

Ângelo Mário Costa e Trigueiros

**O ERRO COMO CONSEQÜÊNCIA DA DESESTABILIZAÇÃO
DA VONTADE E DO CONSENTIMENTO DO CONSUMIDOR
NA COMPRA E VENDA CONSUMERISTA**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
SUBÁREA: DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS**

PUC/SP

**São Paulo
2006**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
SUBÁREA: DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS**

**O ERRO COMO CONSEQÜÊNCIA DA DESESTABILIZAÇÃO
DA VONTADE E DO CONSENTIMENTO DO CONSUMIDOR
NA COMPRA E VENDA CONSUMERISTA**

São Paulo
2006

ÂNGELO MÁRIO COSTA E TRIGUEIROS

**O ERRO COMO CONSEQÜÊNCIA DA DESESTABILIZAÇÃO
DA VONTADE E DO CONSENTIMENTO DO CONSUMIDOR
NA COMPRA E VENDA CONSUMERISTA**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de doutor em Direito
das Relações Sociais, sob a orientação da Professora
Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

São Paulo
2006

Esta tese foi julgada e aprovada para a obtenção do título de Doutor em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito das relações Sociais da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

São Paulo, de agosto de 2006.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi

À minha mulher, filhos e netos.

AGRADECIMENTO

À Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, pela paciência, tolerância, amabilidade e segura orientação.

SUMÁRIO

1.	Introdução	01
2.	Origem da compra e venda e o surgimento do esboço da figura do consumidor anônimo	05
3.	Objeto da compra e venda	14
4.	Breve nota sobre outros sistemas normativos de compra e venda privada	16
4.1.	Sistema soviético	16
4.2.	Sistema germânico	16
4.3.	Sistema francês	17
5.	Sistema e natureza jurídicos da compra e venda privada e de consumo no ordenamento jurídico brasileiro ...	18
6.	Elementos constitutivos da compra e venda consumerista	25
6.1.	A coisa	25
6.2.	O preço	28
6.3.	O consentimento e a vontade	36
6.4.	A relação de consumo	46
7.	Natureza e elementos constitutivos da vontade e do consentimento das partes nos relacionamentos contratuais	47
8.	Algumas notas sobre a vontade e o consentimento das partes nos negócios de compra e venda	51
8.1.	Vontade e consentimento deliberados	51
8.2.	Vontade e consentimento livres	52
8.3.	Vontade e consentimento sérios	53
8.4.	Vontade e consentimento definitivos	54
9.	A caça, captação e adormecimento da vontade e do consentimento dos consumidores. Em certos contratos, a manifestação de vontade e a exteriorização do consentimento são mera consequência do simples fato de se existir ou contingência da vida em sociedade de massa	57
10.	A ascensão, queda e enfraquecimento do consentimento ou da vontade no relacionamento contratual. O fenecimento do princípio da autonomia da vontade. O surgimento do dirigismo contratual	82
11.	O vício ou defeito do consentimento e da vontade	91
11.1.	Conceito de vício	91
11.2.	Conceito de vício do consentimento e da vontade na compra e venda consumerista	91
11.3.	Alguns efeitos dos vícios do consentimento e da vontade na compra e venda consumerista	95
11.4.	As práticas e as cláusulas abusivas como fonte de vícios da vontade e do consentimento nos contratos de consumo - os artigos 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor	99
11.4.1.	As práticas e as cláusulas abusivas como fonte de vícios da vontade e do consentimento do consumidor	99
11.4.2.	O artigo 39 do CDC	100
11.4.3.	O artigo 51 do CDC	111

12.	O juiz como defensor constitucional dos direitos, vontade, consentimento e conveniências do consumidor ...	115
13.	O Erro ou ignorância nas relações privadas	129
13.1.	Definições de erro	129
13.2.	Algumas características do erro consumerista	132
13.3.	A desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor	135
13.4.	Tipos de erro	138
13.4.1.	Erro substancial ou essencial: <i>error in negotio, error incorpore, error in persona</i> , erro sobre a causa, <i>error in quantitate</i>	138
13.4.2.	Erro obstativo	141
13.4.3.	Erro acidental	141
13.4.4.	Erro de fato	141
13.4.5.	Erro de direito	142
14.	O erro como conseqüência da desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor na compra e venda consumerista	146
14.1.	Conceito e definição de erro nas relações de consumo	146
14.2.	Algumas características do erro consumerista	147
14.3.	A desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor	148
15.	Considerações finais	151
	Referências bibliográficas	

RESUMO

O advento do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078, de 11.9.990) trouxe para o ordenamento jurídico nacional não apenas uma novidade, mas principalmente um mecanismo de disciplina e um instrumento prático para a solução dos conflitos oriundos dos relacionamentos de consumo.

Este modesto trabalho visa a abordagem de alguns aspectos importantes do contrato de compra e venda de consumo, notadamente os que dizem respeito ao desdobramento do elemento volitivo de sua constituição e ao erro como conseqüência da desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor.

Convencidos de que os contratos resultantes das relações de consumo vêm sendo estudados de maneira incompleta, tomamos a liberdade de tentar demonstrar que seus elementos constitutivos, da forma como vêm sendo descritos, precisam ser desdobrados, uma vez que os autores, aparentemente, confundem vontade com consentimento das partes.

Por outro lado, ao mesmo tempo, procuramos demonstrar que os vícios do consentimento e da vontade precisam ser vistos sob uma ótica diferente e, portanto, devem ser redefinidos.

Mais especificamente, nos esforçamos para lograr demonstrar que o erro, como vício de uma relação de consumo, não é um fato em si mesmo, mas uma mera conseqüência da desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor por uma causa maléfica aos seus direitos, interesses ou conveniências.

O direito do consumidor, embora sem grande tradição cronológica entre nós, bem cedo se destacou, não apenas por causa de sua magnitude prática e moralizadora no cenário dos negócios, mas, principalmente, pela relevância qualitativa de seus doutrinadores.

O surgimento das sociedades de massa fez com que velhas concepções sobre o contrato de compra e venda fossem revistas. Uma dessas revisões foi a constatação de que, em certos tipos de contrato, a figura de um de seus participantes (o consumidor) é tão diluída que se torna quase invisível.

Esse fato dificulta sobremaneira o estudo da formação do contrato de consumo com base em fundamentos doutrinários exclusivamente pertencentes a essa área do direito. E foi por essa razão que nos valemos, freqüentemente, de ensinamentos do velho direito civil. Essa forma de abordagem do tema não nos constrange, uma vez que - como se sabe - o direito do consumidor não deve ser visto como ramo da árvore jurídica totalmente afastado dos demais.

Por todas essas razões entendemos ter prestado uma despreziosa e modesta contribuição ao estudo da compra e venda de consumo e do erro resultante da desestabilização da vontade e do consentimento dos consumidores.

ABSTRACT

The “Consumers Defense Code” (law n° 8.078, from September, 11th, 1990) brought to the national legal system not only novelty, but mainly a discipline mechanism and practical tools to solve conflicts arising from consumer connections.

This modest study intends to broach some important aspects from consumers purchase agreement, specially those related to the development of the volitive element of its formation and to the error as a consequence of both the will and the consumer consentment destabilization.

Convinced that the agreements resulting from consumer connections so far have been studied incompletely, this study tries to demonstrate that it’s composing elements, as usually described, must be developed, since the authors, apparently, mix the parties volition with their consentment.

On the other hand, at the same time, this study tries to demonstrate the consentment and volitive defects must be examined under a different point of view, and, therefore, must be redefined.

More specifically, this studies efforts to demonstrate that the error, understood as a defect from the consumer connection, is not a fact by itself, but a mere consequence of the consumers volition and consentment destabilization originated by a malevolent cause to his rights, interests or conveniences.

Consumers rights, even though without a great chronological tradition among us, soon has distinguished itself, not only due to its practical and moralizing magnitude in the business scenario, but mainly due to its authors qualitative relevance.

The emerging of mass societies forced old conceptions regarding the purchase agreement to be revised. One of those revisions was the verification that, in certain agreements, one of the parties (the consumer) is so diluted that becomes almost invisible, imperceptible.

This fact heavily renders difficult to the study of consumer agreements formation, based on doctrinaire fundamentals belonging exclusively to this area of the law. This is the reason why this study frequently recurred to the old civil law doctrine. This approach to the matter does not make this study ill at ease since, as is well known, consumers’ law must not be seen as a totally separated branch of the legal tree.

For all this reasons this study understands to have contributed modestly and unpretentiously to the study of consumers purchase agreement and the error resulting from the destabilization of consumer’s volition and consentment.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do comportamento do ser humano ao longo do passar do tempo revela que ele sempre teve sede de riqueza como forma de sobrevivência.

Riqueza, ou melhor, a posse de bens foi logo vista como uma forma prática de se enfrentar dificuldades e de se garantir a possibilidade de continuidade da espécie do *homo sapiens*.

Afirma-se que, nos primórdios da vida grupal, lograva-se adquirir a posse de bens por meios abruptos e indisciplinados.

Mais tarde, essa forma tosca de acumulação de bens destinados à sobrevivência modificou-se e transformou-se no que hoje chamamos de permuta.

Durante muito tempo ela foi praticada como veículo de circulação de riqueza.

Posteriormente, chegou-se à conclusão de que esse sistema - que consistia na troca de uma coisa por outra - não atendia mais às conveniências do Homem. Sobreveio, então, a moeda, que, agregando um valor fictício a si própria, facilitou a operação de circulação de riqueza.

E foi nesse contexto histórico que se sentiu a necessidade de se disciplinar esse tipo de atividade. Surgiu, assim, o regramento jurídico da compra e venda.

Durante muito tempo, em decorrência de princípios jurídicos aceitos como ideais os contratos de compra e venda foram deixados a esmo de qualquer fiscalização pelo Estado.

Entendia-se que, se o correto era deixar-se o ser humano livre, nada mais justo do que se deixá-lo em paz, quando se vinculasse num contrato.

O tempo fluiu e, com ele, o progresso e a conseqüente modificação da sociedade sob todos os seus aspectos. Assim, intensificaram-se a indústria e o comércio.

Essas modificações, tanto as ocorridas no comércio como na indústria, por sua vez, terminaram fazendo com que as pessoas - tomadas como individualidades isoladas - terminassem ficando desprotegidas.

Nesse passo, o legislador entrou em cena, a fim de proteger-lhes os direitos e interesses mediante a implantação de disciplina nos relacionamentos contratuais. E isso se deu por meio da interferência do Estado na formação dos contratos.

