-fé.

Deste modo, o princípio da boa-fé está inerente a vários ramos do direito, pois para que haja consideração na relação de consumo, as normas e princípios devem ser seguidos, tanto o fornecedor quanto o consumidor, para que se respeitem os valores morais e éticos da sociedade (NUNES, 2011).

3.1.3. Princípio do equilíbrio

Ainda no artigo 4º, inciso III, do CDC (BRASIL, 1990), encontra-se outro princípio: “equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. A ignorância de referido princípio pode acarretar a anulação de cláusula ou até do negócio jurídico. Se o contrato apresentar conteúdo que deixe o consumidor em posição inferior, ou ainda, que gere desvantagens a este, uma vez que é a parte mais fraca, o contrato poderá ter sua validade questionada judicialmente, podendo gerar a anulação da cláusula desvantajosa ou até do contrato. (EFING, 2009)

Neste sentido, descreve o artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, *online*):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

As cláusulas devem ser claras e divulgadas de tal forma que o consumidor identifique de maneira simples

e imediato o conteúdo ofertado no produto ou serviço, ficando no encargo do fornecedor sustentar este anúncio para informações fáticas, técnicas. Evitando-se abusividade ou prática trapaceira na publicidade (SOARES, 2007).

Nos ensinamentos de Cláudia Lima Marques (2002, p.808): “A publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.

Por fim, o artigo 6º, inc. V, do CDC (BRASIL, 1990) estabelece que: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Conclui-se, então, que para que haja modificações das cláusulas de um contrato para evitar desvantagens e onerosidade ao consumidor, não é necessário que o evento seja imprevisível.

3.1.4. Princípio da informação

É fato que todo consumidor tem o direito de ser informado sobre o produto que está adquirindo, pois a informação é requisito fundamental na relação de consumo, devendo ser a mais clara e acessível possível e, se enganosa, falha ou omissa, esta gerará responsabilidades para o fornecedor (SOARES, 2007).

Neste sentido, o CDC (BRASIL, 1990) ampara o sujeito que irá adquirir o bem em suas normas claras e explicativas nos artigos 6º e o art. 31:

Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

[...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade,

características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

O STJ já decidiu que informação adequada é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil. Ademais, o STJ apontou como “abusivo o reajuste de plano de saúde pelo índice que melhor atende aos interesses do fornecedor, sem que se acorde ou se dê ao consumidor qualquer informação a respeito do critério adotado” (STJ, AgRg no Ag 10.873.91, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Benetti, DJ 05/05/09).

Presume-se que o princípio da informação esta intensamente relacionada ao princípio da boa-fé que também regula e está em todas as etapas contratuais, onde o fornecedor deve expor as informações corretas, sem o interesse de enganar e se aproveitar da leiguice do consumidor (NUNES, 2011)

3.1.5 Princípio da proteção da defesa do consumidor

Ao mencionar, no art. 4º do CDC (BRASIL, 1990), a necessidade da existência de transparência, confiança e harmonia nas relações de consumo, refere-se ao Princípio da Proteção da Confiança do Consumidor,

pois a protege da confiança do comprador no vínculo contratual, garantindo, assim, o equilíbrio e a interpretação sempre pró-consumidor, proibindo cláusulas abusivas (MARQUES, 1999).

Ressalta-se que esta norma está unida com o princípio da vulnerabilidade entre outros, pois demonstra que o consumidor como parte frágil na relação de consumo, através da norma se busca a proteção contra as técnicas abusivas e ofertas enganadoras, no caso, as publicidades (SOARES, 2007).

Pelos ensinamentos de Flavio Tartuce (2012, p. 26/27):

[...] princípio do protecionismo do consumidor pode ser retirado do art. 1º da Lei 8.078/1990, segundo o qual o Código Consumerista estabelece normas de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inc. XXXII, e do art. 170, inc. V da Constituição Federal, além do art. 48 de suas Disposições Transitórias. Não se pode esquecer que, conforme o segundo comando constitucional citado, a proteção dos consumidores é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira.

Contempla ao consumidor uma garantia de proteção em relação ao mercado de consumo, ou seja, dá poderes ao Estado para desenvolver e promover padrões de qualidade e de segurança adequados, garantindo a durabilidade e desempenho do produto ou serviço. Uma relação contratual no sistema tradicional poderia causar ao consumidor frustrações e prejuízos, posto que o fornecedor é quem elabora o contrato unilateralmente, podendo este redigi-lo da forma mais benéfica à ele, afastando garantias e direitos contratuais que a lei supletiva civil permite. As normas do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) tem o condão de

proteger e garantir essa confiança do consumidor no vínculo contratual, principalmente na execução contratual, se este atingiu a destinação pretendida pelo consumidor, bem como a segurança do produto ou serviço (MIRAGEM, 2012).

Verificando as normas que buscam a proteção do consumidor frente às práticas abusivas de ofertas e informações prestadas pelo comerciante, o CDC (BRASIL, 1990) dispõe no teor do artigo 6º, inciso IV, que:

Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Destarte, a divulgação deve ser conduzida de tal forma que o consumidor identifique de maneira fácil e de imediato em relação ao produto ou serviço, ficando a cargo do fornecedor sustentar a publicidade para o conhecimento dados fáticos e técnicos, com a finalidade de impedir abusos ou conteúdo falso nos anúncios.

Conforme leciona Cláudia Lima Marques (2002, p. 800):

[...] que a publicidade passa a ter, seja contratualmente, como oferta (art.30), seja como informação obrigatoriamente clara e correta, responsabilizar quem a veicula (art. 35) e responsabilizar solidariamente toda a cadeia de fornecedores (art. 18). Esses efeitos vinculativos têm como fim assegurar maior transparência nas relações de consumo, pois hoje ninguém duvida da forte influência que a publicidade exerce sobre a população brasileira.

3.1.6 Princípio da saúde e segurança

O Princípio da saúde e segurança é derivado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e está previsto no art. 6º, inciso I, do CDC (BRASIL, 1990 *online*), o qual dispõe que é direito básico do consumidor “a proteção da vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

Importante mencionar o cuidado que se deve ter com os produtos e serviços colocados à disposição no mercado, uma vez que podem causar lesão a saúde e segurança dos consumidores. Entretanto, riscos naturais e previsíveis devem ser discriminados nos rótulos, embalagens e manuais, com as necessárias informações, bem como acautelar de maneira adequada a periculosidade e o potencial do dano que pode ser causado ao consumidor (ALMEIDA, 2010).

O CDC (BRASIL, 1990, *online*) dispõe no teor do art. 10, que:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. § 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3º Sempre que tiverem conhecimento de

periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

Possivelmente, estando o consumidor correndo risco, sendo uma situação de gravidade, o aviso de erro em determinados produtos deve chegar ao conhecimento da União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, em que tais entes precisarão também avisar aos consumidores a respeito do erro e à periculosidade de produtos ou serviços que afetaram à saúde ou segurança.

3.2 Princípios Específicos dos Contratos Eletrônicos

Os contratos eletrônicos têm uma particularidade, o meio pelo qual se realiza o negócio jurídico, qual seja, a internet. Esse meio de comunicação altera a maneira de efetuar um contrato, o seu cumprimento e execução quando comparado com um contrato comum firmado presencialmente entre consumidor e fornecedor. Portanto, em se tratando de contrato eletrônico, é evidente que, diante a sua peculiaridade, essa modalidade de comércio tenha princípios próprios que regem suas transações (OLIVEIRA, 2002).

De acordo com leciona Lawand (2003), os princípios das relações contratuais eletrônicas se dividem em três, quais sejam: i) o Princípio da Equivalência Funcional dos Atos Jurídicos Produzidos por Meios Eletrônicos com os Atos Jurídicos Tradicionais; ii) o Princípio da Neutralidade Tecnológica das Disposições Reguladoras do Comércio Eletrônico; e iii) o Princípio da Inalterabilidade do Direito Existente Sobre Obrigações e Contratos, que serão apresentados a seguir.

3.2.1. Princípio da Equivalência Funcional dos Atos Jurídicos Produzidos por Meios Eletrônicos com os Atos Jurídicos Tradicionais

Segundo este princípio, fica vedado qualquer tipo de diferenciação do contrato realizado pelo meio eletrônico com os contratos tradicionais, realizados por meio escrito ou verbal, deste modo, não serão excluídos seus efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação por encontrar-se na forma de mensagem eletrônica, devendo ser preservada todas as garantias, uma vez que a função jurídica de ambos é a mesma (OLIVEIRA, 2002).

No entender de Fábio Ulhoa Coelho (2013, on line): “O princípio da equivalência funcional é o argumento mais genérico e básico da tecnologia jurídica dos contratos virtuais. Afirma que o registro em meio magnético cumpre as mesmas funções do papel”.

Não se pode negar validade ou eficácia ao contrato argumentando-se, exclusivamente, ter sido ele firmado por meio eletrônico. Têm-se, portanto, em funcionalidade contratual, equivalência entre o tradicional e novo.

Necessário ressaltar que, com respeito a essas funções, a documentação consignada por meios eletrônicos pode oferecer um grau de segurança equivalente ao do papel e, na maioria dos casos, com maior confiança e rapidez, especialmente com respeito à determinação da origem e do conteúdo dos dados, observados certos requisitos técnicos e jurídicos (DIAS, 2004).

Neste sentido Jorge Lawand (2003) ensina que a relação de equivalência atingirá tanto o fornecedor, quanto o consumidor que fazem uso do comércio eletrônico, uma vez que ao contrato eletrônico será conferida a mesma validade do contrato comum, registrado em papel.

Assim, Lawand (2003) ressalta dois importantes efeitos que a aplicação deste princípio gerará, o da impossibilidade de considerar o contrato em ambiente virtual inválido e a inviabilidade de prever condições impostas aos contratos de forma escrita diferentes das impostas no ambiente virtual. Ressaltando que estes efeitos agem na concretização da segurança jurídica do consumidor no comércio virtual, por se basearem na inalterabilidade, confiança e possibilidade de rastreamento.

Deste modo, conforme leciona Fabio Ulhoa Coelho (2013), a relação de equivalência deve ser aferida no intuito de impedir que haja discriminação com relação ao comércio eletrônico e incentive ao máximo avanço desta modalidade comercial, extinguindo todo empecilho que possa comprometer este desenvolvimento.

3.2.2 Princípio da Neutralidade Tecnológica das Disposições Reguladoras do Comércio Eletrônico

É certo que o setor de tecnologia tem como característica principal a dinamicidade, constantemente mudando e se desenvolvendo. Diante disso, o princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico demonstra uma forma que deverá compor o teor da legislação ordenadora dos contratos eletrônicos, de forma que consiga alcançar os mais diversos avanços tecnológicos, evitando uma futura necessidade de modificação (OLIVEIRA, 2002).

Portanto, conforme preceitua Elsa Dias Oliveira (2002), o legislador deve ter em mente que a lei deve o ser “mais neutra possível”, para que não se constituam entraves ao desenvolvimento de novas tecnologias. Assim, a legislação pertinente ao comércio, documentos e contratos eletrônicos que venha a ser editada, não deve excluir do âmbito da sua aplicação as inovações a serem introduzidas neste campo.

Observe-se que o Código Civil de 2002 optou por traçar normas gerais, como socialidade, eticidade e operabilidade, para regular a relação entre homens comuns e por esta razão, não se desatualizam diante desse desenvolvimento tecnológico constante. No entanto, não significa dizer que o Código Civil não possui falhas neste sentido, até mesmo porque as técnicas do comércio eletrônico podem transpor o campo da legislação brasileira, e assim, suas normas gerais devem ser aplicadas a ele. O motivo especial para aplicação deste princípio é evitar que o diploma normativo se torne obsoleto, vez que, caso não exista aplicabilidade a determinada tecnologia, este estará ultrapassado (DIAS, 2004).

3.2.3. Princípio da Inalterabilidade do Direito Existente Sobre Obrigações e Contratos

Segundo Jean Carlos Dias (2004), o princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos estabelece que um contrato firmado por meio da internet não afasta a regulamentação jurídica tradicional, razão pela qual deve ser aplicada a legislação vigente, no que for possível, às novas formas de contratação via internet. Ressalta-se que os elementos do negócio jurídico, consentimento e objeto, bem como seus defeitos, não sofrem mudanças significativas quando o meio utilizado for o eletrônico. Todos os requisitos e pressupostos contratuais já consagrados não se alteram substancialmente.

Conforme Lawand:

A internet não cria um espaço livre, alheio ao Direito. Ao contrário, as normas legais aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que quaisquer atos jurídicos. A celebração de contratos via Internet sujeita-se, portanto,

a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro (CC).

O suporte eletrônico é apenas um condutor para a constituição dos contratos, ou seja, as obrigações originadas no ambiente virtual não necessitam, para serem válidas, de uma alteração do direito contratual vigente.

Parte da doutrina brasileira concorda que o Direito possui elementos dogmáticos que se fazem suficientes para resolver qualquer litígio resultante das relações de comércio eletrônico e contratos virtuais, uma vez que as certezas e incertezas que podem vir a surgir tanto do contrato eletrônico como do contrato comum não se distinguem, segundo Fabio Ulhoa Coelho (2013).

A novidade existe apenas na forma de transmissão das vontades, portanto, não se deve criar um novo direito, pelo que os pressupostos legais vigentes de todos os contratos de forma geral não podem ser modificados.

Destarte, os princípios supramencionados são usados como fundamentos de hermenêutica, para interpretar o Código de Defesa do Consumidor e influenciar legisladores em disposições exclusivas que serão analisadas a seguir.

4 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E OS ABUSOS DO E-COMMERCE

4.1 A Evolução do Comércio Eletrônico

Na década de 80 surgiram os primeiros dados sobre o comércio eletrônico. Conforme o autor, foi nessa época que surgiram as formas primitivas de Comércio Eletrônico como cartão de crédito, caixas automáticos e bancários via telefone, os quais foram bem aceitos pelos consumidores. (FERNANDES, 2016)

Ainda durante a década de 1980, a CompuServe disponibilizava os primeiros serviços a usuários domésticos de PC, com o uso de ferramentas como e-mail, painéis de mensagens e sala de bate-papo, adicionando serviço chamado *Electronic Mall*. Esse novo serviço funcionava como shopping virtual, onde usuários podiam comprar produtos diretamente do formulário de 110 comerciantes online. Tratava-se de um dos primeiros exemplos de Comércio Eletrônico. (NAKAMURA, 2011).

Por volta de 1994, surgiu o Netscape 1.0 com Secure Socket Layer (SSL), um protocolo de segurança que criptografa mensagens em uma transação via internet, aumentando a segurança do consumidor do comércio eletrônico. (NAKAMURA, 2011).

A regulamentação inicial no Brasil para tentar definir internet veio com a Portaria 148, de 31 de 05 de 1995 ao definir como: “[...] nome genérico que designa o conjunto de redes, ou de meio de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários a comunicação entre computadores, bem como o 'software' e os dados contidos nestes computadores”. (MACHADO, 2015, p. 45)

Com a expansão da Internet na década de 90 e 2000, o comércio eletrônico cresceu e hoje representa umas das principais formas de mercado, levantando números mais expressivos que o varejo off-line. (FERNANDES, 2006)

De acordo com o levantamento realizado pela Câmara E-net (Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico), o segmento com maior participação nas vendas é o dos eletrodomésticos, seguido pelos produtos de saúde, beleza e medicamentos. Na terceira posição vem o segmento de moda, vestuário e acessório. O segmento literário composto por revistas, livros e assinaturas de jornais segue na quarta posição. Há cerca de dez anos a categoria que ocupava o ponto mais alto do ranking era o

segmento dos CDs e DVDs, com cerca de 40% das vendas. (INTERNET INNOVATION, 2012).