Mas a sociedade é uma espécie de moinho, que mói sempre e sem parar. Por causa desse fenômeno, essas transformações continuaram em marcha. Surgiram, então, as sociedades de massa.

Elas, por sua vez, criaram um novo tipo de indivíduo dentro dos relacionamentos contratuais: as partes anônimas, os consumidores.

Essa nova mudança, por seu turno, deu luz à crença na necessidade de se organizar um novo tipo de ramo na árvore jurídica capaz de atender aos reclamos dos direitos e interesses de quantos, de forma anônima e difusa, se envolvessem nesse novo tipo de relacionamento.

Sobreveio o chamado direito difuso. Nasceu o direito das relações de consumo.

Este último consolidou-se entre nós com o advento do Código de Defesa do Consumidor (lei nº. 8.078, de 11.9.90). E veio logo como um microssistema *principiológico*, público e preocupado com a função social das relações de consumo.

Essa nova maneira de conceituação da mais praticada forma de contrato implicou na automática consciência de que o Estado não devia mais deixar os contratos de massa sem sua presença fiscalizadora.

Passou-se, assim, a respeitar a função social desses contratos como uma espécie de dogma em prol da dignidade da pessoa humana e da boa fé que deve circundar os relacionamentos em que ela se envolve. Enfim, surgiu um novo direito.

A escolha do nosso tema, que versa sobre os contratos de consumo e sobre o erro - que é o seu defeito mais freqüente e é conseqüência da desestabilização da vontade e do

consentimento do consumidor - tem de, necessariamente, vasculhar aspectos particularíssimos de dois dos elementos constitutivos dessa figura contratual, ou seja, vontade e consentimento.

Ora, dado que vontade e consentimento das partes, na forma pretendida, não é tema encontrado em obras específicas de direito consumerista, fomos forçados a pesquisá-lo em compêndios peregrinos. A tanto nos aventuramos porque, como se sabe, o direito do consumidor é interdisciplinar.

Nosso modesto trabalho divide-se em quinze capítulos. Não havia como reduzi-los, sob pena de ele ser sacrificado.

O primeiro capítulo refere-se à introdução do tema. O segundo procura localizar a origem da compra e venda e a do provável surgimento do primeiro esboço da figura do consumidor anônimo. O terceiro capítulo cuida do objeto da compra e venda. O quarto capítulo refere-se aos três sistemas ocidentais de compra e venda, ou seja, aos sistemas soviético, germânico e francês. O quinto capítulo trata do sistema e natureza jurídicos da compra e venda privada e de consumo no ordenamento jurídico brasileiro. O sexto capítulo explica os elementos constitutivos da compra e venda consumerista. Nele, escandimos a vontade do consentimento e acrescentamos a relação de consumo. O sétimo capítulo refere-se à natureza e aos elementos constitutivos da vontade e do consentimento das partes em seus relacionamentos contratuais. O oitavo capítulo ocupa-se de algumas nuances da vontade e consentimento das partes nos negócios de compra e venda. O nono capítulo atém-se à caça, captação e adormecimento da vontade e do consentimento dos consumidores por meio dos artifícios dos fornecedores. Aborda, ainda, o fato de, em alguns tipos de compra e venda, vontade e consentimento do consumidor simplesmente inexisterem ou não passarem de mera contingência da vida em sociedade de massa. O décimo capítulo refere-se à ascensão, queda e enfraquecimento da importância da volição das partes nos relacionamentos contratuais. Refere-se, ainda, ao tema do dirigismo contratual. O décimo primeiro capítulo aborda o vício ou defeito do consentimento e da vontade. O décimo segundo capítulo situa o juiz como defensor dos direitos, vontade, consentimento e conveniências do consumidor em decorrência de imperativo constitucional. O décimo terceiro capítulo versa sobre erro ou ignorância nas relações privadas. Cuida de várias definições de erro, da ignorância e das teorias sobre o erro nas relações privadas. O décimo quarto capítulo, intitulado “O erro como consequência da desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor na compra e venda consumerista”, procura conceituar e definir o erro nas relações de consumo, aponta algumas

características do erro consumerista e trata da desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor. O décimo quinto e último capítulo tece considerações finais sobre o tema objeto do nosso modesto trabalho.

2. ORIGEM DA COMPRA E VENDA E O SURGIMENTO DO ESBOÇO DA FIGURA DO CONSUMIDOR ANÔNIMO

Antes da compra e venda o que havia era o apossamento puro e simples, a pilhagem, o roubo, a pirataria e as invasões; depois, em decorrência da dinâmica evolutiva das sociedades emergentes, surgiu o comércio e, com ele, a troca.

A permuta, entretanto, ao longo do tempo, revelou ser um negócio de manejo e fluxo inseguros e despidos de praticidade, uma vez que, como ensina Serpa Lopes:

“nem sempre podia trazer uma necessária equivalência de valores entre os objetos permutados, em face das dificuldades em produzir um equilíbrio necessário entre eles, ante a lei natural da oferta e da procura.”¹

Na verdade, a permuta terminou dificultando o natural desdobramento dos negócios, uma vez que, se as partes, depois de trocaram seus pertences, quisessem transferi-los a terceiros, corriam o risco de não encontrar quem se interessasse por eles com a brevidade esperada ou na forma e modo desejados. Essa dificuldade, por sua vez, entravava a circulação da riqueza, tornando insatisfatório esse tipo de negócio.

Sebastião de Souza a esse respeito ponderou que:

“A permuta, como forma evoluída de meios de aquisição da propriedade, ainda não podia satisfazer às necessidades de uma sociedade em grau mais alto de desenvolvimento. A civilização é uma criação inexorável de necessidades. Nem sempre a coisa disponível convinha a quem possuía outra, também disponível e daí as dificuldades surgiram no comércio dos homens. Era, pois, natural que se procurasse um meio de afastar essas dificuldades, próprias da permuta e esse meio consistiu em escolher-se uma coisa de utilidade geral para servir de mercadoria intermediária. Essa mercadoria intermediária não tinha um caráter de generalidade entre os povos, mas variava de um para outro e variou também de uma época para outra. Entre os gregos antigos, foi o gado que serviu de moeda intermediária, aferindo-se o valor das coisas pelo seu confronto com o

¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil, vol.3*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.957, p.250.

valor dos animais domésticos de uso comum. Os romanos herdaram dos gregos esse uso e por isso deram à moeda o nome de pecúnia. Entre outros povos outras mercadorias serviram de estalão para o valor de troca, até chegar-se ao uso dos metais, mediante pesagem.”².

Com o surgimento da moeda, a circulação de bens e de riquezas encontrou, finalmente, seu veículo mais seguro e prático de expansão.

Mas seu aparecimento não se deu da noite para o dia; ao contrário, resultou de uma lenta evolução nas relações de troca e, talvez, da constatação de que esse sistema trazia mais desvantagens do que vantagens ao incipiente mundo de negócios da alta antiguidade.

Inicialmente, utilizaram-se as chamadas moedas-mercadorias, isto é, bens de alguma forma raros aos quais se atribuía um valor especial: peles, sal, montarias, bois, vacas, porcos, carneiros, armas, tecidos finos, conchas, etc.

O que se pretendia era a utilização de um bem considerado útil por todos e ao qual, por isso mesmo, se agregasse um determinado valor no momento da troca.

Mas essa forma de moeda, a despeito de significar um relevante avanço na facilitação da migração da permuta para a compra e venda, ainda não podia ser considerada plenamente capaz de atender às peculiaridades da compra e venda.

Sobreveio, então, uma fase de utilização de metais - de preferência, preciosos, como ouro e prata - como veículos ou símbolos de valor utilizável nos negócios de compra e venda. Na verdade, os metais, em decorrência de sua durabilidade, beleza e facilidade de armazenamento e transporte, entre outras vantagens, suplantaram todos os demais bens utilizados como valor nas compras e vendas.

A cunhagem de moedas foi o coroamento desse processo evolutivo. Isso teria ocorrido no século VII a.C., provavelmente na Lídia, e de lá se espalhou pela Europa, principalmente no mediterrâneo. Esse fato foi de enorme importância para as relações comerciais, porque foi a primeira vez que as autoridades reconheceram não apenas a moeda como um veículo utilizável nas compras e vendas, mas também o valor nelas estampado.

² SOUZA, Sebastião de. *Da compra e venda*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1.956, p.13

O fato é que o dinheiro apenas substituiu o valor das coisas, que mudavam de mão ao serem permutadas.

E isso foi um enorme progresso nas relações comerciais, porque, nem sempre, o adquirente ou vendedor tinha um bem para ser trocado cujo valor correspondesse ao do que ele desejava incorporar ao seu patrimônio.

De fato, como diz Limongi França:

“a compra e venda nada mais é do que uma troca indireta, através do dinheiro como elemento intermediário.”³

Vestígios da compra e venda podem ser localizados na mais remota antiguidade, inclusive em menções em livros religiosos.

Na Bíblia, por exemplo, diz-se que Abraão comprou um terreno, a fim de nele sepultar Sara, sua mulher.

“Jeremias, no assédio de Jerusalém por Nabucodonosor, compra o campo de Hanaméel”, refere Serpa Lopes⁴

J. M. de Carvalho Santos, discorrendo sobre os primórdios da compra e venda, disse:

“A evolução do contrato de compra e venda marca suas etapas nas próprias fases de desenvolvimento da civilização. Com esta caminha e com ela se adianta. E se pode mesmo dizer que, quase sempre, é mesmo expressão de aprimoramento das relações do homem com os seus semelhantes. A sua crônica é a própria da história da humanidade, no sentido mais íntimo. A origem da compra e venda se encontra na época em que, emergindo do estado ultra-selvagem das primeiras civilizações, passou o homem, até então limitado à vida de bandos que se agrediam mutuamente, de uma fase de luta, a uma outra, de maior compreensão. Aproximava-se o interesse, que inspirou a primeira troca

³ FRANÇA, Limongi. *Manual de direito civil*, p. 74.

⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil, vol.3*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.957, p.250.

de produtos, cada qual entregando ao outro o que possuía em demasia, mediante o recebimento do que lhe faltava. A primeira noção de valor foi dada por essas transações e a lei da oferta e da procura, então estabelecida, não mudou até hoje.”⁵

Não se pode precisar, exatamente, a partir de quando a compra e venda foi inserida no direito romano. Mas se sabe que eles já a praticavam anteriormente à fundação de Roma, sob o nome de *mancipatio*.

Era negócio jurídico de caráter real e inçado de solenidades.

Requeria a presença das partes, isto é, o vendedor e o comprador, cinco testemunhas e o *libripens*. O adquirente, por sua vez, tendo a coisa, objeto do contrato, em sua mão ou pondo-a sobre ela, dizia uma frase solene e, em seguida, batia com um pedaço de cobre numa balança, segurada pelo *libripens*, e entregava um fragmento do metal ao alienante.

Aperfeiçoou-se dessa forma um negócio de permuta, assemelhado à compra e venda, uma vez que se entregava ao alienante uma coisa, que, mais tarde, foi substituída pela moeda.

No início da Idade Média, o dinheiro e os metais preciosos estavam concentrados em mãos da Igreja Católica e da nobreza. Embora houvesse grande acúmulo e monopólio de riqueza, não havia muitos meios de ela ser escoada para o mercado e nem abundância de artigos à disposição dos compradores. É que os gêneros de primeira necessidade – principalmente alimentação e vestuário - eram produzidos no próprio feudo. Os artigos de luxo, por sua vez, destinavam-se a um tipo de comprador muito reduzido e, conseqüentemente, não tinham como inserir-se no mercado de uma forma mais ampla.

Diante disso, a regra geral era a da auto-suficiência das aldeias feudais.

A ausência de meios práticos de escoamento de dinheiro ou de metais preciosos emperrava sua utilização como veículos de dinamização do comércio. Esse fator de estagnação era em grande parte devido à precariedade das estradas, o altíssimo custo do

⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado, vol. XVI*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.958, p. 5, 6.

transporte e à insegurança física dos mercadores, sempre atormentados por salteadores, cobrança de pedágio e taxas pela utilização de passagens, pontes e estradas.

Assim, também por causa dessas dificuldades, o grande padrão de riqueza do início da era feudal fixou-se na propriedade de terras. E a Igreja Católica, sabendo disso, apoderou-se de cerca de dois terços das terras aráveis da Europa ocidental.

O armazenamento de moedas e de metais preciosos e a propriedade de terras, arrendadas em faixas descontínuas aos servos, não fomentavam o desenvolvimento da economia daquela época. E foi nesse estado de coisas que sobrevieram as Cruzadas.

Massas humanas compostas de guerreiros, nobres arruinados, aventureiros, sacerdotes, peregrinos fanáticos, sem herança, sem terras, assassinos, fugitivos da Justiça etc. deslocaram-se da Europa para Jerusalém. O pretexto nobre era libertá-la dos muçulmanos e trazê-la de volta à fé cristã. O pretexto oculto foi ganância e a necessidade de expansão comercial.

Tanto isso é verdade, que, como ensina Leo Hubermann em sua obra clássica:

“Uma vez que Constantinopla, durante muitos anos, foi a maior cidade na região do Mediterrâneo, essa constituía uma vantagem a mais. Significava que as especiarias orientais, sedas musselinas, drogas e tapetes seriam transportados para a Europa pelos venezianos, que mantinham a rota interna. E porque foram originariamente cidades comerciais, Veneza, Gênova e Pisa desejavam privilégios especiais de comércio com as cidades ao longo da costa da Ásia Menor. Nessas cidades viviam os odiados muçulmanos, os inimigos de Cristo. Mas isso fazia alguma diferença aos venezianos? Nem por sombra. As cidades comerciais italianas encaravam as Cruzadas como uma oportunidade de obter vantagens comerciais. Assim é que a Terceira Cruzada teve por objetivo não a reconquista da Terra Santa, mas a aquisição de vantagens comerciais para as cidades italianas. Os cruzados atravessaram Jerusalém, em demanda das cidades comerciais ao longo da costa.”⁶

Esse enorme deslocamento populacional, por sua vez, requisitava toda sorte de provisões. E elas eram fornecidas pelos mercadores que acompanhavam os cruzados. Esse

⁶ HUBERMANN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 21ª ed., p. 18.

fato gerou um impulso inicial a um tipo de comércio mais amplo, além das fronteiras das aldeias feudais.

Muitos cruzados, por seu turno, foram contaminados pela cultura e pelos gostos refinados dos árabes. Assim, ao retornar à Europa, já habituados a trajés e iguarias requintados, terminaram fomentando um novo tipo de atividade produtiva, que, por sua vez, incrementou os negócios de compra e venda.

No início do século XI, a Europa sofreu um relevante aumento populacional. Esse fato, por sua vez, também contribuiu para o desenvolvimento das atividades produtivas e comerciais. A partir dessa época, o comércio do Mediterrâneo despertou; enquanto isso, o dos mares do norte intensificou-se.

Dos séculos XII ao XV surgiram grandes feiras periódicas na Itália, França, Bélgica, Alemanha e Inglaterra.

Leo Hubermann descreve-as da seguinte maneira:

“É importante observar a diferença entre os mercados locais semanais dos primeiros tempos da Idade Média e essas grandes feiras do século XII ao XV. Os mercados eram pequenos, negociando com os produtos locais, em sua maioria agrícolas. As feiras, ao contrário, eram imensas, e negociavam mercadorias por atacado, que provinham de todos os pontos do mundo conhecido. A feira era o centro distribuidor onde os grandes mercadores, que se diferenciavam dos pequenos revendedores errantes e artesãos locais, compravam e vendiam as mercadorias estrangeiras procedentes do Oriente e Ocidente, Norte e Sul.”⁷

Na verdade, essas feiras não eram apenas grandes centros de realização de compras e vendas mercantis. Elas também atuavam na área financeira, uma vez que, em muitas delas, circulavam letras de câmbio e de crédito e emprestava-se dinheiro.

Já nessa época os compradores contavam com regras severas de proteção aos seus interesses.

⁷ HUBERMANN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 21ª ed., p. 22.

A prova desse fato é que a proteção dos interesses e direitos dos compradores contra os logros dos mercadores e artesãos era amplamente difundida nas corporações de ofício.

Elaboraram-se estatutos e instituíram-se severas penalidades contra os artesãos infratores de suas regras, não apenas aquelas referentes à economia interna das corporações, mas também as de proteção aos compradores.

Assim, por exemplo, punia-se o artesão que por meio de práticas desonestas prejudicasse o comprador, ou seja, fizesse com que sua vontade e consentimento gerassem um resultado lesivo a seus interesses.

A fim de se evitar que isso ocorresse, isto é, que os compradores, por exemplo, fossem enganados, a qualidade dos produtos também era rigorosamente fiscalizada.

Leo Hubermann relata que, já naquela época, existia o que hoje se intitula de controle de qualidade.

Assim:

“Impondo a regra de que cada associado devia passar por um aprendizado, garantiam o conhecimento do ofício. Por outro lado, supervisionando cuidadosamente seu trabalho, protegiam o comprador contra o uso de material inferior. A corporação se orgulhava de seu bom nome, e os artigos vendidos tinham a sua garantia de um padrão mínimo de qualidade. As corporações obedeciam a mil e uma regras para impedir o trabalho inferior e para a manutenção de alto padrão qualitativo, sendo severas as penas contra os infratores. O regulamento dos armeiros de Londres, de 1.322, dizia: “E se forem encontradas em qualquer casa... armaduras à venda de qualquer tipo, que não sejam de boa qualidade...essas armaduras serão imediatamente confiscadas e levadas ao alcaide e intendentess, e por eles julgadas como boas ou más, segundo sua opinião”. Supervisores das corporações faziam viagens regulares de inspeção, nas quais examinavam pesos e medidas usados pelos membros, os tipos de matérias-primas e o caráter do produto acabado. Todo artigo era cuidadosamente inspecionado e selado. Essa fiscalização rigorosa era considerada necessária para que a honra da corporação não fosse manchada,

prejudicando com isso os negócios de todos os seus membros. As autoridades municipais, por sua vez, a exigiam como proteção ao público”.⁸

Hoje em dia, a compra e venda segue os passos de uma economia de massa, numa sociedade globalizada, dominada pela velocidade dos fatos e por uma verdadeira miríade de transformações.

Mais do que nunca, evidenciou-se que o ato de comprar ou vender tem a função de fazer circular riquezas.

Aquilo que, antigamente, era uma espécie de operação doméstica, calma, simples e de feição sem grandes matizes diferenciadores, transformou-se, na era moderna e em pouco mais de um século, em um negócio veloz e multifário.

É que, como diz Waldírio Bulgarelli:

“Também a compra e venda, na vida moderna, ampliou-se, tornou-se complexa, sofisticou-se, por meio de inúmeras variantes, como a venda com reserva de domínio, a alienação fiduciária, o leasing, ou então, como a representação comercial, a agência, a distribuição etc.”⁹

O fato é que a compra e venda - provavelmente resultante de metamorfose sofrida pelos negócios de permuta nas sociedades tribais - evoluiu para a aldeia feudal e ganhou relevância nas grandes feiras, onde teria sido criado o primeiro esboço da figura do consumidor anônimo.

Mas, se, por um lado, a imagem do consumidor pode ser vista engatinhando nas grandes feiras, por outro lado, o mesmo não se pode afirmar da relação de consumo, tal como hoje em dia a concebemos. É que ela, entre outros requisitos, só é compatível com as sociedades de massa – e elas ainda não existiam na época das grandes feiras. É por essa razão que tomo a liberdade de afirmar que, em Roma, a presença do consumidor anônimo não teria lugar.

⁸ HUBERMANN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 21ª ed., p. 54.

⁹ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Editora Atlas, 2.000, p. 169-170.

Tem-se, assim, que consumidor e consumo, historicamente, não teriam andado *pari passu*.

Finalmente, registre-se que, se, por um lado, consumidor e consumo parecem não ter andado juntos ao longo da história, por outro lado, o combate ao erro de manifestação de vontade e consentimento dos compradores como forma de sua proteção certamente deve ter estado sempre presente nas ações saneadoras dos negócios mercantis, desde os tempos mais recuados.

3. OBJETO DA COMPRA E VENDA

Mas, o que se vende? Vende-se tudo, desde que não haja impedimento legal, ou sentencial, ou contratual etc.

Em sede de comércio, vende-se mercadoria.

O Código Comercial empresta ao vocábulo os seguintes sinônimos: efeitos, coisas, gêneros, objeto e fazendas.

O Código de Defesa do Consumidor menciona produtos (art.3º e seu parágrafo 1º). Vendem-se também serviços (CDC art. 3º e seu parágrafo 2º), embora não sejam bens.