Segundo dados da E-Commerce.Org, o faturamento anual do comércio eletrônico no Brasil somou R\$ 35,80 bilhões no ano de 2014, superando o ano anterior em mais de R\$ 7 bilhões. (E-COMMERCE.ORG, 2015).

4.1 Proteção ao consumidor no comércio eletrônico

As relações humanas sofreram grandes modificações com o surgimento da internet, uma vez que esta ferramenta se popularizou e atualmente alcança todas as parcelas da sociedade, trazendo maior comodidade em relação ao consumo, o qual se torna cada vez mais fácil e abrangente (SILVA, 2011).

Destarte, o comércio eletrônico está em expansão em todo mundo, sobretudo em países em desenvolvimento como o Brasil. Entre outros fatores, tal fenômeno pode ser atribuído à ascensão social das parcelas menos favorecidas da sociedade, que têm maiores possibilidades de acesso à internet, seja nas chamadas "*lan houses*" ou até mesmo dentro das próprias casas, em virtude da facilitação da compra de computadores. Ocorre que esta nova forma de contratação trouxe diversos questionamentos acerca da proteção do consumidor nos contratos eletrônicos, especialmente quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) (Lei nº 8.078/90) e a vulnerabilidade do consumidor, uma vez que este nem sempre está consumindo de forma segura e confiável (SILVA 2011).

A internet revolucionou a vida das pessoas, os negócios, os relacionamentos e os contratos, trazendo eficiência na comunicação, apesar de oferecer sistemática vulnerabilidade quanto ao sigilo de informações privadas. A rede mundial de computadores surgiu como uma reconfiguração das relações entre as pessoas e

revolucionou também a economia, possibilitando oportunidades econômicas às empresas, empregados e consumidores de uma maneira nunca vista antes. (LIMA, 2008)

Outro fator relevante é que conduz ao corte de custos e conseqüentemente ao aumento de receitas e lucro. Isso se deve ao fato de que através do *e-commerce* o indivíduo contrata com apenas alguns cliques, o que facilita e agiliza as relações mercantis. Além disso, a internet é um instrumento de interligação de pessoas em tempo real em qualquer parte do mundo, dinamizando as transações comerciais. (LIMA, 2008).

Comércio eletrônico ou e-commerce, ou venda não-presencial ou ainda comércio virtual, pode-se traduzir como a realização de transação de compra e transferências de fundos eletronicamente, especialmente através da internet. Significa dizer que é uma relação de consumo sem o contato direto do consumidor com o fornecedor do bem ou serviço, ou seja, é um negócio jurídico celebrado à distância, e a ferramenta utilizada nesse tipo de transação vai desde um telefone até um computador. (SOBHIE, 2013)

Segundo Coelho (2014, p. 47), o comércio eletrônico (*e-commerce*) pode ser definido como a “[...] venda de produtos (virtuais ou físicos) ou prestação de serviços em que a oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados.” É, em outras palavras, a venda de produtos ou prestação de serviços realizadas por meio de transmissão eletrônica de informações, isto é, sem contato físico os contratantes.

Ressalta-se que se as relações se travarem mesmo fora da internet, mediante conexão direta de um computador com outro, ainda assim se tratará de comércio eletrônico. Isso porque o que caracteriza o e-commerce é o ambiente em que as relações são travadas, isto é, no ambiente de um estabelecimento virtual (NEVES, 2014).

De modo amplo, podemos visualizar que o comércio eletrônico e uma nova prática de fazer negócios por meio de algum dispositivo móvel como celulares, tablets ou computadores estes conectados a internet. Comércio eletrônico envolveria qualquer figura de transação ou troca de informação mercantil ou visando a negócios, e sendo igual a outros contratos celebrados fisicamente, por exemplo, pela internet se faz, a transmissão de dados sobre as redes de computadores, englobando toda atividade negocial juridicamente saliente, anteriores e posteriores à venda ou à contratação. (MIRAGEM, 2012)

A composição do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) se dá em face à presunção de vulnerabilidade absoluta do consumidor. Para suprir tal debilidade o Estado editou normas a fim de vedar os efeitos de qualquer contrato que lhe pudessem ser opostos, caso tais efeitos incidam em indevida exploração da condição de vulnerabilidade da parte. Com efeito, o CDC busca o equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, ou minimamente, diminuir o desequilíbrio que existe entre as partes. (NETTO, 2012).

Por outro lado, o contratante que realiza transações comerciais via Internet deve ser equiparado ao consumidor amparado pelo CDC, uma vez que, segundo o artigo 2º, caput: *"consumidor é toda pessoa físico ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"*.

Ora, percebe-se que o consumidor que efetua transações comerciais virtualmente, assim como o consumidor que realiza suas transações presencialmente, encontra-se inserido em um comportamento social típico da relação de consumo existente entre fornecedor e consumidor final, a fim da aquisição de produtos e serviços³⁹, sendo assim, detentor dos mesmos direitos, como a proteção à publicidade enganosa. (NETTO, 2012).

A relação de consumo somente se concretiza, quanto ao elemento objetivo, se estiver presente um produto ou serviço a ser negociado entre o consumidor e o fornecedor. O produto é, segundo definição legal, qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial - art. 3º, § 1º, do CDC (BRASIL, 1990) (FERNANDES, 2016).

No que respeita ao aspecto da materialidade ou imaterialidade do produto, o conceito é o mesmo da legislação civil. Mas, por conta do fato de o CDC ter definido produto como imaterial, é de perguntar que tipo de bem é esse que poderia ser oferecido no mercado de consumo. Segundo Neves (2015), a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada. Por isso, o legislador fixou conceitos os mais genéricos possíveis, com a pretensão que nada lhe escape. Assim, a designação “produto” deve ser utilizada, por exemplo, nas atividades bancárias (ex. mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos etc.). Tais “produtos” encaixam-se, então, na definição de imateriais (FERNANDES, 2016).

Já o serviço é definido no § 2º do art. 3º do CDC (BRASIL, 1990), como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Importante destacar que para que se tenha um serviço regido pelo CDC, deve-se tratar de uma atividade fornecida no mercado de consumo, isto é, que envolva oferta ao mercado, produção em série, oferecimento ao público, ofertas em veículos de comunicação etc. (GARCIA, 2014).

Ainda, Garcia (2014) ressalta que, para que se tenha um serviço regido pelo CDC (BRASIL, 1990), deve-se tratar de um serviço prestado mediante remuneração. Assim, serviços puramente gratuitos, como os prestados

por entidade assistencial, não são considerados serviços para efeito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

No que tange à maneira pela qual se vincula o fornecedor ao negócio jurídico, ela se dá a partir da oferta, vez que a oferta é o ato inicial capaz de declarar a vontade de uma das partes em estabelecer um contrato virtual. Esta é a forma que o fornecedor tem para fazer publicidade do objeto contratual em uma página na Internet, a fim de que algum consumidor demonstre interesse em adquirir o bem publicado. Logo, por intermédio deste ato, o consumidor tem a possibilidade de manifestar sua vontade em contratar ou não. (ALMEIDA, 2010).

Segundo o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990):

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Desta forma, o referido dispositivo legal rege a obrigatoriedade da oferta. Esta obrigatoriedade foi acolhida em respeito ao Princípio da Vinculação. Independentemente de forma ou meio de comunicação, em que a oferta se apresentar, será de caráter obrigatório que o proponente expresse sua vontade séria e definitiva, uma vez que o fornecedor estará vinculado à esta oferta. Fruto de sua vinculação, o fornecedor deve cumprir integralmente o que fez veiculado em contrato a ser celebrado com o consumidor. (ALMEIDA, 2010).

No caso de o fornecedor se recusar a cumprir sua oferta, cabe ao consumidor exigir judicialmente o cumprimento forçado desta obrigação nos termos exatos

da oferta, aceitando o produto ou prestação de serviços equivalente, como complementação do pagamento ou até mesmo restituição da diferença dos valores, ou ainda, a rescisão do contrato, diante da devolução da quantia que foi paga, monetariamente atualizada e composição de perdas e danos, como forma de exercer o direito elencado no artigo 35 do Código Consumerista. (CARMO, 2015)

4.2 Legislação aplicável

O Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, ao iniciar os seus efeitos no Brasil, trouxe muita inquietação junto aos empresários que atuam no ramo de comércio eletrônico. Isso porque o decreto estabeleceu novas regras às lojas virtuais, regras estas que, se abrangessem todas as hipóteses de atividades, certamente produzia grandes entraves a várias delas. (COTS, 2013).

Inicialmente é importante diferenciar *e-commerce* de *e-business*. O primeiro se refere basicamente ao comércio pela Internet, o segundo, utiliza a Internet como ferramenta para formalização de negócios que não só de venda. Assim, *e-business* é um gênero do qual o *e-commerce* é uma espécie. (COTS, 2013).

O ordenamento jurídico brasileiro recebeu a primeira legislação que regula o comércio eletrônico (*e-commerce*). O Legislador em sua grande maioria preocupava-se apenas com os aspectos tributários da questão, nem mesmo a Lei do consumidor nº 8.078/90 (CDC), possui dispositivos que regulem a comercialização por meio eletrônico. (SOBHIE, 2013).

O novo diploma legal trouxe algumas inovações importantes. De acordo com as novas regras, os fornecedores deverão informar expressamente em seus sites sua razão social, CNPJ, endereços eletrônico e físico, bem como todas as informações essenciais sobre os produtos ou serviços oferecidos, incluindo eventuais

encargos e restrições aplicáveis à oferta, conforme determina o art. 2º e seus incisos, *in verbis*: (SOBHIE, 2013).

Art. 2º - Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Entre as novidades implementadas está a ampliação dos direitos de devolução de produtos ou serviços, das penas para práticas abusivas contra o consumidor, e ainda da restrição de propagandas invasivas conhecidas como spams, entre outras. Apresentado pelo ex-senador José Sarney, o projeto fazia parte de um lote de 27 proposições que tramitavam em conjunto e passou pela

análise da comissão de juristas criada na Casa para modernizar o CDC (BRASIL, 1990) (SENADO, 2015).

O relator da matéria, senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES), explicou que, quando o CDC foi promulgado há 25 anos, o comércio eletrônico não existia no dia a dia dos brasileiros. Hoje, no entanto, já é usado por cerca de 60 milhões de consumidores no país e movimentou, em 2014, aproximadamente R\$ 36 bilhões (SENADO, 2015).

Assim, a relação de consumo praticada pela internet precisa ter a mesma confiança, segurança e informação que a ocorrida dentro do estabelecimento comercial físico, uma vez que esse negócio jurídico ocorrido na modalidade eletrônico não diverge do ocorrido na modalidade tradicional, portanto, passível de proteção jurídica. (SOBHIE, 2013)

4.3 Publicidade enganosa

Primeiramente, há que explicitar o que diz o CDC (BRASIL, 1990) em seu art. 37:

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se

comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

Destarte, o comércio de forma eletrônica, estabelecido pelo exercício negocial de oferta e permuta de produtos e serviços é convencionada a uma certa distância por meio de redes de comunicação, trocas e processamento de dados, bem como de conhecimentos de forma eletrônica, que está mais presente na rotina das pessoas, com ampla e real tendência de ampliação, especialmente pelo ensejo de que a economia aberta em que cede espaço para o amplo ingresso à conexão universal de computadores. (BARROSO, 2017).

Nesse tema, a publicidade enganosa está entre as principais causas de insatisfação dos clientes. De acordo com o *site* Reclame Aqui, 6.997 queixas foram registradas durante a *Black Friday* de 2017, entre os dias 23 e 27 de novembro, – média de 1,3 reclamação por minuto. Delas, 11,5% eram relacionadas à propaganda enganosa. (OLIVEIRA, 2017).

Assim, a publicidade enganosa online pode ser classificada em dois grupos. No primeiro, ela se manifesta de maneira semelhante à propaganda offline, como televisão ou telemarketing, e diz respeito às características do produto em si. Exemplo disso é quando a empresa anuncia a mercadoria ou serviço por determinado preço, mas não informa o cliente sobre uma taxa obrigatória, ou quando promete algo que o produto não irá efetivamente cumprir. Já o segundo grupo abrange os recursos próprios da Internet, intrínsecos ao ambiente digital. Ou seja, esse tipo de manipulação não replica práticas do mundo offline. Para esclarecer, é quando um usuário clica em um ícone ou anúncio que o redirecionou para uma página aleatória ou

que iniciou um download sem sua autorização, podendo gerar confusão e erro por parte do consumidor. (OLIVEIRA, 2017).

Especificamente sobre o comércio eletrônico, o sigilo dos dados pessoais e as características do produto devem ser informados na fase pré-contratual, na qual é estabelecida uma relação de confiança entre os contraentes. Quando alguém vende um produto pela internet, deve informar o comprador, já na fase pré-contratual, sobre os riscos ou perigos deste produto.

Os deveres anexos de informar na fase pré-contratual muitas vezes têm o mesmo conteúdo do dever de informar previsto no artigo 147 do Código Civil: “*Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado*” (SIQUEIRA, 2017).

Luiz Felipe Siqueira (2017) ensina que, o fornecedor, como o lado mais forte da cadeia do consumo, deve se preocupar em prestar o máximo de informações possíveis, a fim de esclarecer ao consumidor todas as características e riscos do produto ou serviço, sob pena de ter que indenizar por danos materiais e até morais. O Código de Defesa do Consumidor (CDC/Lei 8.078 de 1990) (BRASIL, 1990) possui regras rígidas quanto à responsabilidade daquele que oferta um produto e, portanto, daquele que anuncia:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

A legislação veda a utilização de publicidade enganosa, que é “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. (SIQUEIRA, 2017).

Neste sentido, ensina Fábio Ulhoa Coelho (2015) que o ônus da prova de veracidade e a correção da publicidade feita em desacordo com os ditames legais e éticos é de responsabilidade do fornecedor, vez que é difícil para o consumidor demonstrar de forma técnica a atividade publicitária que se caracterizou abusiva, ou enganosa, conforme dispõe o artigo 38 do CDC (BRASIL, 1990): “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Conclui-se que a sociedade pós-industrial gerou o consumismo de massa e tem o narcisismo como personalidade predominante. Infelizmente, vive-se a era do parecer-ser e o parecer-ter. Já a publicidade enganosa é o lado perverso do consumismo onde o fornecedor (determinante) de má-fé vende um produto (sonho) para o consumidor (determinado) se sentir empoderado.

No entanto, o produto pode ser de baixa qualidade, o consumidor não terá melhora em sua vida e as empresas que agem de má-fé continuam prejudicando não só os cidadãos, mas também o próprio mercado. Nesses casos, cabe ao consumidor procurar os órgãos de defesa do consumidor e ao Poder Judiciário para a garantia dos seus direitos. (SIQUEIRA, 2017).

4.3 Direito de arrependimento

O Código de Defesa de Consumidor (BRASIL, 1990), ao tratar da contratação à distância, estabeleceu o chamado, pela doutrina consumerista, direito de arrependimento. Trata-se da faculdade conferida ao consumidor de desistir do contrato que tenha efetuado fora do estabelecimento comercial do fornecedor, desde que o faça no prazo de reflexão de 7 dias, contados estes da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço. (BRUNO, 2009).

A expressão direito de arrependimento foi adotada pela doutrina por causa do parágrafo único do referido artigo. Todavia, existem expressões diferentes como: direito de recesso, talvez por já existir no Direito Civil a previsão expressa de um direito de arrependimento no art. 420 do Código Civil que trata das arras penitenciais. (ANDRADE 2004).