Nos últimos anos, talvez em consequência de um exercício de mimetismo canhestro, substituíram-se esses vocábulos por outro, sem nenhuma sinonímia com eles: item.

Seja como for, o melhor conceito de mercadoria - ou produto, segundo a nomenclatura do Código de Defesa do Consumidor - é, indiscutivelmente, o de J. X. Carvalho de Mendonça.

Ele, com a precisão de sempre, ensina que:

“As coisas móveis, consideradas como objeto de circulação comercial, tomam o nome específico de mercadorias. A mercadoria está, portanto, para a coisa, como a espécie para o gênero. Todas as mercadorias são, necessariamente, coisas; nem todas as coisas, porém, são mercadorias. Não há, como se vê, diferença de substância entre coisa e mercadoria; a diferença é a destinação. Tudo o que pode ser objeto de comércio, vendido ou locado é mercadoria. Mercadoria é a coisa comercial por excelência, na frase de Vidari. Nesse sentido fala-se de mercar, isto é, comprar e vender, especular, e de mercancia, significando mercadoria. A palavra mercadoria não tem no Código Comercial sentido definido. Ora é empregada a antítese, a coisas móveis, dinheiro, papéis de crédito, efeitos e valores, ora compreende qualquer objeto que, tendo valor de troca, pode entrar na circulação comercial. No sentido restrito, porém, aquela

palavra limita-se ao conceito da coisa material, corpórea. É nessa acepção que a Constituição Federal e leis comerciais e fiscais, de ordinário, a empregam.”¹⁰

Hoje em dia, o conceito comercial de mercadoria não se restringe apenas às coisas móveis.

Antigamente, só se entendia ser possível tradição de coisa móvel. Mas isso mudou.

Bulgarelli a esse respeito observa que:

“mas modernamente já se inicia a tendência de se admitir contratos de compra e venda mercantis em relação a imóveis constatada a possibilidade de circulação destes, por meio de títulos representativos e contratos em massa, daí, por exemplo, ter a lei brasileira, como já vimos, conceituado como comerciais as empresas de construção” (Lei 4.068, de 09.06.62, assinale-se) ¹¹.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, os bens imóveis postos no mercado pelos construtores migraram do Código Civil para a área de influência das leis consumeristas (CDC art. 12), desde que, é claro, sejam objeto de negócio envolvendo, em uma de suas pontas, a figura de um consumidor propriamente dito (CDC art. 2º) ou de pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais (CDC art. 29).

¹⁰ MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. 1, 1ª parte, p. 28-30.

¹¹ BULGARELLI, Waldírio, *in*, “Contratos Mercantis”, Editora Atlas, 1.979, p. 165.

4. BREVE NOTA SOBRE OUTROS SISTEMAS NORMATIVOS DE COMPRA E VENDA PRIVADA

Nos tempos modernos, até quase o final do século XX, os principais sistemas jurídicos ocidentais de compra e venda são o francês, o germânico e o soviético.

“Sistêmico. É um adjetivo que significa aquilo que diz respeito a sistema, palavra derivada do grego *systema*, que significa conjunto ou grupo. Sistema é um conjunto ordenado de objetos, fatos, acontecimentos ou elementos interrelacionados que apresentam características em comum. Designa um conjunto de relações entre os elementos integrantes de uma sociedade. O pensamento sistêmico surgiu a partir da década de 30.”¹²

4.1. Sistema Soviético

Com a derrocada do império comunista, esse sistema perdeu a razão de existir. Vale como referência histórica.

Para a legislação soviética de 1.922, as coisas, individualmente determinadas, adquiriam-se pelo *consensus* e as determinadas pelo gênero, pela *traditio*.

Posteriormente, em 1.962, o novo Código Soviético revogou essa lei, aderindo, segundo tudo indica, ao sistema germânico.

4.2. Sistema Germânico

Segundo o artigo 443 do Código Civil Alemão, BGB, a compra e venda gera, unicamente, uma obrigação de dar, *ad tradendum*.

Conseqüentemente, o contrato, em si mesmo, nada transfere. Assim, o domínio só muda de mãos pela *traditio*, como um desdobramento da alienação e implemento da obrigação assumida pelo vendedor.

¹² FAZENDA, Ivani (organizadora). *Dicionário em construção*. São Paulo: Cortez Editora, 2ª ed., 2.002, p.33.

Serpa Lopes observa que:

“entre o direito germânico e o romano, uma diferença apenas cumpre ser assinalada: o direito Romano considerava o objetivo do contrato de compra e venda a transferência da coisa; o direito germânico ou o direito moderno visa a transferência da propriedade.”¹³.

4.3. Sistema Francês

É o sistema da unidade formal. O contrato de compra e venda, ao mesmo tempo, obriga e transfere o domínio da *res* vendida.

Tem-se, assim, que para esse sistema o simples consentimento da parte, por si só, é suficiente para transferir o domínio, independentemente de outra formalidade. É o princípio do *nudus consensus parit proprietatem*.

¹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil, vol.3*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.957, p.256.

5. SISTEMA E NATUREZA JURÍDICOS DA COMPRA E VENDA PRIVADA E DE CONSUMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nosso sistema jurídico de compra e venda afina-se com o romano e com o germânico.

Paulo Dourado de Gusmão, referindo-se ao sistema jurídico brasileiro geral, ensina que:

“A história do sistema jurídico brasileiro inicia-se antes da História do Brasil, quando a Europa fazia a História, pois começa muito antes de 1.500. De modo geral, podemos dizer que o sistema jurídico brasileiro pertence ao sistema ou espaço social do direito codificado. É, pois, sistema de direito escrito, de direito codificado, onde a lei é a fonte suprema do direito. Quanto ao conteúdo, o direito brasileiro, através do direito português, sofreu a influência do direito germânico e do direito canônico.”¹⁴

Assim é que para nós o negócio de compra e venda, por si só, não transfere, automaticamente, a propriedade da coisa vendida ao adquirente.

É o que se pode inferir da leitura do artigo 481 do novo Código Civil, que diz:

“Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

O Código de Defesa do Consumidor não tem disposição expressa a esse respeito; conseqüentemente, aplica-se o entendimento da lei civil ao assunto.

A lei civil brasileira é clara: o contrato, em si mesmo, limita-se a obrigar o alienante a apenas transferir o domínio da coisa vendida e impõe ao adquirente o ônus de ter de pagar o preço certo em dinheiro, na forma e tempo combinados.

¹⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.000, p. 325.

Orlando Gomes ensina que:

“O direito pátrio atribui ao contrato de compra e venda efeitos exclusivamente obrigacionais”¹⁵.

Outro não é o entendimento de Pontes de Miranda:

“A finalidade do contrato de compra e venda é a transferência da propriedade. Mas tal contrato não a transfere; apenas tem por fim transferir. Não se há de confundir transferir e prometer transferir.”¹⁶.

Mais adiante, o respeitado autor conclui que:

“Pelo contrato de compra e venda promete-se a transferência de direito de propriedade ou de posse. Não é contrato translativo. É grave erro, que até se tem insinuado em legislações imitadoras do Código Civil francês, dizer-se que o contrato de compra e venda é translativo.”¹⁷.

Acrescente-se, ainda, que, no Brasil, a compra e venda privada submete-se ao princípio da boa fé objetiva e à função social dos contratos. É o que se infere dos artigos 421 e 422 do novo Código Civil.

A compra e venda regida pela legislação privada gravita em torno da boa fé objetiva e da função social dos contratos. E mais: dado que ela se submete aos preceitos do novo Código Civil, orienta-se, ainda, pelos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, como ensina Humberto Theodoro Junior.¹⁸

A compra e venda, seja ela regulada pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor, é um contrato bilateral, sinalagmático, simplesmente consensual, oneroso, comutativo, ou aleatório, de execução instantânea ou diferida, solene ou não solene.

¹⁵ GOMES, Orlando, *in*, “Contratos”, p. 217.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de, *in*, “Tratado de Direito Privado”, tomo XXXIX, p. 12.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de, *in*, “Tratado de Direito Privado”, tomo XXXIX, p. 14.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil, volume III, tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.003, p. XIII.

É bilateral porque resulta da manifestação de vontade dos contratantes. Assim, um quer, manifesta querer e consente em vender, enquanto o outro quer, manifesta querer e consente em comprar.

É sinalagmático porque gera prestações mútuas para as partes. Uma, deve pagar o preço; a outra, deve entregar-lhe a coisa vendida.

É consensual porque a simples manifestação de vontade das partes sobre o valor do preço e sobre o que se vende é suficiente para dar vida jurídica ao negócio.

É oneroso porque impõe sacrifício patrimonial aos contratantes. Assim, o vendedor perde a coisa vendida em favor do comprador e este, por sua vez, se descapitaliza, quando lhe paga o preço avençado.

É comutativo, em regra, quando há equivalência de prestações e de contraprestações, porque, quando as partes celebram a avença têm condições de estimar o montante da prestação à qual estão se obrigando, em troca do que pagaram ou do que receberam.

É aleatório, quando (artigo 483 do Cód. Civil) diz respeito a coisas futuras.

A coisa futura tanto pode existir, como não e, por outro lado, ela pode vir a existir em maior ou em menor quantidade.

É o caso da *emptio spei* e da *emptio rei sperata*.

Na *emptio spei*, o adquirente tem de pagar o preço, independentemente do fato de o bem adquirido por ele venha, ou não, a existir no futuro. Obriga-se, inclusive, por exemplo, a pagar o preço, se o bem nascer morto.

Referindo-se a essa espécie de figura contratual, diz Pontes de Miranda que:

“ou a compra e venda de esperança, vende-se a esperança mesma: o risco passa ao comprador, que, de qualquer modo, se insere em contrato aleatório típico.”¹⁹.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de, *in*, “Tratado de Direito Privado”, tomo XXXIX, p. 23.

Na *emptio rei sperata*, a coisa vendida deve vir a existir, pois, do contrário, o contrato não se aperfeiçoa, não tem eficácia. Aqui, a álea consiste na maior ou menor quantidade.

É de execução instantânea, porque ela pode ocorrer de uma só vez; é de execução diferida, se as partes dispuserem que ela pode ocorrer ao longo do tempo.

É solene, quando a lei estipula forma determinada (Cód. Civil, art. 107).

É não solene, quando a lei nada dispõe sobre a forma de sua constituição.

O Código de Defesa do Consumidor alcança todas essas formas de compra e venda. Por outro lado, também não prescreve a obrigatoriedade de forma solene para os negócios jurídicos que regula. Assim sendo, a matéria segue a regra geral do referido artigo 107 do Código Civil.