A razão principal que levou o legislador a proteger o consumidor na contratação à distância foi resguardar a discricionariedade no consumo. Esta discricionariedade, a seu passo, é a conveniência e a oportunidade do consumidor no ato de consumir. (MARQUES, 2013).

O instituto tem sua gênese na proteção do consumidor quando, no momento de aquisição do produto ou serviço, não há tempo para a reflexão sobre a sua adequação e necessidade frente às suas expectativas de consumo. Em outros termos, visa a proteção contra as práticas comerciais agressivas, geralmente verificadas nas vendas fora do estabelecimento empresarial, as quais comprometem a própria integridade da declaração de vontade (CAPUTTI, 2015).

Uma vez aplicado ao comércio eletrônico, o consumidor poderá contratar e, caso o produto ou serviço não atenda as suas conveniências ou expectativas, poderá

se arrepender e simplesmente devolvê-lo ao empresário. Notadamente, tal prerrogativa só tende a difundir o comércio eletrônico, haja vista que o direito de arrependimento supre a falta de contato prévio do consumidor com o produto ou serviço e coíbe as práticas de venda eivadas de marketing agressivo (BRUNO, 2009).

A compra efetuada no e-commerce ainda é considerada “não presente” e, por isso, está sujeita ao direito de arrependimento do consumidor. Essa compreensão foi confirmada recentemente através do Decreto 7.962/2013 (BRASIL, 2013) que, em seu artigo 5º, além de confirmar irrestritamente o direito de arrependimento, trouxe uma nova regulamentação, dentre elas:

O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação; O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios; Será comunicado imediatamente o exercício do direito de arrependimento pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar; A loja deve enviar a confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento ao consumidor.

Ocorre que as singularidades do consumo pela internet não podem ser presumidas como resultado do marketing agressivo. Ao contrário, o consumidor é quem navega até o estabelecimento virtual do fornecedor para adquirir produto ou serviço, inclusive tem a sua disposição a maior ferramenta de pesquisa e informação sobre a qualidade e os preços das mais variadas espécies de produtos e serviços. (COELHO, 2012).

Entretanto, na aquisição de produtos e serviços pela Internet, o direito de reflexão, ou arrependimento, tem uma justificativa maior, posto que a vulnerabilidade do consumidor é mais acentuada, pois ele não tem contato direto com o produto. (FERNANDES, 2016).

Por outro lado, alguns autores declaram que o direito de arrependimento nas compras eletrônicas deixou de ser corretamente regulamentado. Isso ocorreu porque, de acordo com Maia e Damasceno (2014), “a regra original tinha por objetivo proteger um consumidor da década de 90, com pouquíssimo acesso à informação e que poderia ser facilmente enganado por empresas imbuídas de má-fé, porém, os tempos hoje são outros”.

Segundo as autoras, o consumidor que adquire produtos pela internet possui uma informação precisa, ampla e rápida sobre o produto ou serviço que deseja adquirir e a empresa que se dispõe a realizar a venda. Necessário perceber que não há mais a dificuldade no acesso à informação tal como no passado.

Graças a velocidade da multiplicação de informações no mundo virtual, a informação presente na internet, muitas vezes, chega aos consumidores antes mesmo que o produto alcance o mercado. Assim, uma norma que antes conseguia, de forma eficaz, proteger o consumidor no comércio habitual, hoje não cumpre mais com esse papel, servindo apenas de empecilho ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas, que veem seus custos aumentados em razão da possibilidade de arrependimento do consumidor sem qualquer justificativa. (MAIA; DAMASCENO, 2014).

Importante perceber que o direito de arrependimento não se confunde com a presença de vícios no produto, referido nos art. 18, 19 e 20 do CDC (BRASIL, 1990). No primeiro caso, o consumidor não fica satisfeito com o produto e solicita a devolução, enquanto no segundo, o produto apresenta um vício que

impossibilita sua utilização, razão pela qual é solicitada a troca ou restituição do valor pago. (FERNANDES, 2016).

Assim, considera-se que existem produtos e serviços cuja aquisição não é passível de arrependimento pela sua própria natureza, sob pena de gerarem prejuízos a seus fornecedores e desvirtuarem princípios básicos da relação contratual e do respeito em sociedade. Ao mesmo tempo, é preciso haver condições mínimas de preservação dos produtos devolvidos e de suas embalagens para que possam ser recolocados no mercado. (LOPES, 2013).

4.4 Abusividade nos Contratos Eletrônicos

Grande parte, se não um todo, das relações de consumo virtuais são estabelecidas através de contratos eletrônicos de adesão, em que o fornecedor pré-estabelece de maneira unilateral, suas cláusulas da forma que melhor lhe convém. Desta forma, facilmente são encontrados contratos de massa que contém cláusulas que garantam vantagens excessivas unilaterais para o fornecedor, diminuindo suas responsabilidades em relação ao consumidor. (BEDIN, 2014).

Busca-se, assim, propiciar um controle sobre as cláusulas abusivas, que, na definição de Rubén S. Stiglitz, desnaturam o vínculo obrigacional, seja ao limitar ou suprimir a obrigação do proponente, alterando a equivalência entre as partes, seja ao favorecer excessiva ou desproporcional a posição contratual do fornecedor ou mostrar-se incompatível com os princípios gerais tidos como essenciais em cada ordenamento. (MARTINS, 2017).

Nos contratos celebrados entre fornecedores e consumidores o que também deve ser levado em consideração são os direitos e deveres para que a justiça contratual seja alcançada. Dessa forma as cláusulas

abusivas, por exemplo, não podem existir, que são aquelas que dão vantagens unilaterais. (ALCÂNTARA, 2015).

Portanto o CDC (BRASIL, 1990) trás em seu art. 47 o princípio da equidade, no qual protege o consumidor e garante que o aplicador da lei favoreça, através de uma interpretação mais benéfica, em todos os sentidos, a parte mais fraca da relação, que é o consumidor. (ALCÂNTARA, 2015).

Por fim, as regras do CDC não podem ser afastadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta. Como fundamento para essa conclusão, pode ser citada a previsão do art. 51, inc. XV, do próprio Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor. (TARTUCE; NEVES, 2014).

5 CONCLUSÃO

Em quase trinta anos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), este se mantém atual e plenamente eficaz, entretanto, estamos diante de uma nova direção a uma nova direção, a um novo norte, qual seja, o mundo da internet, para onde se deslocaram os mesmos negócios jurídicos já conhecidos e regulamentados no mundo físico.

Com isso, há certa singularidade na relação de consumo virtual, que exigem uma adequação das normas consumeristas, considerando-se a complexidade técnica, tecnológica e jurídica, em que se efetiva esta relação jurídica, garantindo-se, assim a efetiva proteção dos consumidores e fornecedores no mundo virtual. De forma ampla, pode-se afirmar que os processos protecionistas contratuais no Brasil estão sofrendo um vago e progressivo impulso no sentido de ampliar o alcance efetivo da lei, por intermédio dos vários órgãos de proteção ao consumidor.

A internet deixou de ser acessada apenas pela parte mais rica da sociedade, sua expansão até os mais pobres proporcionou uma revolução no comércio eletrônico, movimentando bilhões de reais por ano. Assim, deixa de ser, aos poucos, artigo de luxo utilizar-se do e-commerce, trazendo à ideia de imediatismo e globalização nas relações de consumo. Desta forma, cria-se uma vinculação e certa obrigação ao Legislativo para que este acompanhe as mudanças e novidades com o objetivo de não deixar as partes contratantes desamparadas nesse tipo de comércio.

Inevitavelmente, essa insegurança jurídica perdurará, ainda que de forma momentânea e esporádica, pois a velocidade de adaptação e de mudança da internet está anos-luz a frente do Poder Legislativo. Atualmente, o judiciário resolve os embates jurídicos do mundo virtual muitas vezes com base na doutrina e em outras jurisprudências, haja vista essa falta de normativos legais.

Por fim, não basta que a legislação se modernize para tentar acompanhar o e-commerce, o legislador também precisa entrar nessa mutação para entender as nuances desse novo modelo de contratos e definir de melhor maneira os projetos de lei que contextualizem o mundo virtual com o mundo real.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Douglas. Contratos Eletrônicos. Normatização e Eficácia. In: **Jusbrasil**. 2015. Disponível em: <https://fdouglas.jusbrasil.com.br/artigos/240532087/contratos-eletronicos>. Acesso em 23 out. 2018

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2004.

BARROSO, Débora Larissa Barbosa. O Comércio Eletrônico e o Código de Defesa do Consumidor Frente à Propaganda Enganosa. In: **Jus**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59818/o-comercio-eletronico-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor-frente-a-propaganda-enganosa>. Acesso em: 22 out 2018.

BEDIN, Mariana Luiza Maule. **As cláusulas abusivas e os contratos eletrônicos de consumo. Tese de Mestrado em Direito**. Universidade de Caxias do Sul, Brasil. 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias. In: **Portal do Planalto**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. In: **Portal do Planalto**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.> Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078: de 11 de setembro de 1990. In: **Portal do Planalto**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm.>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Portal do Planalto**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL, Senado Federal. Senado aprova regulamentação do comércio eletrônico. In: **Senado Notícias**. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/30/senado-aprova-regulamentacao-do-comercio-eletronico>. Acesso em 22 out 2018

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 988595 SP 2007/0217038-3. Órgão JulgadorT3 - TERCEIRA TURMA Publicação DJe 09/12/2009 Julgamento19 de Novembro de 2009 RelatorMinistra NANCY ANDRIGHI In: **Jusbrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8633544/recurso-especial-resp-988595-sp-2007-0217038-3-stj>, Acesso em: 01 nov 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO : AgRg no Ag 1087391 SP 2008/0179964-3 STJ, AgRg no Ag 10.873.91, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Benetti, DJ 05/05/09. Publicação DJe 05/05/2009. Julgamento16 de Abril de 2009. RelatorMinistro SIDNEI BENETI. In: **Jusbrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4152704/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1087391-sp-2008-0179964-3>. Acesso em: 01 nov 2018.

BRUNO, Fábio de Barros. **E-COMMERCE E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO**. 2009. Disponível

em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2335.pdf. Acesso em 23 out 2018.

CAPUTTI, Felipe. Nem toda compra pela internet está sujeita ao direito de arrependimento. In: **Conjur**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-21/direito-arrependimento-nao-vale-toda-compra-internet>. Acesso em 23 out 2018

CARMO, Georgia Costa do. **A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico**. Disponível em: . Acesso em 16 abr. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 3: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. — 13. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 3. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico**. 2013. Disponível em: <https://www.ulhoacoelho.com.br/site/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html> . Acesso em: 24 out 2018.

COTS, Márcio. **A regulamentação do e-commerce (Decreto 7.962/2013) não é obrigatória para todas as vendas pela internet**. 2013. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/regulamentacao-commerce-decreto-7-9622013-nao-obrigatoria-vendas-internet/>. Acesso em 22 out 2018.

DIAS, Jean Carlos. **Direito Contratual no Ambiente Virtual**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2004.

E-COMMERCE.ORG. **Vendas Comércio Eletrônico – Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://www.e-commerce.org.br/stats.php>>. Acesso em: 28 set. 2018.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo e Sustentabilidade**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

FERNANDES, Manoela Silvestre. A proteção do consumidor no comércio eletrônico: análise da efetividade da legislação brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17715>. Acesso em out 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Impetus, 2010.

GARCIA, Wander. **Super-Revisão: Concursos Jurídicos**. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

INTERNET INNOVATION. **A Evolução do Comércio Eletrônico no Brasil**. Disponível em: <<http://www.internetinnovation.com.br/blog/e-commerce/a-evolucao-do-comercio-eletronico-no-brasil/>>. Acesso em: 04 out. 2018.

LAWAND, Jorge José. **Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Editora Nelpa: 2008. p. 24 et seq

LOPES, Ludovino. **O direito de arrependimento e seus limites**. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/o-direito-de-arrependimento-e-seus-limites/>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

MACHADO, Karina de Arêa Leão. **Contratos Eletrônicos**. 2015. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27439-27449-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MAIA, Juliana Flávia Schwietzer; DAMASCENO, Larissa Ancora da Luz. As novas regras para o comércio eletrônico. In: **Migalhas**. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI180305,11049-As+novas+regras+para+o+comercio+eletronico>>. Acesso em: 10 out 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações de consumo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir., São Paulo: RT, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2002

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NAKAMURA, Rodolfo. **E-commerce na internet: fácil de entender**. São Paulo: Érica, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002

NETTO, Felipe P. Braga. **Manual de Direito do Consumidor**. 8 ed. Salvador: JusPodvm, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Editora Método: 2014.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O Comércio eletrônico e o Direito do Consumidor. In: **Emerj**. 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista64/revista64_154.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de defesa do Consumidor**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Camila de. **Publicidade enganosa no e-commerce**. 2017. Disponível em: <https://blog.olist.com/publicidade-enganosa/>. Acesso em 22 out 2018

OLIVEIRA, Elsa Dias. **A Proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet**. Lisboa, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 3

SIQUEIRA, Luiz Felipe Vieira de. **O consumismo e a publicidade enganosa**. 2017. Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1147362/2017/06/o-consumismo-e-a-publicidade-enganosa/>. Acesso em: 22 out 2018

SILVA, Karine Behrens da. Proteção do consumidor no comércio eletrônico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2814, 16 mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18701>>. Acesso em: 21 out. 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A Nova Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOBHIE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico: Inovações relevantes para as vendas on line no Brasil a partir do Decreto Federal nº. 7962/2013**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 84-107, 4º Trimestre de 2013. Disponível em:

www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. Acesso em 07 out. 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Emiliane Danielle Prado⁴

RESUMO

A obsolescência programada é um fator determinante para prejudicar o consumidor. É através desta prática que muitos consumidores trocam os produtos, pois, acreditam estar obsoletos. De tal forma, quando a fabricante deixe de enviar alguma atualização ou envia e torna o produto mais lento, causa uma obsolescência programada, forçando o consumidor a adquirir outro de modelo superior. De igual modo, as propagandas e o marketing praticados pelos fabricantes fazem com que o consumidor se revolte contra o próprio produto, desejando o mais novo para que ele se sinta acompanhado na tendência da moda. Assim, a obsolescência programada é um prejuízo causado ao consumidor que, mesmo já tendo um produto, deseja outro. Por outro lado, o meio ambiente também fica prejudicado em razão de que o lixo tecnológico poderá poluir e causar danos, inclusive, quando não existem lugares adequados para inserir certos tipos de materiais. Assim, o presente trabalho tem por objetivo trazer o conceito, características, pressupostos e estudos a partir da obsolescência programada, a qual se relaciona com o direito do consumidor. Também se fará uma abrangência de como o meio ambiente poderá restar prejudicado, motivo pelo qual devem haver estudos sobre sustentabilidade para tentar impedir esta prática.

Palavras-chave: Obsolescência programada. Meio ambiente. Sustentabilidade.

⁴ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar sobre a obsolescência programada, que possui cunho consumerista, em razão das empresas fazer com que determinado produto fique, há pouco tempo, obsoleto.

Quando se fala que o produto ficou obsoleto não quer dizer que se tornou velho, mas sim porque a própria fabricante deu causa para esta obsolescência, por enviar atualizações que na verdade causam danos aos aparelhos, ou por já produzirem produtos de forma há durar pouco tempo. (MILARÉ, 2011).

Diante destas condutas das empresas, faz com que o consumidor, a todo ano, tenha que adquirir novos produtos, fazendo criar um consumismo exagerado, e ainda, prejudicando o meio ambiente em razão do descarte irregular. (MILARÉ, 2011).

É nesta questão específica que gira o presente estudo, para fins de se evitar a obsolescência programada, especificando as regras que atualmente existem contra esta prática, e quais as medidas que podem ser adotadas.

Neste passo, o primeiro capítulo será apresentado sobre a sustentabilidade e consumo, que envolvem a sustentabilidade ambiental, empresarial e social, sendo fatores importantes para se viver harmoniosamente, ou seja, pessoas, empresas e meio ambiente.

Já no segundo capítulo, será analisado sobre a obsolescência programada, especificando exemplos, casos reais e como evitar o problema, bem como, sustentando a tese de que a obsolescência programada causa danos irreparáveis ao meio ambiente e para o consumidor.

Por fim, no terceiro capítulo, será feita uma análise em torno do capitalismo e a economia como agregadores da prática da obsolescência programada. Ou seja, será visto que tanto o capitalismo, quanto a economia, são

fatores que geram a obsolescência, na qual empresas desejam vender e lucrar cada vez mais independente de qualquer fator de prejuízo causado.

Assim, o presente tema se baseia em estudo dos aspectos sociais e coletivos, por adentrar no aspecto do Direito Coletivo, que dentre eles é o Direito do Consumidor, e também, aspectos do meio ambiente, que são institutos muito importantes para o Direito, sobretudo, para fins de preservação.

Em relação à metodologia, será utilizado o método dedutivo, ou seja, partirá dos preceitos gerais do Direito do Consumidor e do meio ambiente, buscando compreender especificamente sobre o instituto da obsolescência programada, que para muitos, ainda é desconhecido. Também será utilizado o método de procedimento funcionalista, pois, buscará compreender e interpretar as regras de consumo atrelada a obsolescência, de modo a se concluir pela prática danosa provocada pelos fabricantes que insistem em produzir produtos que em pouco tempo são substituídos por outros, tudo por causa da prática da obsolescência.

2 SUSTENTABILIDADE E CONSUMO

Antes de se adentrar no cerne do problema, pertinente destacar, em primeiro lugar, a sustentabilidade e consumo, atrelando-os ao Direito e à legislação pátria atual.

Sustentabilidade, extraído sua definição através de sua própria denominação, significa algo que é sustentável, ou em outras palavras, é o mesmo que sustentar alguma coisa. (MILARÉ, 2005).

Édis Milaré (2005, p. 61) explica sobre o que é sustentabilidade:

Como atributo, a sustentabilidade dos recursos está associada à sua durabilidade, ou seja, um bem ou recurso é sustentável na medida em que pode - ou deve - durar para atender às necessidades dos ecossistemas naturais e às demandas dos ecossistemas sociais (em particular nos processos de produção e consumo). Infere-se, daí, que a sustentabilidade dos recursos naturais não é absoluta, é relativa: depende de sua disponibilidade real e do quanto e do como eles são explorados, transformados e utilizados, até serem reduzidos à condição última de rejeitos finais.

Observa-se que a sustentabilidade é uma condição de usufruir da coisa ou do recurso até que ele se finda. Isto porque, não adianta haver extração das demandas naturais e não haver reposição, pois, um dia, tudo irá se extinguir. (MILARÉ, 2005).

Para tanto, a sustentabilidade é algo que se utiliza de forma responsável e em forma pacífica com todos, inclusive com o meio ambiente e consumo. (MILARÉ, 2005).

O fundamento ideal para a condição de sustentabilidade é que os recursos, mais conhecidos como naturais, são finitos, devendo ser preservados, cuidados e extraídos com responsabilidade, sob pena de prejudicar toda uma cadeia de fatores (sistemas ambientais) e até mesmo as gerações futuras, que pagarão o preço pela extração dos recursos para fins de mero consumo, mas sem a necessidade real. (MILARÉ, 2005).

Exemplos rotineiros podem ser ilustrados quando o tema se insere na sustentabilidade. É o caso da produção de petróleo, mineração etc. (MILARÉ, 2005).

Esses produtos acarretam em inúmeros benefícios para a população, pois é através deles que advém o transporte, o gás, materiais como aço, ferro, dentre outros.

(MILARÉ, 2005).

Imagina-se, então, um planeta sem petróleo? Não haveria, pelo menos por enquanto, a menor condição de mobilidade urbana eficiente. Porém, a grande nocividade da exploração de petróleo é a poluição, desastres ambientais, capitalismo em massa que traz violência e desigualdade social, etc. (MILARÉ, 2005).

Por isso, muitos países já se encontram praticando o conceito de sustentabilidade, trocando produtos de derivados do petróleo para os elétricos e sem geração de poluentes. (MILARÉ, 2005).

Essa seria uma nova regra mundial se todas as nações respeitassem a sustentabilidade consumista e ambiental. Desta forma, os produtos extraídos do meio ambiente são recursos que um dia irão se extinguir, pois não há substituição. (MILARÉ, 2005).

Daí indaga-se: se extinguir, como ficará o novo modelo de utilização de transportes? A resposta é que os países que já se enquadram neste conceito de sustentabilidade terão impacto menor do que outros que não se importam com a exploração de recursos de forma irresponsável. (MILARÉ, 2005).

Por outro lado, no aspecto da legislação nacional, a sustentabilidade ainda não possui um critério expresso no ordenamento jurídico, todavia, encontra-se de forma tímida e implícita na Constituição Federal (BRASIL, 1988), quando esta discorre sobre a preservação ambiental. (MILARÉ, 2005).

Cite-se, pois, o artigo constitucional que simboliza a sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. (BRASIL, 1988, *online*).

Note-se que, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) traduz um conceito básico de proteção, determinando que o Poder Público providencie legislação e controle quanto aos meios de se sustentar o meio ambiente.

E não seria diferente, porque, embora não haja uma lei expressa com relação ao que condiz com a sustentabilidade, ela existe em legislações infraconstitucionais, como a Lei nº. 6.938/81 (BRASIL, 1981), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Entre os meios de fiscalização, existe uma importante ferramenta que é o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta (*apud* MILARÉ, 2005), elaborada pelo Ministério Público e o suposto infrator, objetivando deixar de fazer ou fazer algo para evitar ou reparar o dano.

Com efeito, a sustentabilidade deve ser vista como um modelo ideal a ser seguido, e não como meros estudos e apresentações teóricas que não levam a atingir a praticidade da responsabilidade.

Neste contexto, Henrique Rattner (1999, *online*) apresenta um embate político no sentido das dificuldades de se chegar a sustentabilidade em meio ao capitalismo:

Em todo o mundo, as sociedades civis estão se organizando e oferecendo

resistência crescente, não apenas à poluição ambiental e à degradação dos recursos naturais, mas também aos abusos de poder político e econômico. A questão da democratização do processo de tomada de decisão relacionada às condições de vida e de trabalho da população está levando à integração das questões e problemas ambientais e sociais na luta comum pelos direitos humanos básicos. Isto inclui a luta dos cidadãos nas áreas rurais e urbanas para se defender contra práticas predatórias, como a emissão de detritos tóxicos pelas indústrias ou a contaminação do solo e das águas do subsolo pelo processamento de minérios, pesticidas químicos ou fábricas de fertilizantes. Neste processo de mobilização de cidadãos a agirem em busca de crescente produtividade econômica, um meio ambiente limpo e bem-estar social, o fator central não é um sistema democrático formal, mas a construção e o esforço contínuo de instituições democráticas específicas. A questão principal que surge é como criar instituições democráticas capazes de induzir um processo de desenvolvimento socialmente equitativo e ecologicamente sustentável e ao mesmo tempo manter o controle e definir os limites políticos que estabelecem relações de mercado desiguais e desestabilizantes. Uma melhor compreensão e implementação de tais políticas e princípios exige uma abordagem teórica cuja finalidade vai além da separação analítica dos aspectos técnicos ou ambientais de seus conceitos histórico e sociocultural, em cada sociedade e em escala global. A qualidade de sustentabilidade reside nas formas sociais de apropriação e uso de todo o meio-ambiente - não apenas dos recursos

naturais. Muitas formas socioculturais de apropriação não capitalistas do meio ambiente se tornam "insustentáveis" quando são invadidas e "desenvolvidas" pelas práticas capital-intensivas dominantes. A busca da sustentabilidade, portanto, leva a tensões e conflitos sociais. Enquanto os acadêmicos discursam sobre "população máxima" ou o uso de indicadores, tende-se a ocultar a especificidade social e política da apropriação dos recursos naturais. Os incentivos e privilégios associados aos mecanismos e políticas de mercado aumentam a desigualdade e reforçam os atores sociais poderosos que resistem à extensão dos controles democráticos.

No que se extrai do texto acima é a tentativa de se encontrar um equilíbrio para o desenvolvimento econômico, para se chegar à sustentabilidade mesmo com a sociedade necessitando dos recursos naturais.

Aí insere-se a questão do desenvolvimento sustentável que, conforme Saulo de Oliveira Pinto Coelho e André Fabiano Guimarães de Araújo (2010, *online*):

Define-se por desenvolvimento sustentável um modelo econômico, político, social, cultura e ambiental equilibrado, que satisfaça as necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades.

Inclusive, a própria ONU – Organização das Nações Unidas já se posicionou sobre o desenvolvimento sustentável, conforme afirma o Relatório Brundtland (SENADO, 2014, *online*):

Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas.

Assim, verificadas essas premissas a respeito de sustentabilidade, passa-se a analisar os tipos que existem e que são correlatos ao estudo: sustentabilidade ambiental, sustentabilidade empresarial e sustentabilidade social.

2.1 Sustentabilidade ambiental

Preservar o meio ambiente deveria ser uma questão prioritária de todo ser humano. É com esse pensamento que o ser humano deve se sustentar, ou seja, através do conceito de meio ambiente saudável. (MILARÉ, 2005).

Com efeito, um equilíbrio entre desenvolvimento econômico e a preservação ambiental traz a resposta de uma ideal sustentabilidade, onde o homem retira da natureza os meios para seu desenvolvimento e sobrevivência, e em troca, preserva todo o ecossistema. (MILARÉ, 2005).

Como exemplo tem-se os meios de energia, sendo que, enquanto são poluídos, não agregam em nada na preservação ambiental. A poluição que vem do petróleo em geral, acaba por prejudicar inteiramente a vida das pessoas, inclusive, do próprio meio ambiente, que não agrega mais a absorção do gás carbônico, por falta de árvores nos centros urbanos. (MILARÉ, 2005).

Por outro lado, aqueles centros urbanos que utilizam veículos elétricos, energia solar, energia eólica, dentre outros, são grandes exemplos de sustentabilidade ambiental, e ao mesmo tempo, estão, já se utilizando de

um meio avançado de se ter um desenvolvimento econômico. (MILARÉ, 2005).

Desta forma, pode-se extrair as seguintes ações que geram na sustentabilidade ambiental, conforme extraído do site Sua Pesquisa (2017, *online*):

- Exploração dos recursos vegetais de florestas e matas de forma controlada, garantindo o replantio sempre que necessário.
- Preservação total de áreas verdes não destinadas a exploração econômica.
- Ações que visem o incentivo à produção e consumo de alimentos orgânicos, pois estes não agredem a natureza além de serem benéficos à saúde dos seres humanos;
- Exploração dos recursos minerais (petróleo, carvão, minérios) de forma controlada, racionalizada e com planejamento.
- Uso de fontes de energia limpas e renováveis (eólica, geotérmica e hidráulica) para diminuir o consumo de combustíveis fósseis. Esta ação, além de preservar as reservas de recursos minerais, visa diminuir a poluição do ar.
- Criação de atitudes pessoais e empresarias voltadas para a reciclagem de resíduos sólidos. Esta ação além de gerar renda e diminuir a quantidade de lixo no solo, possibilita a diminuição da retirada de recursos minerais do solo.
- Desenvolvimento da gestão sustentável nas empresas para diminuir o desperdício de matéria-prima e desenvolvimento de produtos com baixo consumo de energia.
- Atitudes voltadas para o consumo controlado de água, evitando ao máximo o desperdício. Adoção de medidas que visem a não poluição dos recursos hídricos, assim como a despoluição

daqueles que se encontram poluídos ou contaminados

Assim, pode-se dizer que, segundo o mesmo site Sua Pesquisa (2017, *online*), o conceito de sustentabilidade ambiental é:

[...] um termo usado para definir ações e atividades humanas que visam suprir as necessidades atuais dos seres humanos, sem comprometer o futuro das próximas gerações. Ou seja, a sustentabilidade está diretamente relacionada ao desenvolvimento econômico e material sem agredir o meio ambiente, usando os recursos naturais de forma inteligente para que eles se mantenham no futuro. Seguindo estes parâmetros, a humanidade pode garantir o desenvolvimento sustentável.

Portanto, a sustentabilidade ambiental é muito importante, porque visa retirar fonte de recursos ambientais sem prejudicar as gerações futuras, e ainda, a preserva a saúde da geração atual. (MILARÉ, 2005).

Por conta disto, a obsolescência programada está totalmente relacionada com a problemática da sustentabilidade ambiental, considerando que é um meio que causa sérios danos ambientais, conforme será visto no capítulo quarto.

2.2 Sustentabilidade empresarial

A sustentabilidade empresarial é um termo utilizado para agregar ações que visam o fortalecimento econômico de uma empresa, e ao mesmo tempo, a conscientização da preservação do meio ambiente. (MILARÉ, 2005).

Ou seja, a empresa deve zelar pelo respeito ao meio ambiente, adotando atitudes que causam melhorias nas

condições de vida da sociedade e das futuras gerações. (MILARÉ, 2005).

Como conceito de sustentabilidade empresarial, extrai-se do site Sua Pesquisa, as palavras de Maria do Carmo da Cunha Silveira (2017, *online*):

Sustentabilidade empresarial é um conjunto de ações que uma empresa toma, visando o respeito ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável da sociedade. Logo, para que uma empresa seja considerada sustentável ambientalmente e socialmente, ela deve adotar atitudes éticas, práticas que visem seu crescimento econômico (sem isso ela não sobrevive) sem agredir o meio ambiente e também colaborar para o desenvolvimento da sociedade.

As ações práticas para alcançar a sustentabilidade empresarial podem ser exemplificadas como:

- Uso de sistemas de tratamento e reaproveitamento da água;
- Uso racional da água e da energia elétrica;
- Reciclagem do lixo sólido;
- Reutilização de sobras de matéria-prima;
- Criação de projetos educacionais voltados para a preservação do meio ambiente;
- Adoção de projetos que visem o desenvolvimento educacional e cultural da comunidade em que a empresa está inserida;
- Uso de materiais recicláveis para a confecção de embalagens dos produtos;
- Uso de sacolas biodegradáveis (caso de supermercados, por exemplo);

- Uso de filtros que retêm os poluentes emitidos em determinadas fases da produção industrial;
- Não descartar esgoto ou resíduos químicos em rios, córregos ou lagos;
- Não poluir o solo com produtos químicos ou qualquer outro material poluente;
- Não utilização, em hipótese alguma, de trabalho infantil, forçado ou escravo;
- Respeito total as leis ambientais do país;
- Não adotar práticas que visem tirar vantagens em concorrências públicas. A empresa sustentável não deve aderir, em hipótese alguma, à esquemas de corrupção. Vale lembrar que recursos públicos desviados por corruptos significa menos investimentos em áreas essenciais para a população (saúde, educação, transportes, lazer e etc.);
- Uso nos processos de produção, quando possível, de fontes de energia limpa e renovável;
- Não utilização de formas de discriminação (raça, cor, religião, opção sexual e etc.) nos processos de seleção de funcionários. Uso de formas justas, respeitando os princípios de igualdade de direitos no processo seletivo;
- Respeito às leis trabalhistas do país, fazendo o pagamento de forma justa e garantindo todos os direitos dos trabalhadores;
- Uso de práticas de produção que garantam a total segurança dos funcionários no ambiente de trabalho;
- Produção de mercadorias e prestação de serviços que não coloquem em risco a saúde e a segurança física ou psicológica dos consumidores;
- Uso de contratos com consumidores e outras empresas que sejam claros, objetivos e justos;

- Fornecimento de um sistema de atendimento ao consumidor (SAC) eficiente;
- Informar de forma adequada os consumidores a respeito das características dos produtos que vendem ou dos serviços que prestam. Além disso, é importante que a empresa oriente seus consumidores a respeito do descarte das embalagens, produtos com validade vencida ou que não serão mais utilizados por qualquer outro motivo;
- Adoção, quando for o caso, do sistema de logística reversa. Este visa evitar que determinados produtos sejam descartados no meio ambiente. Empresas fabricantes de pneus, pilhas, baterias, medicamento e outros produtos que possam poluir o meio ambiente devem utilizar este processo. (SILVEIRA, 2017, *online*)

Assim, quando se vê uma empresa plantando árvores ou cuidando de uma praça, ou seja, repartindo seu lucro com a própria sociedade, se tornam exemplos de sustentabilidade empresarial, obtendo uma imagem favorável junto à comunidade, de forma transparente e voltada para a preocupação com as pessoas e o meio ambiente. (MILARÉ, 2005).