A compra e venda consumerista, por sua vez, apartando-se dos negócios privados, caracteriza-se pelo fato de envolver uma relação de consumo. Isso implica, também, em ela ter, necessariamente, de um lado, a figura do consumidor e, do outro, a do fornecedor de produtos ou serviços.

A figura do consumidor é definida no artigo 2º e respectivo parágrafo único do CDC.

Diz ele:

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Mas a figura do consumidor não se restringe apenas à descrita no supra referido artigo.

Assim, considera-se consumidor não apenas a pessoa física ou jurídica referida no *caput* do artigo citado, mas também a coletividade de pessoas - ainda que indetermináveis -

que haja intervindo nas relações de consumo. É esse o teor do parágrafo único do referido artigo segundo.

E mais: também é consumidor aquele que adquiriu o produto na condição de usuário ou destinatário final.

Arruda Alvim, em obra conjunta, estende-se sobre o alcance do conceito de consumidor.

Assim:

“Ainda com relação aos problemas causados pela conceituação de “consumidor”, note-se que em outras oportunidades o legislador modifica a extensão do conceito deste art. 2º, como no art. 29, em que para efeito do capítulo que trata das práticas comerciais (que engloba as formas de oferta do produto, arts. 30 a 35, a publicidade, arts. 36 a 38, as práticas abusivas, arts. 39 a 41, incluindo a cobrança a cobrança de dívidas e os bancos de dados e cadastros de consumidores, arts. 42 a 44), “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”²⁰

Consumidores também são aqueles que sofreram danos ou prejuízos causados pelos produtos ou serviços. São as chamadas vítimas do evento, no dizer do artigo 17 do CDC.

Finalmente, alinham-se entre os consumidores os intermediários, ou seja, as pessoas físicas ou jurídicas que adquiriram produtos no mercado. Mas só poderão ser considerados consumidores se forem utilizar-se do produto adquirido na condição de compradores ou usuários finais.

O fornecedor, por seu turno, foi definido pelo artigo 3º do CDC.

Assim:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades

de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

A compra e venda de consumo regula-se, especifica e principalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, que, por sua vez, se constitui num microsistema.

Mas isso não significa que esse tipo de negócio tenha sido isolado do restante do ordenamento jurídico. É o que claramente se infere da leitura do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim:

“Art. 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

A propósito da comunicação do CDC com o restante do ordenamento jurídico nacional Cláudia Lima Marques tece as seguintes considerações:

“Em resumo, hoje, na pluralidade de leis pós-modernas com seus campos de aplicação convergentes e flexíveis (envolvendo interesses - e direitos - coletivos, difusos, individuais homogêneos ou meramente individuais), a uma mesma relação jurídica de consumo podem se aplicar muitas leis, em colaboração, em diálogo, se afastando ou se unindo, caso a caso, com seus campos de aplicação coincidentes, em diferentes soluções tópicas para cada caso. É o diálogo das fontes preconizado por nosso mestre Erik Jayme.”²¹

Outra não é a opinião de Humberto Theodoro Junior:

²⁰ ALVIM, Arruda, Thereza, Eduardo e MARINS, JAMES Alvim. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1.995, p. 26.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.995, p. 504-505.

“Por essa razão: - anota JOSÉ AUGUSTO DELGADO – “o legislador estatui, no corpo do Código de Proteção ao Consumidor (art. 4º), uma Política Nacional a ser aplicada às relações de consumo, adotando princípios específicos a serem seguidos e que convivem, de modo harmônico, com os demais princípios gerais e específicos reguladores dos contratos firmados em tal espécie de negócio jurídico”. Assim: “O contrato de relação de consumo, como já afirmado, não se desvincula dos valores jurídicos adotados pelo direito privado para os contratos em geral. Apenas adota-os de modo mais flexível e com a produção de efeitos que visem a evitar abusos provocados por estamentos econômicos e mais fortes que se posicionam sempre como fornecedor do bem ou executor do serviço consumido.”²²

A legislação não direcionada, especificamente, às relações de consumo aplica-se em caráter complementar.

Por outro lado, a compra e venda de consumo é eminentemente de ordem pública, de interesse social e *principiológica*. Reveste-se, ainda, de forte viés constitucional.

A índole pública e o interesse social são expressamente referidos no artigo primeiro do Código de Defesa do Consumidor.

Diz ele:

“Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa de consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, XXXII, 170, V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

O caráter *principiológico*, por seu turno, espalha-se em diversos artigos do CDC (por exemplo: princípio da transparência, art. 4º, princípio da boa fé objetiva, art. 4º III, princípio da equivalência contratual, art. 4º III, princípio da conservação do contrato de consumo 6º V, princípio da igualdade nos contratos, art. 6º II, princípio do dever de informar, art. 6º III, etc.).

²² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.000, p. 16.

O viés constitucional pode ser localizado no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal. Na verdade, todas as normas constitucionais referentes ao exercício da cidadania e aos direitos e garantias fundamentais aplicam-se às relações de consumo.

6. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA COMPRA E VENDA CONSUMERISTA

Tradicionalmente, ensina-se que os elementos constitutivos da compra e venda formam um terceto: coisa, preço e consentimento, confundindo-se este último com a vontade das partes contratantes. Mas a verdade é que a compra e venda privada tem quatro elementos constitutivos (coisa, preço, vontade e consentimento). É que entendemos que vontade e consentimento não se confundem - como em outro capítulo se explicará.

A compra e venda de consumo, por sua vez, perfaz um quinteto, porque tem cinco elementos constitutivos: a coisa objeto do negócio, o preço, vontade e consentimento das partes (fornecedor de produtos ou serviços e consumidor) e, finalmente, a existência efetiva de uma relação de consumo.

6.1. A Coisa

Ela deve existir, no momento da contratação, ou, pelo menos, poder existir no futuro. Deve ser passível de individuação, uma vez que o contrato de compra e venda gera obrigação de dar e, conseqüentemente, a parte não pode ser compelida a adimplir uma prestação cujo objeto inexistente.

Por outro lado, a mercadoria ou produto objeto da venda deve estar no comércio, porque *extra commercium res non sunt*.

O Código Civil, nos artigos 98 *usque* 103, dispõe sobre os bens que, em princípio, escapam à regra geral da comercialização.

Diversas são as causas determinantes da extracomercialidade de um bem ou produto. Elas podem decorrer da finalidade do bem ou produto, de sua própria natureza, de circunstâncias - momentâneas ou não - de manifestação bilateral ou unilateral de vontade etc.

Assim, por exemplo, não podem ser objeto de compra e venda: as coisas que não podem ser apropriadas individualmente, como o ar, o oceano, as proibidas de ser alienadas por força de lei, as do domínio público e os bens dominicais.

O fato é que, desde que não haja restrição, podem ser vendidas as coisas corpóreas, as incorpóreas, as presentes, as futuras e as próprias.

Os Mazeaud, discorrendo a respeito das coisas fora do comércio, ensinam que:

“Lorsqu’une chose est appropriée, lorsqu’elle a um propriétaire, celui-ci peut l’aliéner, transmettre son droit de propriété. Exceptionnellement, cependant, il est des choses qui ne peuvent changer de propriétaire: le droit de propriété n’est pas ici transmissible. Ces choses sont hors du commerce.”²³

Ademais, a coisa a ser vendida deve poder ser transferida ao adquirente. Isso significa que não se pode vender ao comprador aquilo que já lhe pertence. Também não lhe pode ser vendido bem de terceiro, uma vez que, se o vendedor não é o dono da *res*, não tem o que vender.

O Código de Defesa do Consumidor foi além dos requisitos da lei civil, no que se refere ao elemento constitutivo coisa nos negócios de compra e venda sob sua tutela.

Vale dizer que há uma série de normas peculiares às relações de consumo, que dizem respeito ao fato de um produto ter sido ofertado ao mercado.

Assim é que os serviços e produtos postos no mercado pelos fornecedores devem ser inóxios à saúde dos consumidores e não oferecer risco à sua segurança.

Toleram-se apenas os riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição. Ainda assim, os fornecedores são obrigados, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas aos consumidores, inclusive sob a forma de impressos apropriados, se se tratar de produto industrial. É o que dispõe o art. 8º e respectivo parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

²³ MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Leçons de droit civil - tome premier*. Paris: Éditions Montchrestien, 1.967, p. 252. Em tradução livre: “Quando uma coisa é apropriada, quando ela tem um proprietário, ele pode aliená-la, transmitir seu direito de propriedade. Excepcionalmente, entretanto, há coisas que não podem mudar de proprietário: o direito de propriedade, aqui, não é transmissível. Essas coisas são fora do comércio.”

O CDC também estabelece restrições ao lançamento no mercado de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança dos consumidores. É o que se lê em seu artigo 9º.

Essas restrições, na verdade, consistem na obrigatoriedade de os fornecedores terem de informar, ostensivamente, os consumidores sobre a nocividade ou periculosidade desses produtos ou serviços.

O referido artigo não vetou a circulação no mercado de consumo de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança dos consumidores. Assim, eles podem alinhar-se ao lado dos demais bens de uma compra e venda de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, entretanto, deixou de lado a conceituação do que entende por produto ou serviço potencialmente nocivo à saúde ou segurança dos consumidores. Esse fato dá margem a alguma perplexidade na mente do intérprete de uma situação concreta.

Produtos ou serviços potencialmente nocivos para todos ou apenas para alguns consumidores? Potencialmente nocivos de uma forma mais grave mais para uns do que para outros consumidores?

Essa imprecisão gerou a “zona de penumbra” à qual se refere o jurista Luiz Antônio Rizzatto Nunes.²⁴

Os fornecedores também não podem por no mercado produtos ou serviços que saibam ou deveriam saber que oferecem alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores. É o que dispõe o art. 10 do CDC.

Diante disso, tais produtos ou serviços também são imprestáveis à utilização como objeto de contratos de compra e venda de consumo.

E se esse alto grau de nocividade ou periculosidade só se revelar, após os produtos ou serviços terem sido objeto de um contrato de compra e venda de consumo?

²⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p. 139.

Nem assim os fornecedores se livrarão da obrigação de ter de comunicar o fato às autoridades e aos consumidores por meio de anúncios publicitários às suas expensas (deles, fornecedores), na imprensa, rádio e televisão.