2.3 Sustentabilidade social

Por fim, tem-se a sustentabilidade social, que visa a se preocupar com a própria pessoa, dando-lhes uma melhor qualidade de vida. Neste sentido, é o conceito extraído do site Sua Pesquisa, onde Edson Marques Oliveira (2017, *online*) explica:

Sustentabilidade Social se refere a um conjunto de ações que visam melhorar a qualidade de vida da população. Estas

ações devem diminuir as desigualdades sociais, ampliar os direitos e garantir acesso aos serviços (educação e saúde principalmente) que visam possibilitar as pessoas acesso pleno à cidadania.

E seus exemplos são:

- Implantação de projetos educativos e sociais gratuitos, principalmente para pessoas de baixa renda;
- Investimentos em educação pública, visando à qualidade do ensino;
- Implantação de programas voltados para a inclusão social, principalmente de pessoas portadoras de necessidades especiais;
- Qualificação profissional de jovens através, principalmente, de cursos gratuitos de língua estrangeira, informática e etc.;
- Investimentos governamentais em saneamento básico, garantindo tratamento de esgoto e acesso à água potável para pessoas que não tem acesso a estes serviços;
- Implantação de projetos que possibilitem acesso à energia elétrica para pessoas que ainda não possuem este serviço;
- Ampliação do acesso à Internet para pessoas de baixa renda;
- Ampliação dos meios de participação democrática na definição de ações que visem melhorar a qualidade de vida das pessoas. Um bom exemplo desta ação é o orçamento participativo;
- Adoção de sistemas educacionais que levem informações sobre a importância da preservação ambiental para a sociedade, relacionando-a com a melhoria da qualidade de vida em seu espaço geográfico;

- Projetos de qualificação profissional, principalmente para trabalhadores que se encontram desempregados;
- Orientação aos jovens, através de programas eficientes, sobre o grave problema das drogas;
- Implantação de programas geradores de renda para pessoas carentes. (OLIVEIRA, 2017, *online*).

Assim, quando se tem uma preocupação voltada para as pessoas, especialmente aquelas mais necessitadas, fala-se de sustentabilidade social, sendo um agregador para os outros tipos de sustentabilidades existentes. (MILARÉ, 2005).

Portanto, analisada a questão da sustentabilidade, passa-se a apresentar sobre o capitalismo e o consumo existente na sociedade atual, conforme capítulo a seguir.

3 OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

A obsolescência programada é um dano voltado a toda a coletividade. Situa-se na razão de já possuir um determinado produto, mas mesmo assim, desejar outro, pelo único fim do anterior já ter se tornado obsoleto. (MILARÉ, 2011).

Na prática, as empresas fazem com que determinado produto fique obsoleto propositalmente para que o consumidor possa consumir cada vez mais. Com efeito, imagina-se que isto é bom, levando em consideração o crescimento da economia e a elevação do emprego. (MILARÉ, 2011).

Entretanto, se por um lado existem estes benefícios, por outro lado o consumidor pode ficar no prejuízo, de modo a não poder utilizar de um produto por mais tempo, em virtude de se tornar difícil seu uso, e ainda, pelo fato de não existirem locais apropriados para o descarte, causando

dano ambiental. (MILARÉ, 2011).

Verifica-se, por exemplo, um celular: em determinado ano uma empresa lança um celular, vindo com as atualizações mais recentes e apropriadas para o produto. No ano seguinte, a mesma empresa lança um novo aparelho celular, alterando poucas funções do anterior. Só que o celular antigo, a empresa começa a lançar atualizações que não são suportadas no aparelho, acarretando em problemas e lentidão, fazendo com que o consumidor tenha a ideia de obsolescência do produto, vindo a desejar um produto novo. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2018).

Tal fato vem gerando muitos problemas aos consumidores, tanto que duas empresas multinacionais já foram multadas pela prática dessa obsolescência programada, conforme se verifica na notícia a seguir:

A autoridade antitruste da Itália multou nesta quarta-feira (24) a Apple em 10 milhões de euros e a Samsung em 5 milhões de euros por "práticas comerciais incorretas", ao terem forçado os consumidores a realizarem atualizações de software que encurtavam a vida útil de celulares. As duas empresas violaram os artigos 20, 21, 22 e 24 do Código do Consumidor italiano e receberam a primeira sanção no mundo por "obsolescência programada", quando a duração de produtos é reduzida de forma proposital para que o consumidor os troque por novos modelos. Segundo decisão da Autoridade Garante do Mercado e da Concorrência, órgão italiano que defende os direitos dos consumidores e investiga práticas antitruste, Apple e Samsung induziram os clientes a instalarem atualizações em dispositivos que não eram capazes de suportá-las. As empresas bombardearam

os usuários com pedidos e alertas para que os softwares fossem atualizados, sem fornecer as informações sobre a capacidade dos aparelhos de suportá-los nem permitir o retorno às versões anteriores. As pessoas não eram informadas sobre as maiores exigências de energia dos novos sistemas operacionais nem sobre possíveis inconvenientes, como desligamento repentino, redução da velocidade de resposta do aparelho e perda de algumas funcionalidades. No caso da Samsung, o inquérito se refere ao Galaxy Note 4; no da Apple, ao iPhone 6. A multa da empresa norte-americana é maior porque ela também não informou corretamente seus consumidores sobre a deteriorabilidade e a manutenção de baterias de lítio. Além da sanção, Apple e Samsung deverão publicar um "mea culpa" em suas páginas em italiano, com uma declaração que informe sobre a decisão do órgão antitruste. (EPOCA NEGÓCIOS, 2018, *online*)

Com efeito, pode-se dizer que a obsolescência programada é vista pela sociedade através de exemplificações práticas do dia a dia, por isso, pertinente explicar apresentando casos concretos, conforme acima.

Para tanto, verifica-se que quando as empresas praticam a obsolescência programada faz com que os consumidores tenham que adquirir novos produtos, pois, coloca em sua mente que os produtos que já possuem não suportam a tecnologia atual ou porque já existem novas tecnologias no mercado que os diferem do anterior. (MILARÉ, 2011).

Por isso, cria-se um falso pensamento nos consumidores, e ainda, faz com que o dano ambiental seja irreparável, considerando que quanto mais lixo tecnológico existir, mais poluído o planeta estará.

Este é, portanto, o mecanismo secreto no coração da sociedade consumista. O exemplo do aparelho celular é o mais usual e o que mais acontece no dia a dia, mas, podem ser citados outros exemplos, como: aparelhos de televisão, computador, eletrodomésticos e até roupas. (SANTINI, 2014).

Sobre o celular ser o aparelho mais utilizado pelas empresas para provocar a obsolescência programada, diz Daniel Santini (2014, *online*):

Os celulares e smartphones são os campeões de obsolescência programada, sendo substituídos com frequência e descartados sem nenhum cuidado ambiental. É o que aponta pesquisa divulgada no começo do mês pelo Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), baseada em levantamento feito pela Market Analysis.

Para tentar diminuir ou interromper esta prática da obsolescência programada, países da Europa já iniciam o combate, como no caso do Parlamento Europeu, que passa a alertar os fabricantes no sentido de tomarem medidas para garantir aos consumidores produtos duráveis e de qualidade, conforme informado por Felipe Payão (2017, *online*):

O Parlamento Europeu engrossou o tom contra a obsolescência programada — produtos, como smartphones e tablets, que duram pouco na mão do usuário por causa de uma "programação da fabricante", tudo para você comprar outro um produto mais novo em menor tempo. De acordo com o EUBusiness, os membros do parlamento alertaram aos fabricantes que eles precisam tomar medidas para garantir aos consumidores "produtos duráveis, de alta

qualidade, e que possam ser reparados e atualizados"

Felipe Payão (2017, *online*) também apresenta dados estatísticos, mostrando que os consumidores em geral preferem reparar ou consertar os produtos ao invés de comprar novos:

Segundo uma pesquisa chamada Eurobarometer, de 2014, 77% dos consumidores na Europa preferiam reparar/consertar itens que possuem do que comprar novos. Porém, a nova compra é realizada porque eles são "desencorajados ao reparo por causa do alto custo e do nível de serviço oferecido". "Devemos restabelecer a reparabilidade de todos os produtos colocados no mercado", enfatizou Pascal Durand, relator do Parlamento. "Temos de garantir que as baterias não sejam mais coladas nos produtos, e sim, parafusadas, para que não tenhamos que jogar fora um telefone quando elas não funcionem mais. Precisamos garantir que os consumidores tenham conhecimento de quanto tempo duram os produtos e como eles podem ser consertados".

Ademais, Felipe Payão (2017, *online*) apresenta uma série de recomendações feita pelo Parlamento Europeu a respeito de como devem ser os procedimentos de reparo do produto:

O Parlamento também divulgou algumas recomendações para a indústria — que você confere aqui embaixo. Além disso, os parlamentares sugeriram que alguma companhia da Europa seja voluntária na cobertura dos termos e que as empresas

criem alguma "medição de uso" transparente ao usuário;

produtos robustos, facilmente reparáveis e de boa qualidade: "critérios de resistência mínima" a serem estabelecidos para cada categoria de produto desde a fase de projeto;

se um reparo demorar mais de um mês, a garantia deve ser estendida para corresponder ao tempo de reparo;

os Estados membros devem incentivar a produção de produtos duráveis e reparáveis, impulsionando reparos e vendas em segunda mão — isso poderia ajudar a criar empregos e reduzir o desperdício;

os consumidores devem ter a opção de ir a um reparador independente: soluções técnicas, de segurança ou de software que impedem a realização de reparos, além de empresas ou órgãos aprovados, devem ser desencorajadas;

componentes essenciais, como baterias e LEDs, não devem ser parafusados em produtos, a menos que por razões de segurança;

as peças sobressalentes indispensáveis para o bom funcionamento dos bens devem ser disponibilizadas "a um preço proporcional à natureza e à vida útil do produto";

uma definição da "obsolescência planejada" em toda a UE e um sistema que poderia testar e detectar a "obsolescência interna", bem como "medidas dissuasivas apropriadas para os produtores".

Em relação aos reparos, os eletrodomésticos se tornam mais fáceis se ocorrer à obsolescência programada em decorrência da raridade de estabelecimentos que fazem os consertos. Aliás, quando existe o reparo, o valor fica tão

elevado que é mais fácil para o consumidor adquirir um novo produto. (FARINA; SARKIS, 2012)

Se a obsolescência programada for visualizada pelo lado da economia, faz com que o crédito disponível no mercado se torne mais fácil, frente as diversas propagandas comerciais ofertando determinado produto. Ou seja, inúmeras vezes o produtor ou fabricante chama à atenção do consumidor para realizar compras de seus produtos, inclusive, dando-lhe créditos, que quer dizer prazos para pagamentos e até mesmo fornecendo empréstimos. (SARKIS, 2012).

Neste lado subliminar, gira o capitalismo em excesso e o consumismo, sendo que um produto considerado seminovo ou até mesmo novo é trocado por outro. (FARINA; SARKIS, 2012).

Ademais, as economias em crescimento tendem a praticar cada vez mais este tipo de obsolescência, fazendo com que a lógica não se torne comprar para satisfazer as necessidades, mas para comprar para apenas gerar lucros. (FARINA; SARKIS, 2012).

Neste sentido de convencer o consumidor a comprar algo um pouco mais novo antes do necessário, é explicado por Vance Stevens Packard (1964, p. 64), que condiz com a forma de obsolescência psicológica, relatando sobre esta prática ainda nas décadas passadas:

A dificuldade no emprego dessa segunda forma de criação da obsolescência como uma estratégia está em convencer o público de que o estilo é um importante elemento na desejabilidade do produto. Uma vez aceita essa premissa, é possível criar a obsolescência na mente simplesmente mudando-se para outro estilo. Às vezes, essa obsolescência de desejabilidade é chamada 'obsolescência psicológica'.

Observa-se que o psicológico vai de encontro com a obsolescência, considerando que o convencimento ajuda na compra de um novo produto. (PACKARD, 1964).

Outro exemplos que faz concluir pela obsolescência programa são citados por Erik Farina e Marcelo Sarkis (2012, *online*):

O retrato do novo consumidor mostraria filas de clientes em frente às lojas da Apple, tuitando em seus iPhones 4 e esperando as portas abrirem para comprar a nova versão do aparelho. Embora não seja um fenômeno novo, a chamada obsolescência acelerada tem chamado a atenção de especialistas pelo ritmo cada vez mais alucinante que engrenou. Nas últimas três décadas, o tempo de vida dos eletrodomésticos minguou. Conforme economistas, analistas de consumo e profissionais do marketing, o tempo médio do uso de itens da linha branca caiu pela metade desde os anos 80. O fenômeno se estica ao mercado de automóveis: o brasileiro troca de carro a cada três anos, conforme a Associação Nacional das Empresas Financeiras das Montadoras, metade do tempo com o qual trocava há 10 anos. Com a queda nos preços das TVs de plasma, notebooks, smartphones e tablets, a pressa para trocar o usado pelo novo se alongou aos dispositivos móveis. – Muitas vezes, os clientes trocam seus smartphones ou tablets não porque os aparelhos estão estragados ou começando falhar, mas pelo desejo de ter algo diferente, mais inovador e com alguma funcionalidade nova.

Mas nem sempre a obsolescência programada se traduz em tecnologia, uma vez que, na moda também se encontra esta prática. Melhor explicando: uma

determinada roupa pode ser nova, nunca utilizada, mas mesmo assim, quando o mundo da moda tende a seguir por outro caminho, força muitos consumidores a abandonar a roupa que já possui para comprar outro modelo novo. (FARINA; SARKIS, 2012).

Acrescenta-se a isto, todo o ano a moda muda, principalmente aquelas chamadas outono/inverno. Neste caso, a pessoa mal utiliza as roupas de inverno do ano anterior, porém, cria-se o desejo de adquirir roupas de inverno novas pelo único fato de acompanhar a nova tendência da moda. (FARINA; SARKIS, 2012).

Para não deixar dúvidas desta ocorrência da obsolescência programada na moda, veja-se a matéria chamativa e publicitária extraída do site Beleza e Moda (2017, *online*):

17 Tendências da Moda Outono Inverno 2017 Prepare-se para ficar de queixo caído com as tendências da moda outono inverno 2017, tem peças para todos os gostos e estilos. Mesmo quem não é tão ligado a moda sabe que o que vemos nas lojas é o reflexo das chamadas tendências. Se você quer saber o que vai bombar nas estações mais frias de 2017, está no lugar certo. Nesta matéria vamos revelar as principais tendências da moda outono inverno 2017. O mais interessante é que tem opções para todos os gostos e estilos, desde quem gosta de peças mais extravagantes por seus volumes e aplicações, até para quem prefere seguir uma linha sensual elegante. Preparada para conhecer essas tendências para arrasar?

Lendo a matéria acima se percebe um vasto efeito psicológico repassado ao consumidor: a primeira, sobre as novas tendências da moda; a segunda, frisa o leitor que

não é preciso nem estar ligado à moda, basta ler e comprar; a terceira, ressalta que tem para todos os gostos; e quarta, elogia o consumidor expressando o termo arrasar.

Na verdade, o próprio sentido do consumismo está estritamente vinculado com o lado psicológico, pois, o consumidor somente vai estar dentro da modernidade ou da moda se adquirir os novos produtos. (SARKIS, 2012).

Significa que os produtos já usados não podem ser mais utilizados, fazendo com que a mente da pessoa se volte para as roupas ou tecnologias do ano atual, tornando o mercado da obsolescência ainda mais perverso.

Por outro lado, existem aqueles que entendem que a obsolescência programada traz vantagem para todos, conforme explica Marina Zanata (2012, *online*):

[...] a obsolescência programada continua a ser um dos impulsos da economia mundial até os dias de hoje, uma vez que gera demanda e maior produção por parte das indústrias, o que, em tese, originaria mais trabalhadores com salários melhores, os quais também participariam desta sociedade de consumo, de forma a desenvolver um ciclo que estimularia a criação de riquezas e auxiliaria para o desenvolvimento dos países.

Entretanto, não se pode voltar apenas ao mundo capitalista onde o dinheiro é mais importante do que os problemas causados com a devastação ambiental, especialmente, pela prática da obsolescência programada.

Isto porque, a produção acelerada causa efeitos irreparáveis de cunho ambiental, em decorrência de que muitos dos aparelhos tecnológicos são descartados no meio ambiente por não terem lugares adequados e específicos para serem depositados. (FARINA; SARKIS, 2012).

De tal forma, chega-se ao momento de dizer que a

obsolescência programada é aquilo que na mente da pessoa se torna obsoleto e não mais usual, fazendo que os produtos seminovos sejam substituídos por novos, mesmo sem necessidade para o consumidor. (FARINA; SARKIS, 2012).

Em relação à terminologia programada, é o meio que se tem para facilitar o consumidor a adquirir outro produto, ou seja, faz com que incita a pessoa a possuir algo mais novo antes do necessário. (LATOUCHE, 2012).

Serge Latouche (2012, p. 30) apresenta um raciocínio mencionando três elementos para que a sociedade passe a consumidor, acarretando no ciclo da obsolescência programada:

São necessários três ingredientes para que a sociedade de consumo possa prosseguir o seu circuito diabólico: a publicidade, que cria o desejo de consumidor, o crédito, que lhe fornece os meios, e a obsolescência acelerada e programada dos produtos que, renova a sua necessidade.

Corroborando com este entendimento, Zygmunt Bauman (2008, p. 31) complementa:

Afinal de contas, nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo defasados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).

Ademais, em relação ao lixo eletrônico produzido pela obsolescência programada, Serge Latouche (2012, p. 39) informa os seguintes dados:

[...] segundo o relatório do PNUMA, estima-se que até o ano de 2020 o crescimento da produção de lixo eletrônico pode chegar a 500% na Índia comparando a 2007 e a 400% na China e na África do Sul. Nesse ritmo, se hoje todos vivêssemos como os franceses, 'seriam necessário três planetas, e seis para nos equiparmos aos nossos amigos americanos'.

Sobre os dados acima apresentados, Serge Latouche (2012, p. 38) ainda alerta:

[...] uma sociedade de consumo insustentável, pois a capacidade de regeneração da Terra não acompanha a procura: o homem transforma os seus recursos em lixo mais rapidamente do que a natureza pode transformar lixo em novos recursos.

Vladimir Passos de Freitas (2017, *online*) também faz o alerta:

Finalmente, há aspecto da máxima relevância que não tem sido lembrado nas ações judiciais: os péssimos efeitos da obsolescência programada para o meio ambiente. Com efeito, milhares de aparelhos eletrônicos são repostos constantemente, sendo descartados os que se revelem inúteis. Em um país em que a maioria dos municípios não possui aterros sanitários, o resultado é que eles vão parar em lixões, onde se deterioram e dão causa à proliferação de problemas de saúde,

contaminação da água e do solo. Há flagrante descumprimento dos artigos 170, inciso VI e 225, “caput” da Constituição.

Daí surge outra problemática voltada para o consumismo atrelado à obsolescência programada, que é o tráfico de lixo para países pobres ou menos desenvolvidos. Neste contexto, explica José Renato Nalini (2010, p. 349):

[...] a exportação ilegal de lixo a países pobres é um negócio internacional crescente. As empresas tentam minimizar os custos de novas leis ambientais, como as da Holanda, que taxam o lixo e exigem que ele seja reciclado ou dispensado de forma ambientalmente correta. Roterdã, o porto mais movimentado da Europa, tornou-se o principal duto de escoamento de detritos da Europa para destinos como a América Latina. Nesses lugares, o lixo eletrônico e o entulho de construções contendo substâncias tóxicas costumam ser desmantelados por crianças, com grande prejuízo para sua saúde.

Este tráfico de lixo eletrônico, a cada ano, vem se ampliando, inclusive no Brasil. É o que apresentada André Miranda e Mariana Alvim (2016, *online*):

Num lixão de Gana, carcaças de computadores espalhadas em meio a todo tipo de dejetos chamam a atenção por etiquetas que identificam sua procedência: delegacias, conselhos públicos e até universidades britânicas. O mesmo acontece em lixões da China, com produtos oriundos de Europa ou EUA. Já na América Central, um navio saído dos EUA passa por países pobres tentando encontrar um terreno que aceite o depósito do que dizem ser fertilizante, mas que na

verdade são cinzas de produtos eletrônicos. O material, rico em arsênio, chumbo e outras substâncias tóxicas, é parte jogado numa praia do Haiti e parte atirado no oceano. Não tão distante, 353 toneladas de resíduos de televisores são trazidos dos EUA em contêineres ao Porto de Navegantes, em Santa Catarina. O objetivo é o mesmo do tráfico ilegal de resíduos eletrônicos para Gana, China, Haiti e outros países de África, Ásia ou América Latina: por um lado, lucrar com a venda; e, por outro, descartar o lixo longe de seu local de origem, evitando os custos com a reciclagem e os danos ambientais. Só no ano passado, 41,8 milhões de toneladas de resíduos eletrônicos foram geradas no mundo, mas apenas 6,5 milhões foram tratadas da forma ideal, segundo estudo da Universidade das Nações Unidas (UNU). Enquanto isso, o valor de venda dos componentes desses produtos faz com que o tráfico cresça sem controle, no mesmo ritmo em que aumenta o consumo de celulares, notebooks, televisores e outros equipamentos.

Importante dizer ainda que o fato de atualmente existir uma desenfreada obsessão por produtos novos, abandonando os seminovos ou até mesmo os que continuam com boa utilização de uso e que causa o lixo eletrônico, não é um fato novo, mas sim histórico. (MIRANDA; ALVIM, 2016).

Como exemplo desta constatação histórica, menciona-se a lâmpada, que foi encurtada sua vida útil para 1.000 horas no ano de 1920. (FARINA; SARKIS, 2012). É o que afirmam Erik Farina e Marcelo Sarkis (2012, *online*):

No início dos anos 1920, os maiores fabricantes de lâmpadas dos Estados

Unidos se uniram para colocar um ponto final em uma ameaça aos negócios: produtos que duravam demais. Desde que Thomas Edison inventara a lâmpada incandescente, 40 anos antes, as melhorias tecnológicas haviam elevado o tempo de vida dos itens de 1,5 mil para 2,5 mil horas. A indústria percebeu o óbvio: se a durabilidade continuasse crescendo, os clientes comprariam lâmpadas em intervalos cada vez maiores, o que seria um risco às vendas. Os barões da luz decidiram que todos passariam a produzir lâmpadas com, no máximo, mil horas de vida útil. O chamado Cartel Phoebus reinou até os anos 40, quando competidores internacionais passaram a oferecer lâmpadas mais baratas e duráveis e redesenharam o mercado. Consagrado na história da indústria de massa, o caso ilustra a primeira obsolescência programada de que se tem notícia. Nos anos seguintes, casos semelhantes surgiram no mundo inteiro, até que as estratégias para esgotar um produto – seja por usar componentes de baixa qualidade, seja por apresentar versões atualizadas posteriormente – deixaram de ser secretas e se tornaram uma das principais regras no capitalismo moderno.

Ao utilizarem da obsolescência programada com a lâmpada, várias outras empresas passaram a adotar este modelo para que o consumo aumente e o capitalismo gire de forma a obter mais lucratividade e poder junto aos consumidores. (FARINA; SARKIS, 2012).

3.1 Fatores que geram a obsolescência

Existem fatores que geram a obsolescência programada, e um deles é fazer com que determinado

produto fique ultrapassado e fora de moda, provocando o desuso e a inutilidade do bem. (FREITAS, 2017).

Nesta visão, destaca Vladimir Passos de Freitas (2017, *online*):

Obsoleto é o que está ultrapassado, fora de moda, imprestável, antiquado, sem uso ou utilidade. O que se torna obsoleto vai, com o tempo, sendo substituído. Isto é da natureza das coisas e a morte é, para o ser humano, a obsolescência levada ao limite. No mundo tecnológico, onde as mudanças ocorrem cada vez em maior velocidade, as inovações fazem com que o material seja substituído em tempo cada vez menor. No entanto, é no Direito do Consumidor que a obsolescência vem encontrando maior campo de discussão. Ela é a antítese da ética: provocar o desuso, a utilidade de um bem móvel, a fim de poder vender outro ao consumidor. Não se trata propriamente de uma novidade, pois seu início é tido como sendo a partir da grande depressão econômica de 1929, quando se mostrava necessário impulsionar o mercado consumidor.

Sobre o tema, Antônio Carlos Efig, Alexandre Araújo Cavalcante Soares e Leonardo Lindroth de Paiva, citados por Vladimir Passos de Freitas (2017, *online*), alertam para a prática da obsolescência programada:

[...] faz parte de uma estratégia de mercado que visa garantir um consumo constante por meio da insatisfação, de forma que os produtos que satisfazem as necessidades daqueles que os compram parem de funcionar ou tornem-se obsoletos em um curto espaço de tempo, tendo que ser obrigatoriamente

substituídos de tempos em tempos por outros produtos mais modernos.

Outro fator diferente da estratégia de mercado que faz garantir o consumo, utilizando da obsolescência programada, é a não reposição de peças para o conserto e reparo. Neste aspecto, também alerta Vladimir Passos de Freitas (2017, *online*):

O quadro estaria incompleto se o conserto fosse viabilizado pelos produtores. Mas, não é bem assim. A primeira desilusão do comprador ocorrerá ao dirigir-se à loja onde adquiriu o bem. Constatará que o vendedor sabe de cor a forma de financiamento e outros detalhes, mas não entende absolutamente nada do mais vulgar defeito. Um local autorizado, possivelmente, não terá as peças necessárias. Dirá o funcionário que terão que encomendar em São Paulo e, passado um mês, talvez a resposta seja que já pediram à sede na China. Lindos televisores plasma, celulares em que telefonar é apenas um detalhe, computadores, fornos micro-ondas, fogões e outros tantos aparelhos mostram-se imprestáveis, tão logo passado o tempo da garantia. E como ninguém está disposto a aguardar a vinda de peças sem data de chegada, a decisão costuma ser comprar um aparelho novo.

Sobre estes problemas, Vladimir Passos de Freitas (2017, *online*) apresenta pesquisa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, que detalha sobre a troca de produtos sem antes levar para conserto:

A maioria dos consumidores (81% dos entrevistados) troca de celular sem antes levá-lo à assistência técnica para saber se

é possível consertá-lo. Para os demais itens avaliados na pesquisa (eletrodomésticos, aparelhos digitais como computadores e câmera fotográfica, e eletrônicos), os consumidores que não optam pela assistência técnica, representam percentual menor, respectivamente 23%, 27% e 44%, porém ainda em patamares elevados.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, *online*), em seu artigo 18, tenta combater esta questão de não ser levado o produto para conserto pelo consumidor, evitando assim a compra de um novo produto, para tanto, especifica as seguintes regras:

Art. 18. 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.

Observe-se que a legislação é bem rígida quanto ao

reparo do produto, determinado que os fornecedores devem reparar o vício no prazo máximo de trinta dias, caso contrário, deverão substituir por outro de mesma espécie, ou restituir o valor pago monetariamente atualizado, ou ainda, com abatimento proporcional do preço, sendo que uma destas opções é de livre escolha do consumidor. (BRASIL, 1990).

Inclusive, o Poder Judiciário vem condenando os fornecedores em decorrência do não atendimento do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) pelos fornecedores, inclusive, reconhecendo danos morais em determinadas situações, conforme apresenta a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DEFEITO EM VEÍCULO NOVO-RESPONSABILIDADE OBJETIVA - FABRICANTE E COMERCIANTE-SOLIDARIEDADE- INSTRUMENTO DE TRABALHO- TAXISTA- LUCROS CESSANTES- COMPROVAÇÃO - DANOS MORAIS - CONFIGURADOS - ALTERAÇÃO DO VALOR - IMPOSSIBILIDADE- O código de defesa do consumidor prevê a responsabilidade solidária de todos os agentes da cadeia produtiva pelos danos causados por produto defeituoso, nos termos do art. 18, sendo, como dito, solidária a responsabilidade do comerciante e do fabricante.- Comprovada a existência de defeitos no produto adquirido pelo consumidor e não tendo sido o dano reparado no prazo legal, de forma efetiva e adequada, se mostra correta a indenização pelos prejuízos materiais sofridos, pelos lucros cessantes, que restaram comprovados nos autos. -É devida a indenização por danos morais ao

consumidor que acreditou estar adquirindo um veículo novo, zero quilômetro, quando, na verdade, ele apresentava defeitos e também em razão da impossibilidade de utilização do veículo para o exercício de sua atividade profissional. Se a indenização por danos morais foi fixada em observância aos princípios da razoabilidade e moderação, não há que se falar em sua redução. (TJMG. Apelação Cível nº. 1.0015.15.001617-6/001 0016176-50.2015.8.13.0015 (1). Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luciano Pinto. Data de julgamento: 04 out. 2018. Data de publicação: 16 out. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REDIBITÓRIA CUMULADA COM PEDIDOS DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEFEITO EM ELETRODOMÉSTICO. DECADÊNCIA DO DIREITO. PRAZO OBSTADO. ENVIO DO APARELHO PARA ASSISTÊNCIA TÉCNICA INDICADA PELA FABRICANTE. SENTENÇA CASSADA. APRECIÇÃO DO PEDIDO DIRETAMENTE PELO TRIBUNAL. TEORIA DA CAUSA MADURA. ART. 1.013, §4º, DO CPC DE 2015. ATRASO NO CONserto. RESTITUIÇÃO DO VALOR DO BEM DEVIDA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM. RAZOABILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA. - Nos termos do §2º, do art. 26, do Código de Defesa do Consumidor, a decadência é obstada por reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca. - Nos termos do que

dispõe o artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responde solidariamente com o fabricante pelos defeitos relativos ao fornecimento de produtos ou serviços, tais como os vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. - Consoante regra do art. 18, §1º, II, do Código de Defesa do Consumidor, faz jus o consumidor à restituição do valor pago, se o produto adquirido apresentar defeito, não sanado no prazo de 30 (trinta) dias. - A demora injustificada para conserto do bem e os transtornos experimentados pela Autora ensejam reparação por danos morais. - A indenização por dano moral deve ser arbitrada com observância da natureza e da intensidade do dano, da repercussão no meio social, da conduta do ofensor, bem como das capacidades econômicas das partes envolvidas. (TJMG. Apelação Cível nº. 1.0000.18.043839-2/001 5001037-05.2016.8.13.0672 (1). Órgão Julgador: 16ª Câmara Cível. Relator Desembargador José Marcos Vieira. Data de julgamento: 10 out. 2018. Data de publicação: 16 out. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)