Essas providências implicam, ainda, no *recall*, isto é, na retirada do mercado e substituição dos produtos vendidos por outros que não ofereçam alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores.

6.2. O Preço

Se a tradição pode ser considerada a principal obrigação do vendedor, fornecedor ou prestador de serviços, o pagamento do preço, por sua vez, também a é do comprador ou consumidor.

J. M. de Carvalho Santos, comentando o artigo 1.130 do antigo Código Civil, que corresponde ao atual 491, diz:

“No que respeita ao preço este pode ser imediato, à vista ou a crédito. A venda à vista ou a contado é aquela em que o pagamento é feito simultaneamente à entrega da coisa. Quando ao ato da venda não corresponde imediatamente o pagamento do preço, ela é feita a crédito.”²⁵

Na venda à vista, o fornecedor não é obrigado a entregar a coisa vendida, antes de ter recebido o respectivo preço. É o que se infere da leitura do artigo 491 do Código Civil.

Antes de receber, ele tem o direito de reter a *res* vendida, isto é, não pode ser compelido a entregá-la ao adquirente.

Trata-se de um direito de retenção, que, entretanto, não se reveste de características de direito real. Ele deflui do próprio contrato de compra e venda.

Esse direito não pode ser exercido, se se tiver dado ao consumidor um prazo para efetuar o pagamento.

Venosa, discorrendo sobre aspectos desse tema, diz o seguinte:

“Destarte, o inadimplemento do contrato de compra e venda por parte do vendedor resolve-se por meio de ação pessoal para a entrega da coisa. Conforme lembramos na obra mencionada, embora inexista direito real, o adquirente de coisas móveis ou imóveis pode acionar o vendedor para entregá-la. Cuida-se de fazer cumprir obrigação de dar coisa certa. *Pacta sunt servanda*.”²⁶

Por outro lado, em sede de compra e venda em prestações, o fornecedor é obrigado a entregar o bem vendido antes mesmo de receber a integralidade do preço avençado. É o que se infere da leitura invertida do aludido artigo 491 do Código Civil.

Mas o preço deve consistir em determinada soma em dinheiro (moeda nacional - registre-se).

“A moeda nacional é que se reputa preço. A moeda estrangeira figura como mercadoria”, ensina Pontes de Miranda.²⁷

Bittar observa que:

“Quanto ao preço, impõe-se a correspondência a pecúnia; deve ser em moeda nacional, salvo quando operação do comércio exterior; deve revestir-se de certeza e corresponder à contraprestação pela aquisição do bem. Assim, ao ingresso da coisa no patrimônio do comprador cumpre contrapor-se a saída do numerário, para que haja compra e venda.”²⁸

Gastão A. Macedo, por sua vez, faz a seguinte observação:

“Quanto ao preço, deverá ser em dinheiro. Se for um outro bem, haverá troca, ou dação em pagamento, mas não compra e venda. O preço deverá ser fixado no contrato, ou presumir-se de acordo com os costumes comerciais, não podendo

²⁵ SANTOS, J. M. Carvalho de. *Código civil brasileiro interpretado*, vol. XVI, p. 53.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil III*, São Paulo: Editora Atlas, 2.001, p. 29.

²⁷ MIRANDA, Pontes de, in, *Tratado de direito privado*, tomo XXXIX, Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1970, p. 31.

ficar ao arbítrio de uma das partes, sob pena de nulidade do contrato. Como acontece com os demais atos jurídicos, o contrato de compra e venda civil só difere do de compra e venda mercantil pelo objeto.”²⁹.

O preço é certo, nos negócios em que seu valor foi estipulado.

É incerto, quando seu valor depender de alguma coisa. Mas, seja como for, tem de ser, obrigatoriamente, determinável.

A esse respeito Walter T. Álvares tem o seguinte entendimento:

“O preço incerto é preço determinável, pois a lei se encarrega de atribuir a terceiros a estimação, ou, na falta desta, o arbitramento, pelo que não fica a critério de uma das partes. São também exemplos típicos de preço incerto, ainda que determinável, e não dependendo só de uma parte, as operações de venda realizadas em bolsas, nas chamadas vendas a termo, em que não se conhece o valor exato do preço a ser pago, pelo fechamento do contrato. Essas vendas de coisas que tenham cotação em bolsa podem ser à vista, para pronta liquidação, ou a termo, por liquidação em cinco dias. As operações a termo podem efetuar-se com vencimento para o último dia do mês, se não se dispuser de outro modo, ou à vontade do que combinarem o comprador ou o vendedor.”³⁰

Por outro lado, em nenhuma hipótese, a fixação do preço pode ser deixada ao talante exclusivo de uma das partes, isto é, do alienante, fornecedor de produtos ou de serviços ou do adquirente ou consumidor. A infringência a esse preceito acarretará a nulidade do negócio. É o que dispõe o artigo 489 do Código Civil.

Essa forma de tutela de interesses aplica-se, também, às relações de consumo, a despeito de o CDC não ter feito referência expressa e direta ao tipo de situação concreta à qual ela se aplica. É que, se se permitir ao fornecedor a exclusividade da fixação do preço do produto ou serviço, o consumidor ficará em situação de desvantagem na relação contratual (o que é vedado pelos arts. 4º e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor).

²⁸ BITTAR, Carlos Alberto, in, “Contratos Comerciais”, p. 11.

²⁹ MACEDO, Gastão A., in, “Curso de Direito Comercial”, p. 186.

³⁰ ÁLVARES, Walter T., in, “Direito Comercial”, p. 543.

Essa norma não contradiz a afirmação de que a fixação do preço é do livre arbítrio do vendedor - fornecedor em sede de consumo.

O que ela veda é que se considere o comprador ou consumidor obrigado a pagar o preço fixado, unilateralmente, pelo vendedor ou fornecedor, após a celebração do contrato de compra e venda.

Nada impede, entretanto, que a tarefa de fixação do preço seja deferida a terceiro que os contratantes designaram ou prometeram designar.

O preço pode, ainda, ser fixado à taxa de mercado ou de bolsa, em local e data determinados, ou segundo índices oficiais, desde que sejam determináveis (artigo 486 do Código Civil).

Por outro lado, o preço deve ser sério.

Isso significa que o preço simbólico, que não é para valer, porque é fictício, descaracteriza a compra e venda. Isso decorre do fato de ele ser um elemento constitutivo desse tipo de contrato. Assim sendo, ou ele é real, isto é, existe, e, assim, caracteriza esse tipo de contrato, ou não o é e, conseqüentemente, o frustra.

Tem-se, assim, que, se o montante do preço for irrisório, de forma a colidir com o primado constitucional da dignidade da pessoa humana ou o da boa fé nas relações contratuais - sejam elas de índole privada ou consumerista -, não se terá contrato de compra e venda, mas apenas um *negotium mixtum cum donatione*.

Maria Helena Diniz a esse respeito ensina que:

“Se for irrisório, não haverá venda, ante a grande diferença entre o valor da coisa e o preço estipulado. Todavia, não se exige justo preço, ou uma perfeita equivalência objetiva entre a coisa e o preço, mas apenas que este não seja tão irrelevante a ponto de significar uma liberalidade do alienante ou o seu intuito de não o exigir, embora, às vezes, o contrato contenha cláusula que o exija, caso

em que os juristas o interpretam como sendo o preço normal ou corrente no mercado ou na Bolsa..”³¹

E se o consumidor quiser pagar um preço superior à oferta do fornecedor?

Nesse caso, apesar disso, o contrato de compra e venda subsiste; entretanto, o preço que poderá ser exigido será o fixado pela oferta do fornecedor.

Sebastião de Souza, a respeito do fato de o comprador querer pagar um preço superior ao que lhe foi oferecido, ministra a seguinte lição:

“Quando o comprador quer comprar por um preço superior àquele pelo qual o vendedor quer vender, terá havido acordo entre eles? Baudry-Lacantinerie et Saignat, invocando a autoridade de Pothier, entendem que, nesse caso, há venda pelo preço que o vendedor quer vender, porque, se o comprador concorda em comprar por mais, também concorda em comprar por menos.”³²

O artigo 39, X, do Código de Defesa do Consumidor veda o aumento unilateral do preço por parte do fornecedor por considerar esse fato uma prática abusiva.

Nada impede o fornecedor de majorar o preço de seus produtos ou de sua prestação de serviços. Pode fazê-lo, à vontade, desde que esse fato ocorra antes da celebração do contrato de compra e venda com o consumidor e não seja o caso de preço controlado, isto é, tabelado pelo Estado.

O referido artigo, contudo, autoriza a elevação do preço na hipótese de ocorrência de uma justa causa para o fornecedor. Assim, se ele fizer uma oferta ao mercado de um produto ou serviço por determinado preço, só poderá alterá-lo - como se afirmou - na ocorrência de uma justa causa. Mas terá de avisar o público consumidor.

O professor Rizzatto Nunes aborda o tema da seguinte maneira:

“Se o fornecedor está vendendo num dia por um preço e resolve no dia seguinte aumentá-lo, pode fazê-lo à vontade, desde que respeite as demais normas do

³¹ DINIZ, Maria Helena, *in*, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vol. I, p. 370

CDC aplicáveis: anuncie e apresente claramente o novo preço; não tenha feito anteriormente oferta pública do preço com prazo certo (por exemplo: “oferta válida até tal data”) etc..”³³

Após a consumação da compra e venda de consumo, o preço avençado não pode ser alterado, salvo, obviamente, se houver consentimento do consumidor.

Mas há certos contratos de consumo de vendas a prazo cujo preço pode variar segundo as alterações de índices oficiais. Nesse caso, o preço não é fixo; na verdade, ele é simplesmente atualizado, ao longo da execução contratual. Não há vedação legal à inclusão de uma cláusula contratual instituindo esse tipo de prática, que, por sinal, é muito comum.

O artigo 51, X, do CDC, por seu turno, cuidando do que intitula de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, aplica-se à hipótese e considera nulas de pleno direito, entre outras, aquelas que “*permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de forma unilateral.*”.

O que o referido artigo veda é a variação abusiva do preço – fato esse que terá de ser apurado nos casos concretos.