Em que pese à jurisprudência se tornar efetiva para fazer com que o fornecedor conserto o produto dentro do prazo, existem decisões judiciais que vão à contramão ao combate da obsolescência programada. No caso, cita-se alguns casos de decisões judiciais relatados por Vladimir Passos de Freitas (2017, *online*):

A 1ª Turma Recursal Cível da Justiça do Rio Grande do Sul manteve sentença que julgou improcedente ação indenizatória por danos morais, em conflito que envolvia telefone celular encaminhado

para conserto consistente na substituição da tela do visor, com fundamento no fato de que o mercado não oferecia mais peças para a reposição e a obsolescência programada não poderia ser imputada ao prestador de serviços (Recurso Cível 71005815428, Relator José R. de Bem Sanhudo, j. 28/06/2016). A 3ª Turma Recursal Cível da Justiça do Rio Grande do Sul, examinando recurso contra sentença de improcedência em caso em que houve migração de tecnologia CDMA para GSM, com pretensão do autor de continuar com seu aparelho ou que a operadora ré fornecesse um valor maior do que R\$99,00 para a troca do mesmo, reconheceu a Turma a obsolescência programada, porém deixou explícito que “Em que pese não seja imune às críticas, esse modo de funcionamento do mundo capitalista não é ilícito, nem ilegal, de modo que não se pode compelir a fornecedora a atender os reclames do consumidor” (Recurso Cível 71004731089, Relator Cleber A. Tonial, j. 30/01/2014).

No Tribunal de Justiça de São Paulo, a 30ª Câmara de Direito Privado negou indenização por danos materiais e morais na compra de um notebook. A Câmara rejeitou a tese de decadência em 90 dias, com base no artigo 26, II e § 3º do Código do Consumidor, fixando o prazo nos 5 anos previstos no mesmo estatuto, porém, no mérito, julgou, por 2 votos contra 1, improcedente a ação, porque os problemas teriam ocorrido depois da garantia contratual (TJSP, Apelação com Revisão 0131734-22.2010.8.26.0100, rel. Marcos Ramos, j. 30/9/2015).

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo ministro Luis Felipe

Salomão em 4 de outubro de 2012, rejeitou a tese de decadência no prazo de 90 dias da aquisição sem que houvesse qualquer reclamação. Registrou a decisão colegiada que “o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem”. Finalmente, há aspecto da máxima relevância que não tem sido lembrado nas ações judiciais: os péssimos efeitos da obsolescência programada para o meio ambiente. Com efeito, milhares de aparelhos eletrônicos são repostos constantemente, sendo descartados os que se revelem inúteis. Em um país em que a maioria dos municípios não possui aterros sanitários, o resultado é que eles vão parar em lixões, onde se deterioram e dão causa à proliferação de problemas de saúde, contaminação da água e do solo. Há flagrante descumprimento dos artigos 170, inciso VI e 225, “caput” da Constituição.

Observe-se que, apesar da jurisprudência ser pacífica quanto ao enfrentamento do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), ainda inexistente jurisprudência consolidada quanto à prática da obsolescência programada, sendo que muitos dos processos que envolvem este tema são julgados de forma improcedentes. (FREITAS, 2017).

Por fim, outro fator que também gera a obsolescência programada e, por consequência, gera danos ambientais, é a falta de fiscalização eficiente. É o que informam André Miranda e Mariana Alvim (2016, *online*):

A dificuldade em monitorar o fluxo deste resíduo facilita o negócio. Muitos países, o Brasil inclusive, ainda não têm uma

legislação plenamente ativa para controlar o descarte de eletrônicos. A ONU estima que apenas 4/7 da população mundial esteja coberta por leis referentes ao tratamento de lixo eletrônico. O crime organizado tem se diversificado e investido em resíduos. É um negócio lucrativo e sem riscos, pela falta de monitoramento. Globalmente, não sabemos para onde o lixo eletrônico está indo — afirma Christian Nellesmann, chefe de Unidade de Resposta Rápida do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma). — Eu ficaria surpreso se soubesse que o Brasil não está nesta rota ilegal e internacional, tendo em vista o consumo de eletrônicos em larga escala e a presença do crime organizado no país. [...] Há problemas, contudo, de fiscalização. O fato é que o investimento na fiscalização das fronteiras é irrisório — afirma Élcio Ferretto, auditor fiscal da Receita Federal do Brasil em Quaraí, Rio Grande do Sul. — Nosso município tem cerca de 300 quilômetros de fronteira com o Uruguai. Na Receita Federal há dois auditores-fiscais e quatro analistas tributários. Há apenas um posto da Polícia Federal, e os agentes cuidam apenas da documentação de imigração, das 7h às 19h. Essa é a realidade de praticamente todos os pontos de fronteira do país: pouco recurso e muito interesse oportunista. E é elevadíssimo o fluxo ilegal de lixo vindo do Uruguai. Poucos meses atrás, apreendemos nove toneladas de baterias veiculares usadas, que entraram transportadas por carroças.

Porém, não se pode deixar de frisar que o fator mais importante e que gera a obsolescência programada é o capitalismo, sendo que o fabricante, a cada dia, tende a

fazer com que o consumidor adquira novos produtos, pouco se importando com os danos que isto pode acarretar. (PENA, 2015).

Sobre este consumo desenfreado gerado pelo efeito do capitalismo, transcreva-se as palavras de Rodolfo Alves Pena (2015, *online*):

O consenso entre os especialistas em tecnologia e mercado consumidor é estabelecer campanhas de contenção do consumo desenfreado, bem como a adoção de medidas que visem ao combate à obsolescência programada por parte dos fabricantes. Isso porque tal processo pode trazer sérios danos ao meio ambiente, uma vez que mais consumo gera mais lixo, que tem de ser descartado, agredindo, assim, o meio natural.

Portanto, os fatores que geram a obsolescência programada são vários, que vão desde o consumismo exagerado, o capitalismo adotado pelas empresas e o dano ambiental provado por razão do desuso de um bem, fazendo com que gere efeitos para todos, principalmente para as gerações que ainda estão por vir. (PENA, 2015).

3.2 Medidas para resolver o problema

Embora o Poder Judiciário não venha enfrentando o tema da obsolescência programada como deveria, existem medidas extrajudiciais para resolver o problema. Algumas destas medidas é a elaboração de leis pelo Congresso Nacional.

É o caso do Projeto de Lei nº. 7.875/17 (BRASIL, 2017), que inclui inciso no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) para vedar a obsolescência programada.

Assim é a redação do Projeto de Lei nº. 7.875/17

(BRASIL, 2017, *online*):

Art. 1º O art. 39 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XIV:

"Art. 39
.....
.....
.....
XIV – programar ou executar, de qualquer forma, a redução artificial da durabilidade de produtos colocados no mercado de consumo ou do ciclo de vida de seus componentes com o objetivo de torná-los obsoletos antes do prazo estimado de vida útil.
.....
.....” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A seguir, a justificativa contida no Projeto de Lei nº. 7.875/17 (BRASIL, 2017, *online*) para proibir a obsolescência programada apresentada pela Deputada Mariana Carvalho, autora do projeto:

Um dos pilares da principiologia que inspira nosso Código de Defesa do Consumidor (CDC) repousa sobre a ideia de que o desenvolvimento tecnológico do mercado e de seus produtos não pode ser alcançado em prejuízo da dignidade, da segurança e dos interesses dos consumidores. Embora as constantes evoluções nos campos da produção industrial e da comercialização de bens possam, efetivamente, reverter em benefícios para os consumidores, temos presenciado a incômoda e excessiva

colocação, pelos fornecedores, de produtos destinados a ter durabilidade voluntariamente reduzida, de modo a estimular ou mesmo obrigar (no caso e bens essenciais) a recompra do produto ou sua substituição por novos modelos, muito antes do término de seu esperado ciclo de vida útil. Esse insistente comportamento lesivo não tem sido coibido a contento, fato que demonstra a patente necessidade de aprimoramento da arquitetura normativa de proteção ao consumidor. Nosso intento, com o presente projeto de lei, é justamente evitar a perpetuação dessas condutas prejudiciais aos consumidores por meio da expressa tipificação da obsolescência programada como prática abusiva. A inovação aqui sugerida no CDC tornaria tal prática vedada e sujeitaria, em caso de descumprimento, os infratores ao eficiente aparato repressivo previsto no art. 56 e seguintes do Código. Submetendo o presente projeto de lei à apreciação desta Casa, solicitamos a colaboração dos ilustres Pares para seu aperfeiçoamento e aprovação.

Outra medida para resolver o problema, mas desta vez relacionado ao lixo tecnológico, é combater as exportações ilegais de resíduos perigosos. Neste caso, o Brasil já aderiu a uma importante convenção – Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (1989), concluída em Basileia, Suíça, em 22 de março de 1989.

Respectiva convenção tem por objetivo impedir o tráfico ilegal de lixo eletrônico e prevê a intensificação da cooperação internacional para a gestão ambientalmente adequada desses resíduos.

O Decreto nº. 875/93 (BRASIL, 1993, *online*), que

promulgou o texto da Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, assim dispõe em seu artigo 1º:

Art. 1º A Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, concluída em Basileia, em 22 de março de 1989, apensa por cópia a este decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, ressalvada a declaração de reservas apresentada por ocasião do depósito do instrumento de adesão junto ao Secretariado-Geral das Nações Unidas e adiante transcrita *in verbis*: '1. Ao aderir à Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, o Governo brasileiro se associa a instrumento que considera positivo, uma vez que estabelece mecanismos internacionais de controle desses movimentos - baseados no princípio do consentimento prévio e explícito para a importação e o trânsito de resíduos perigosos -, procura coibir o tráfico ilícito e prevê a intensificação da cooperação internacional para a gestão adequada desses resíduos. 2. O Brasil manifesta, contudo, preocupação ante as deficiências da Convenção. Observa, assim, que seu articulado corresponderia melhor aos propósitos anunciados no preâmbulo caso apontasse para a solução do problema da crescente geração de resíduos perigosos e estabelecesse um controle mais rigoroso dos movimentos de tais resíduos. O art. 4, § 8º e o art. 11, em particular, contêm dispositivos excessivamente flexíveis, deixando de configurar um compromisso claro dos Estados envolvidos na exportação de resíduos perigosos com a gestão

ambientalmente saudável desses resíduos.

3. O Brasil considera, portanto, que a Convenção de Basileia constitui apenas um primeiro passo no sentido de se alcançarem os objetivos propostos ao iniciar-se o processo negociador, a saber: a) reduzir os movimentos transfronteiriços de resíduos ao mínimo consistente com a gestão eficaz e ambientalmente saudável de tais resíduos; b) minimizar a quantidade e o conteúdo tóxico dos resíduos perigosos gerados e assegurar sua disposição ambientalmente saudável tão próximo quanto possível do local de produção; e c) assistir os países em desenvolvimento na gestão ambientalmente saudável dos resíduos perigosos que produzirem.

4. Quanto à questão da abrangência da Convenção, o Brasil reitera seus direitos e responsabilidades em todas as áreas sujeitas a sua jurisdição, inclusive no que se refere à proteção e à preservação do meio ambiente em seu mar territorial, zona econômica exclusiva e plataforma continental.’ (BRASIL, 1993, *online*)

Destarte, o Brasil, fazendo parte da Convenção de Basileia (1989), passa a adotar medidas para coibir e impedir o lixo eletrônico e resíduos perigosos, causados principalmente pela prática da obsolescência programada.

Existe ainda legislação sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que se refere à Lei nº. 12.305/10 (BRASIL, 2010). Seu artigo 33 traz importante regra sobre a implementação de estrutura pelos fabricantes para criação de depósitos e coletas de produtos eletrônicos, conforme dispõe:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso

pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

[...]

II - pilhas e baterias;

[...]

V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes. (BRASIL, 2010, *online*)

Contudo, verifica-se que existem algumas medidas para evitar o problema, porém, a maior e melhor medida para evitar a prática da obsolescência programada é a conscientização e a educação, pois, esta conduta poderá prejudicar toda a sociedade como um todo em virtude dos graves problemas ambientais que são ocorridos. (FREITAS, 2017).

Como diz Vladimir Passos de Freitas (2017, *online*):

[...] torna-se flagrante a necessidade de banir-se, ou pelo menos reduzir-se ao extremo, a prática da obsolescência programada no Brasil. A educação é imprescindível para tal fim, porém a repressão, através de sanções administrativas e ações indenizatórias, nestas com a cautela necessária para evitar fraudes, revela-se de todo recomendável.

Pertinente também, destacar as palavras de Édis Milaré (2011, p. 99), onde menciona sobre o equilíbrio entre o meio ambiente e consumidor:

Tanto a proteção do meio ambiente como a proteção do consumidor são princípios da ordem econômica, nos termos da

Constituição Federal de 1988. Isso quer dizer que, no plano constitucional, as duas esferas de preocupação (meio ambiente e consumidor) estão igualmente situadas, e funcionam como limites à livre iniciativa, uma vez que a ordem econômica se direciona para a ordem social, como afirmam os requisitos jurídicos e o ordenamento econômico-social a partir da Carta Magna.

Porém, não adianta criar leis se não houver uma fiscalização efetiva. Deve existir a repressão e sanções administrativas, pois, somente assim que os fabricantes começam a evitar esta conduta, que é considerado como fraude contra os consumidores. (FREITAS, 2017).

4 O CAPITALISMO E A ECONOMIA COMO AGREGADORES DA PRÁTICA DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

O capitalismo e o consumismo são os principais problemas relacionados à obsolescência programada. A Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) estabelece alguns preceitos indiretos sobre o capitalismo, quando diz que um de seus fundamentos é: “[...] os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º).

Outro preceito encontra-se no artigo 5º inciso XXII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), que na verdade trata-se de uma garantia: “[...] é garantido o direito de propriedade”.

Se uma pessoa possui uma empresa, por exemplo, este proprietário tem o direito absoluto sobre ela, podendo fazer o que pretender, desde que seja para fins lícitos. Por isso, o proprietário também se acha no direito de agir de forma a não adotar qualidades inerentes ao produto, de forma a prejudicar o consumidor.

Nesta seara, o empresário poderá alegar que quanto

mais vendas, mais empregos e a economia gira, mas não é bem assim. Quanto mais vendas utilizando da obsolescência programada, mais prejuízos serão causados aos consumidores e ao meio ambiente. (MILARÉ, 2011).

Com efeito, se torna um círculo consumista, onde o fabricante produzirá mais e venderá mais nos mercados, e conseqüentemente, o Estado arrecadará mais impostos, mas do outro lado, existe o problema do consumo exagerado, onde o consumidor compra sem precisar, utilizando da ideia de que está adquirindo o melhor produto e o mais atual do mercado. Diante disto, diga-se que o capitalismo é:

[...] um sistema em que predomina a propriedade privada e a busca constante pelo lucro e pela acumulação de capital, que se manifesta na forma de bens e dinheiro. Apesar de ser considerado um sistema econômico, o capitalismo estende-se aos campos políticos, sociais, culturais, éticos e muitos outros, compondo quase que a totalidade do espaço geográfico. (BRASIL ESCOLA, 2018, *online*)

Ademais, o capitalismo é um corolário da globalização, fazendo com que os países produzam e até mesmo exportem seus produtos, gerando cada vez mais riquezas para a população e países. E para melhor definir sobre o capitalismo, extrai-se os fundamentos contidos no site EduKavita (2018, *online*):

O capitalismo é um sistema financeiro em que o objetivo principal é a absorção de capitais obtidos pela produção de uma organização para seus próprios fins. Em outras palavras, benefícios do capitalismo apenas às pessoas que fizeram algum investimento ou algum trabalho relacionado à organização. História

mostra-no capitalismo chegando em barcos da Europa, mas não até a revolução industrial, quando, no auge do desenvolvimento, proposto a Fundação deste regime financeiro, para que ele seja aplicado plenamente na sociedade, isso permitiu certa estabilidade entre pessoas que tinham Propriedades, porque eles deram emprego para quem queria trabalhar, mas a miséria dos habitantes marginais deu-lhe um rosto mostrando exclusão. Capitalismo procura um interesse em comum, hoje em dia permanece viável no campo do marketing como a competição é constante, no entanto, política de uma tendência econômica tornou-se um modo de vida, do ponto de vista que caracteriza a consolidação de uma comunidade igualitária pode-se argumentar que é uma doutrina que ameaça as classes média-baixa da sociedade. O capitalismo é a maneira mais direta em que evoluiu o feudalismo, consolidação da abolição da escravatura. No capitalismo o trabalhador (já não mais escravo) recebe uma pequena parcela em relação aos trabalhos realizados. Na sociedade de hoje, há populações em bordas marginais das classes, que não concluir sua subsistência com o oferecido pelo capitalismo, por isso que hoje enfrentam novas doutrinas a seguir na Comunidade, tais como o socialismo, um sistema que gerencia a incluir todas as classes da sociedade que eles surgem e ir em frente com todo o projeto para a qualidade de vida de vida. Isso significa que o capitalismo é mal, dependência desta doutrina pelas partes que compõem o sentido de criar um projeto com fundamentos 'Privado e individual' deve ser baseada no capitalismo, uma vez que os benefícios

devem ser para o que está tentando construir.

Assim, o capitalismo é um sistema formado de pessoas que possuem capacidade de investimentos, proprietárias dos meios de produção, na qual produzem, comercializam e controlam o capital, visando sempre o lucro. Daí se extrai o problema, que é visar sempre o lucro, que causa, dentre outros problemas, a obsolescência programada. (MILARÉ, 2011).

Outro problema que se desencadeia pelo capitalismo e economia é o consumismo, pois, se refere a comprar produtos de forma exagerada, mesmo não precisando daquele produto. Inclusive, o consumismo poderá se transformar em doença, considerando que a pessoa poderá ficar viciada em comprar. (MILARÉ, 2011).

O site Sua Pesquisa (2017, *online*) demonstra a definição de consumismo, quando o consumismo se transforma em doença e as causas deste consumismo, conforme a seguir transcrito:

Definição

O consumismo é o ato de consumir (comprar) produtos de forma exagerada. As pessoas consumistas adquirem produtos (roupas, produtos eletrônicos, perfumes, joias, carros, imóveis) sem ter a necessidade destes. O consumismo é típico das sociedades capitalistas e é estimulado pelas campanhas publicitárias vinculadas, principalmente na TV, cinema e meios de comunicação (revistas, jornais, rádios). Quando o consumismo se transforma numa doença. Em alguns casos o consumismo pode se tornar uma doença (espécie de vício). Neste caso, a pessoa consumista só consegue obter prazer na vida ao comprar coisas. Em situações como esta, é necessário um tratamento profissional de um psicólogo. Por outro

lado, existe também o consumo consciente, que é aquele em que as pessoas compram produtos que estão precisando verdadeiramente. Pesquisam os melhores preços e buscam produtos que não prejudicam a natureza. Você sabia? O consumismo tem se tornado um grande inimigo do Meio Ambiente. O lixo e outros resíduos gerados pelas embalagens e produtos descartados têm causado grandes problemas ambientais, principalmente nos grandes centros urbanos

Assim, quando se fala em consumismo, automaticamente vem à regra da realização de compras sem a necessidade, acarretando em prejuízos para a própria pessoa que comprou, e considerando também que nem sempre a pessoa utilizará do produto adquirido, na qual virá a ocasionar prejuízos e danos ambientais, em decorrência do lixo eletrônico ou resíduos gerados pela forma excessiva desse consumo. (MILARÉ, 2011).

Portanto, o consumismo deveria ser algo evitado, porém, as empresas praticam justamente o contrário, adotando o instrumento da obsolescência programada.

E é desta forma que surge o padrão de consumo explorado pela mídia, sendo que o motor do capitalismo é justamente o consumo da sociedade. É por isso que as pessoas são incentivadas a comprar cada vez mais, mesmo que não esteja precisando do produto ou mesmo que já tenha o produto.

Significa dizer que, existe maior oferta do que a demanda, porém, o empresário faz de tudo para vender seus produtos, mesmo que seja para retirar a qualidade de seus produtos no sentido de durarem menos, e conseqüentemente, se consumir mais. Neste sentido, discorre Paulo Nunes (2016, *online*):

[...] uma sociedade característica do mundo desenvolvido em que a oferta excede geralmente a procura, os produtos são normalizados e os padrões de consumo estão massificados. O surgimento da sociedade de consumo decorre diretamente do desenvolvimento industrial que a partir de certa altura, e pela primeira vez em milênios de história, levou a que se tornasse mais difícil vender os produtos e serviços do que fabricá-los. Este excesso de oferta, aliado a uma enorme profusão de bens colocados no mercado, levou ao desenvolvimento de estratégias de marketing extremamente agressivas e sedutoras e às facilidades de crédito quer das empresas industriais e de distribuição, quer do sistema financeiro.

Daí, quanto mais o consumo, mais produção e mais lucro, fazendo com que gere riquezas, transformando em uma sociedade de consumo. Por outro lado, quanto mais consumo, haverá mais uso de matéria prima, e também, mais lixo, considerando que o produtor e a mídia incentivam a troca de um produto usado por um novo, fazendo com que o produto anterior deixe de ser utilizado, acarretando em seu abandono e ocasionando um problema referente ao local apropriado para depósito. (NUNES, 2016).

Assim, o capitalismo poderá enriquecer uma pessoa, mas isso tem um preço, pois uma sociedade de consumo poderá esgotar os recursos naturais e causar danos ambientais. (NUNES, 2016).

Desta forma, se o consumo não for sustentável, haverá um desequilíbrio, sendo que toda a sociedade é quem ficará prejudicada, principalmente as gerações futuras. (NUNES, 2016).

Em outras palavras, para o capitalismo crescer, é necessário produzir cada vez mais, e para a produção

aumentar, o consumo também deverá crescer. Contudo, a sociedade de consumo é incentivada através da mídia e da publicidade, mas também existem outros incentivos, como através do fornecimento de crédito e empréstimos. (NUNES, 2016).

Assim, todo este consumismo gera lucros e os lucros poderão gerar danos irreparáveis caso não estiver caminhando junto à sustentabilidade. Existem danos considerados invisíveis a olho nu, mas que é perceptível na realidade do consumo, sendo atribuída a obsolescência programada, devendo ser evitado ao máximo pelos fabricantes de produtos.

5 CONCLUSÃO

Verificou-se no presente trabalho o tema da obsolescência programada, que se traduz em excesso de consumo sem ao menos precisar do produto. Melhor explicando, viu-se que o excesso de consumo gera prejuízo, considerando que nem sempre a matéria prima utilizada é descartada de forma correta pelas empresas.

Outros fatores preocupantes mencionados neste trabalho é fazer com que o consumidor adquira novos produtos pela razão do produto que já possui se tornar obsoleto.

Este produto obsoleto não quer dizer que se tornou velho ou descartável para o uso, mas sim porque a própria empresa que o fabricou fez se tornar inutilizável. Tal fato é bastante utilizado por empresas de celulares, onde se fabrica um produto para durar em média um ano, para depois, o consumidor ter que adquirir novo produto. (MILARÉ, 2011).

Tal fato vem fazendo com que países da Europa enfrentem o problema de forma mais condizente, impedindo que empresas enviem atualizações aos consumidores para causar lentidão ou desuso do aparelho.

Porém, ficou claro na exposição deste trabalho que o problema existe, e é necessário mudar esta cultura capitalista e consumista, caso contrário, além de surgir danos às próprias pessoas, danos ambientais serão causados de forma irreparável. (MILARÉ, 2011).

A questão do lixo tecnológico já é um problema de grande proporção de países capitalistas em decorrência de não possuírem mais locais para depositar a matéria prima. Daí, todo o lixo produzido ou é depositado em local inapropriado, ou é enviado para outros países, muitas das vezes em forma de tráfico de lixo, ou seja, de forma irregular e fora das normas legais. (MILARÉ, 2011).

Assim, deve enfrentar o problema apresentando medidas, como por exemplo, criando leis e impondo mais fiscalização aos fabricantes, de modo a prevenir e interromper a prática da obsolescência programada.

Na prática, a obsolescência programada, por ser uma conduta invisível aos olhos, parece difícil de ser combatida, mas quando se adquire um produto e depois de pouco tempo ele se torna difícil de ser utilizado, é porque o fabricante utilizou da obsolescência, se tornando assim visível.

Por outro lado, o Poder Judiciário deve julgar de forma a atender os direitos dos consumidores, e não simplesmente alegar que a obsolescência programada existe no mundo capitalista, mas que não pode ser interrompido.

Decisões como esta faz prejudicar uma série de gerações futuras, que com certeza terão que conviver com danos ambientais irreparáveis em razão da irresponsabilidade das empresas e das decisões judiciais, que ao invés de resolver o problema, permitem este tipo de conduta.

Por fim, pertinente dizer que o Estado deve criar medidas para combater o problema, de modo a atender os anseios da sociedade em forma de emprego e uma

economia forte, mas ao mesmo tempo, não prejudicando o consumidor e o meio ambiente, que são institutos coletivos que estão acima do individualismo empresarial.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELEZA E MODA. 17 Tendências da Moda Outono Inverno 2017. In: **Site Beleza e Moda**, 2017. Disponível em: <<http://www.sitedebelezaemoda.com.br/17-tendencias-da-moda-outono-inverno-2017/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL ESCOLA. O que é capitalismo. In: **Brasil Escola**, 2018. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-capitalismo.htm>>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Decreto nº. 875/93, de 19 de julho de 1993. Promulga o texto da Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. In: **Palácio do Planalto**, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0875.htm#_blank>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Lei nº. 12.305/10, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras

providências. In: **Palácio do Planalto**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Lei nº. 6.938/81, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 7.875/17, de 13 de julho de 2017. Adiciona inciso ao art. 39 da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para vedar a obsolescência programada. In: **Câmara dos Deputados**, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra;jsessionid=FE35D6B65C09DD547F1EF9C1AA78B408.proposicoesWebExterno2?codteor=1569133&filena me=PL+7875/2017>. Acesso em: 11 out. 2018.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimento. In: **UFG**, 2010. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/artigo_prof_saulo.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

EDUKAVITA. Capitalismo: definição, conceito, significado. In: **Edukavita**, 2018. Disponível em: <<https://edukavita.blogspot.com.br/2013/04/capitalismo-definicao-conceito.html>>. Acesso em: 23 out. 2018.

ÉPOCA NEGÓCIOS. Apple e Samsung são multadas por 'obsolescência programada'. In: **Época Negócios**, 2018. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/10/apple-e-samsung-sao-multadas-por-obsolescencia-programada.html>>. Acesso em: 25 out. 2018.

FARINA, Erik; SARKIS, Marcelo. Novas tecnologias estimulam trocas de produtos. In: **Pioneiro**, 2012. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/noticia/2012/10/novas-tecnologias-estimulam-trocas-de-produtos-3909375.html>>. Acesso em: 21 out. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. Obsolescência programada precisa ser reprimida nos tribunais do país. In: **Conjur**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-04/segunda-leitura-obsolescencia-programada-reprimida-tribunais#_edn2>. Acesso em: 10 out. 2018.

LATOUCHE, Serge. **O pequeno tratado do decrescimento sereno**. Lisboa: Edições 70, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0015.15.001617-6/001 0016176-50.2015.8.13.0015 (1). Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível. Relator Desembargador Luciano Pinto. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=1613&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=ARTIGO%2018%20CDC&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 18 out. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0000.18.043839-2/001 5001037-05.2016.8.13.0672 (1). Órgão Julgador: 16ª Câmara Cível. Relator Desembargador José Marcos Vieira. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalLinhas=1613&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=ARTIGO%2018%20CDC&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 18 out. 2018.

MIRANDA, André; ALVIM, Mariana. Rota do tráfico de resíduos eletrônicos se amplia no mundo e inclui o Brasil. In: **O Globo**, 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/rota-do-traffic-de-residuos-eletronicos-se-amplia-no-mundo-inclui-brasil-17279076>>. Acesso em: 21 out. 2018.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. Campinas: Millennium Editora, 2010.

NUNES, Paulo. Sociedade de Consumo. In: **Knoow**, 2016. Disponível em:

<<http://know.net/cienceconempr/economia/sociedade-de-consumo/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

OLIVEIRA, Edson Marques. Sustentabilidade. In: **Sua Pesquisa**, 2017. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/sustentabilidade.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

PACKARD, Vance Stevens. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PAYÃO, Felipe. Celulares que duram 1 ano? Europa quer acabar com obsolescência programada. In: **Tecmundo**, 2017. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/produto/118884-celulares-duram-1-ano-europa-quer-acabar-obsolescencia-programada.htm>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PENA, Rodolfo Alves. Obsolescência programada. In: **Brasil Escola**, 2015. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/obsolescencia-programada.htm>>. Acesso em: 21 out. 2018.

RATTNER, Henrique. Sustentabilidade – um visão humanista. In: **SciELO**, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X1999000200020&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 12 ago. 2018.

SANTINI, Daniel. Celulares são os campeões de obsolescência programada. In: **O Eco**, 2014. Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/blogs/oeco-data/28093-celulares-sao-os-campeoes-de-obsolescencia-programada/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

SENADO FEDERAL. Do ecodesenvolvimento ao conceito de desenvolvimento sustentável no Relatório Brundtland, da ONU, documento que coloca temas como necessidades humanas e de crescimento econômico dos países, pobreza, consumo de energia, recursos ambientais e poluição. In: **Senado**, 2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/ri020/temas-em-discussao-na-rio20/ecodesenvolvimento-conceito-desenvolvimento-sustentavel-relatorio-brundtland-onu-crescimento-economico-pobreza-consumo-energia-recursos-ambientais-poluicao.aspx>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

SILVEIRA, Maria do Carmo da Cunha. Sustentabilidade Empresarial. In: **Sua Pesquisa**, 2017. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/sustentabilidade_empresarial.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

SUA PESQUISA. Sustentabilidade. In: **Sua Pesquisa**, 2017. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/religiosociais/sustentabilidade_social.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

ZANATTA, Marina. A obsolescência programada sob a ótica do Direito Ambiental brasileiro. In: **PUC/RS**, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_2/marina_zanatta.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

ISBN: 978-85-434-1583-3