Miguel Reale e Miguel Reale Junior, discorrendo sobre o tema intitulado “Preço real no contexto do procedimento contratual”, em um brilhante parecer sobre compra e venda de ações de banco, nos dão o seguinte ensinamento:

“A interpretação dos contratos, é sabido, mais do que a mera exegese do sentido literal da linguagem e da própria intenção dos contratantes, pode e deve ser vista como uma regulação objetiva. Este significado objetivo revela-se na busca da efetiva “economia” do contrato, entendida esta expressão, mormente se se trata de negócio de compra e venda, como a relação de comutatividade estabelecida por ambas as partes entre os riscos e as vantagens, os ganhos e as perdas que cada contrato bilateral traduz. Como sublinha Guido Alpa, modernamente a problemática da interpretação contratual “*si arriscchisce di un nuovo contenuto nella misura in cui siconsideri il regolamento contrattuale non come un*

³² SOUZA, Sebastião de, in, *Da compra e venda*, p. 65.

³³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p. 493.

operazione isolata che si esaurisce in sè stessa, ma come l'espressione (o la traduzione in termini giuridice) dei piani individuali dei contraenti, nei quali assumono rilevanza i vantaggi che esse sperano di conseguire, i rischi che acconsentono di accolarsi pur di ottenerne la realizzazione, le aspettative e le ulteriori operazione che dal buon fine dell `affare si pensa avranno origine". Considerada essa relação entre vantagens e desvantagens que expressa a comutatividade ínsita à compra e venda, e como a melhor interpretação dos negócios jurídicos não admite o raciocínio ad absurdum, forçoso é concluir que o preço real e plausível (ou "sério", como dizem alguns tratadistas) efetivamente pago só pode ser o preço que figura no contrato inicial, desde que com a exclusão do quantum correspondente à "Insubsistência Ativa". Essa conclusão está de acordo com a doutrina segundo a qual o preço deve ser certo, determinado, justo e plausível (sério). Lembramos alguns pronunciamentos mais significativos, como o de Washington de Barros Monteiro, para o qual o é "o preço, efetivamente, o elemento vital, o traço mais característico da compra e venda (...) o preço pode ser indeterminado, contanto que seja oportunamente determinável, não sendo possível a indeterminação absoluta, como a constante da seguinte estipulação: pagar o que quiseres. Em tal caso, não se pode afirmar que haja venda". No mesmo sentido o magistério de Pontes de Miranda, "o comprador presta o preço. Sem preço, não há compra-e-venda (...) o preço pode não ser determinado, mas há de ser determinável", quando "se sabe como se há de determinar". E mais adiante reitera: "O que é preciso é que se faça determinável o preço". Sílvio Rodrigues considera que o preço deve ser sério, pois se for irrisório ou fictício não haverá compra e venda e é mister que seja "determinável de maneira precisa".. No mesmo sentido Caio Mário da Silva Pereira: "Preço sério é o que constitui efetiva e real contraprestação à obrigação do vendedor de entregar a coisa, não podendo também ser irrisório, ou seja, o preço nega-se a si mesmo". Muito embora Pontes de Miranda faça objeção ao qualificativo "sério" como elemento caracterizador do preço, parece-nos que não lhe assiste razão, pois com a palavra "sério" o que se quer dizer é que o preço, como salienta Navarrini, não pode ser "né irrisorio, né simulato", razão pela qual preferimos empregar plausível. A plausibilidade é, atualmente, reconhecida como uma das expressões da verdade, até mesmo no campo das ciências positivas, tal como o demonstra o primeiro subscritor deste Parecer em seu livro *Verdade e conjectura*, 2. ed., Lisboa, 1.996." ³⁴

³⁴ REALE, Miguel e REALE, Miguel Junior. *Questões atuais de direito*, p. 115 e 116.

A fixação de um preço justo é, em princípio, uma regra da moral e não do direito. Em certos casos, entretanto, pode interessá-lo, como, por exemplo, na ocorrência de enriquecimento ilícito.

Durante a Idade Média, a questão do preço justo chamou a atenção do tirocínio dos artesãos, mercadores e, principalmente, dos doutores da Igreja Católica, que não toleravam que o lucro fosse incorporado ao preço das mercadorias.

Leo Hubermann descreve esse panorama histórico da seguinte maneira:

“Para compreender o que se considerava “justo preço” de um artigo, é necessário lembrar a noção medieval sobre a doutrina da usura, e como as noções do bem e do mal participavam do pensamento econômico com muito mais intensidade do que hoje. No regime de troca da velha economia natural, o comércio não tinha objetivos de lucros, mas sim de beneficiar tanto o comprador como o vendedor. Nenhum dos dois esperava obter mais vantagem do que o outro”...“O artesão sabia o que lhe custavam o material e o trabalho, e estes determinavam o preço pelo qual era vendido o produto acabado. Os artigos feitos e vendidos pelo artesão tinham seu preço justo, calculado honestamente à base do custo real, e eram vendidos exatamente por essa soma, calculado, sem qualquer aumento. Santo Tomás de Aquino foi enfático sobre tal ponto: “Ora, o que foi instituído para o bem comum [ou seja, o comércio] não deve ser mais pesado a um do que a outro...Portanto, se o preço exceder o valor de uma coisa ou o contrário, estará faltando a igualdade exigida pela justiça. Conseqüentemente, vender mais caro ou comprar mais barato uma coisa é em si injusta e ilegal.”³⁵

Essa concepção de preço justo, aos poucos, com o deslocamento da economia local para a das Grandes Feiras, evoluiu para o preço de mercado, que aceitava o lucro.

Retornando aos tempos atuais, acrescenta-se que o consumidor deve efetuar o pagamento ao fornecedor, pessoalmente, ou a quem ele tiver autorizado a receber em seu nome. Mas essa tarefa também pode ficar a cargo de terceiro, desde que autorizado pelas partes, por lei ou por determinação judicial.

Ao consumidor assegurou-se ainda o direito de antecipar o resgate total ou parcial do saldo do débito do preço. É o que lhe autoriza o parágrafo segundo do artigo 52 do CDC.

Como o pagamento antecipado é um direito do consumidor, os fornecedores de produtos ou serviços não podem contrapor-se a ele, nem, menos ainda, estabelecer condições impeditivas ou que dificultem o seu exercício.

Registre-se, ainda, que o consumidor inadimplente não pode ser exposto a situação de ridículo e nem sofrer qualquer tipo de constrangimento ou ameaça da parte do fornecedor ou terceiros, agindo a seu mando. É o que dispõe o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente, deve ressaltar-se que, se o consumidor sofrer cobrança de quantia indevida terá direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. É o que lhe assegura o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

6.3. O Consentimento e a Vontade

Consentimento e vontade, em certos casos, podem constituir-se num verdadeiro Calcanhar de Aquiles de uma compra e venda, principalmente se ela for vinculada a uma relação de consumo.

Desde os antigos, até épocas mais recentes, o consentimento do comprador – quase que sistematicamente confundido com sua vontade - era visto como sendo o cerne do contrato de compra e venda; hoje em dia, essa importância tem sofrido alguns severos arranhões.

O vocábulo, consentimento, vem do latim, *cum sentire*. O dicionarista Caldas Aulete atribui-lhe o seguinte significado:

“Aquiescência, aprovação; concordância de idéias; acordo; consenso: os colonos a quem doastes sesmarias... daqui se foram... por consentimento vosso”.³⁶

³⁵ HUBERMANN, Leo, Op. cit., p. 54 e 55.

³⁶ AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa, II.* Rio de Janeiro: Editora Delta, 1.958.

Sem o *consensus*, o clássico negócio de vender e comprar é quase incogitável. Mas ele só obriga, em sede de compra e venda, se tiver sido real e dirigido.

Exige-se que seja real, porque, do contrário, só se terá uma aparência de compra e venda e, nunca, um contrato dessa natureza.

Por outro lado, também deve ter sido especificamente dirigido tanto a uma alienação como a uma aquisição. É que não pode ser levado em conta um desejo de contratar abstrato e sem rumo.

Isso significa que o *consensus* tem de endereçar-se a um ponto comum de convergência: a compra e venda.

Deve refletir uma postura harmônica da vontade dos contratantes: uma, querendo vender e a outra, querendo comprar.

Assim, o contrato não pode ser visto como um acordo resultante de vontades divergentes. Agora, a visão é outra, ou, como diz Venosa:

“O contrato constitui um ponto de encontro de vontades. Duas ou mais. A vontade contratual coincide com o denominado centro de interesses. Não se confunde com a vontade individual de uma pessoa, natural ou jurídica. Haverá tantas partes em um contrato quantos forem os centros de interesses no negócio.”³⁷

Na verdade, a vontade e o consentimento das partes devem afinar-se num objetivo comum. Essa é a essência ou o nascedouro do contrato.

Arnold Wald percebeu esse fato muito bem.

Diz ele:

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil - Teoria geral das obrigações e Teoria Geral dos contratos, tomo II*, p. 387.

“Durante muito tempo, considerou-se que o contrato normalmente compunha interesses divergentes, que nele encontravam uma forma de solução, como acontece nos casos da compra e venda, da locação, da empreitada, etc. Os contratos que constituem liberalidades são relativamente menos importantes e só recentemente é que a doutrina foi admitindo a importância crescente dos chamados contratos de colaboração, que existem tanto no direito privado como no direito público. Nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo, mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio contractus*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração, como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal. Em vez de adversários, os contratantes passaram a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fraternidade e justiça. Já no início do século, alguns autores, como René Demogue, se referiam ao contrato como sendo uma “união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua”. .. “Há, pois, uma evolução, na qual, após termos abandonado a conceituação do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, damos a ele uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito a qualquer um deles tirar uma vantagem maior do que racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como de sua execução”... “A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados evidentemente os direitos individuais”...“Assim, autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos se tornaram relativas, pois “o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível, mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade ou uma resolução é mais ou menos extensa.”³⁸

Tem-se, assim, diante disso, que, atualmente, tanto no Brasil como na maioria dos países ocidentais, a compra e venda, no que se refere aos elementos constitutivos da vontade e

³⁸ WALD, Arnold. *Revista da associação brasileira de magistrados, Cidadania e justiça*, ano 4/8, 1º, p. 45 e sgts.

do consentimento das partes, está bem distante da época em que se afirmava que ela resultava de manifestações divergentes e absolutamente livres.

Em primeiro lugar, é necessário que se analise que tipo de vontade pode aproveitar à compra e venda.

Não há necessidade de ela ser expressa, uma vez que a tácita também produz efeitos de igual eficácia.

A propósito, o artigo 11 do Código Civil diz que “*o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*”.

Serpa Lopes, ajudando a esclarecer esse tema, observa que:

“O que não padece a menor dúvida é que nas expressões “tácita” e “expressa”, para indicarem as duas formas de manifestação da vontade, não são próprias, atenta à possibilidade da manifestação tácita poder realizar-se através de palavras ou mesmo escritos, o que representaria uma contradição nos próprios termos. Preferível é a designação de manifestação direta e indireta, distinguindo-se uma da outra pelo “grau de certeza na dedução”. Explica-se que a única diferença assente no grau de compreensão. A manifestação tácita é a que se compreende pelo entendimento; a compreensão expressa seria direta.”³⁹

Diante disso, o que aproveita ao reconhecimento inicial da validade e da existência de um relacionamento contratual clássico ou consumerista é a prova da manifestação da vontade das partes, não importando se de forma expressa, ou direta, ou se tácita, ou indireta.

Mas a prova isolada da manifestação de vontade das partes parece-nos insuficiente ao reconhecimento da validade e da existência de um relacionamento contratual. É necessário, ainda e ao mesmo tempo, provar-se a efetividade do consentimento.

Vicente Rao observou que:

“Diz-se tácita a declaração de vontade resultante de certos atos, atitudes, ou comportamentos incompatíveis, segundo os casos, com certa concordância, ou com certa discordância. De um modo voluntário de proceder, revelado como fato exterior, a experiência infere (*facta concludentia*) que aquele que o pratica, ou mantém, assim manifesta ou declara uma vontade inconciliável, por força do princípio de contradição, com uma vontade oposta. Para a sua apuração (nos casos em que a declaração tácita é admitida) basta observar-se a maneira comum e razoável de apreciação dos fatos humanos, de conformidade com o que, no respectivo meio-ambiente, se considera ser a ordem normal das coisas, até se alcançar a convicção honesta de que os fatos examinados equivalem, inequivocamente, à revelação de certa vontade. Pode, sem dúvida, o autor desses fatos excluir o sentido de exteriorização de vontade que deles se poderia inferir; mas há de fazê-lo de modo expresso, por meio de notificações, ou protestos, que manifestem vontade diversa ou contrária, - assim lhe sendo permitido proceder preventivamente, ou, tais sejam as circunstâncias, antes de sua conduta produzir efeitos em relação à parte, ou em relação a terceiros.”⁴⁰

Giorgio, reportando-se ao tema e chamando a atenção para o fato de as leis da lógica serem mais relevantes do que as jurídicas, em sede de consentimento tácito, assinalou o seguinte:

“E poichè le leggi della logica sono oggigiorno quelle di venti secoli addietro, qual meraviglia, se il consenso tacito è una forma di consentire conosciuta in tutte legislazioni, identica nel diritto antico e nel diritto moderno?”⁴¹

Na manifestação tácita, inclui-se o silêncio, que, indubitavelmente, tem significação para o direito.

Mas não se deve tomar o refrão popular “quem cala, consente” como um regramento jurídico sobre o silêncio das partes: *qui tacet nequet negat, neque utique fatetur*.

Vicente Rao observa que:

³⁹ LOPES, Manoel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.961, p.161.

⁴⁰ RAO, Vicente. *Ato jurídico*, p. 138-139.

⁴¹ GIORGIO, Giorgi. *Obbligazioni*, vol. III, p. 187. Em tradução livre: “Uma vez que as leis da lógica são, hoje em dia, aquelas de vinte séculos atrás, que maravilha, se o consentimento tácito é uma forma de consentir, conhecida em todas as legislações, de forma idêntica, no direito antigo e no direito moderno.”

“A declaração tácita (a implícita muito menos) não se confunde com o silêncio, cujos efeitos, tais sejam as circunstâncias, possam ser equiparadas aos da manifestação ou declaração de vontade. É incontestável e incontestado que o silêncio possui, na ordem jurídica, certo valor”. normalmente induziria, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada.”⁴².

Para Vivante, silêncio significa algo equivalente à inação.⁴³

Martinho Garcez Neto diz que:

“Na lição clássica de Massé, recordada por Laurent, quem guarda silêncio não diz não, mas também não diz sim, porque o silêncio é a abstenção não só de palavras, como de atos ou fatos, pois, de outro modo, dar-se-ia a manifestação tácita, que é a que se infere de atos ou fatos que não comportam outra explicação.”⁴⁴

A respeito de silêncio como manifestação da vontade, prosseguindo nos seus ensinamentos, Garcez Neto acrescenta que:

“Mas, a doutrina mais recente inclinou-se no sentido de admitir o silêncio circunstanciado ou qualificado como meio ou forma de manifestação da vontade, dando pois temperamento novo e especial a uma concepção vetusta, cujas raízes mergulham na mais antiga tradição jurídica - *qui tacet consentire videtur*”... “São exemplos de silêncio qualificado, que, de acordo com a concepção exposta, importam em manifestação da vontade: a) preexistência de convenção das partes, estabelecendo que o silêncio, em face de dada proposta, equivalerá a aceitação; b) relações anteriores entre as partes, freqüentes e sucessivas, permitindo-se inferir a vontade do abstencionista; c) provocação da proposta por quem silencie; d) ser a oferta do interesse exclusivo de quem não se manifesta. Entendem os defensores dessa teoria que não há confusão do

⁴² RAO, Vicente. *Ato jurídico*, p. 141/143.

⁴³ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. 4, n° 1.538.

⁴⁴ NETO, Martinho Garcez. *Temas atuais de direito civil*, p. 64.

silêncio qualificado com a manifestação tácita, mas, apenas, uma aproximação entre as duas modalidades de declaração de vontade.”⁴⁵

Giuseppe Stolfi salienta que:

“a manifestação tácita não deve confundir-se com o simples silêncio, porque este não sendo afirmação ou negação não pode considerar-se como uma manifestação de querer.”⁴⁶.

Mas, em princípio, a ninguém é dado inferir a vontade ou consentimento de outrem.

A esse respeito, com a agudeza costumeira, Clóvis Bevilácqua registrou:

“Não é, porém, admissível o consentimento por simples inferência, nos casos em que a lei exige uma expressa manifestação da vontade, e quando as partes previamente estipularem que suas obrigações não sejam consideradas como definitivamente estabelecidas, senão depois de preenchidas certas formalidades.”⁴⁷.

Atribui-se ao jurisconsulto Paulo (D. 50,17) a máxima: *qui tacet, non fatetur sed nec utque negare videtur*.

Há casos em que o silêncio equivale a consentimento. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando se está diante de contratos que foram renovados, várias vezes, pelas partes.

Luiz Édson Fachin explica:

“Um comportamento desse tipo, silencioso, mas de molde a denunciar de forma inequívoca, no quadro das circunstâncias existentes, a vontade de concluir o contrato, diz-se comportamento concludente.”⁴⁸

⁴⁵ NETO, Martinho Garcez. *Temas Atuais de Direito Civil*, ed. 2.000, p. 65 e 66

⁴⁶ STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Revista de derecho privado. Madri: 1.959, p. 208.

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1.955, p. 140.

⁴⁸ FACHIN, Édson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000, p. 125.

Expressa ou tácita, a manifestação de vontade das partes deve coincidir, exatamente, com a correspondente intenção real que a antecede. Sem isso, o contrato clássico pode macular-se, instaurando-se, assim, uma crise no negócio visado pelos interessados.

Já a chamada declaração implícita resulta de outra declaração de vontade.

Na verdade, ela parece estar embutida na primeira, tendo com ela um vínculo de ordem lógica.

Assim é que se do entendimento de uma ou de várias declarações se inferir que como resultado delas outra ou outras declarações foram emitidas atribui-se a essas últimas o valor de declarações implícitas. Assim sendo, as declarações implícitas nascem de outras, como que pairando no ar daquilo que as que as originou pretendeu significar.

Conseqüentemente, não podem nem contradizer e nem negar as declarações mães.

Na esfera das relações de consumo, o silêncio do consumidor, em princípio, não o obriga. É que isso é uma forma de se defender seus interesses e direitos.

Assim é que no mercado de consumo há casos concretos de empresas que enviam correspondência aos consumidores, oferecendo-lhes produtos ou serviços e advertindo-os de que, após um determinado espaço de tempo, seu silêncio significará a aceitação da oferta.

Ora, é absolutamente inaceitável considerar-se o consumidor jungido a uma contratação por meio desse tipo de captação de sua vontade e consentimento.

Na verdade, esse fato colide com o art. 39, III, do Código de Defesa do Consumidor, constitui-se numa prática abusiva, frauda a lei e desrespeita o princípio da boa fé objetiva.

Nada impede, entretanto, que o silêncio do consumidor opere em favor de seu envolvimento em um negócio jurídico. Basta que para tanto ele haja dado seu assentimento prévio.

Renata Mandelbaum aborda o tema com grande precisão.

Assim:

“A presença do silêncio na formação dos atos jurídicos se reporta à questão de se saber se a conduta da parte que cala pode ser considerada ou não como manifestação da vontade. Assim, excepcionalmente o silêncio dará margem à formação de atos jurídicos, valendo como regra que o silêncio é incapaz de expressar uma vontade para ser fonte geradora de efeitos jurídicos. O silêncio deve ser observado ao lado de circunstâncias externas que permitam interpretá-lo como manifestação tácita da vontade. Não se pode adotar o silêncio como forma de declaração autônoma e independente. O fato de o silêncio ter eficácia na formação dos atos jurídicos, quando de sua apreciação, de acordo com os princípios que regem as declarações presumidas, determinadas pela legislação, positivas ou tácitas, resulta como manifestação de uma vontade através de uma dessas formas.”⁴⁹

Tem-se, assim, que a vontade de contratar é o berço da fase que antecede o contrato propriamente dito, que, por sua vez, se consolida por meio de efetiva manifestação volitiva das partes.

Os romanos já sabiam disso: *conventio est duorum, pluriumve in idem placitum consensus*.

Carlos Alberto Bittar assinala que:

“Além disso, é necessário que exista correspondência das declarações com as vontades reais dos emitentes, que se desejam entrelaçar, juridicamente, no negócio cogitado”... “uma vez que é de preceito a integração entre o psiquismo e a expressão externa, na consagração de elemento de caráter moral, ligado à própria natureza humana (respeito a direitos naturais da personalidade”...“Não havendo consenso, não há contrato, mesmo que externamente possa aparentar.”⁵⁰

⁴⁹ MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.996, p. 26.

⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1.990, p. 23.

As declarações de vontade, visando o estabelecimento de um vínculo contratual em um negócio de compra e venda - tenha ele a natureza que tiver -, embora sejam de capital importância, encontram suas limitações no interesse público e, particularmente, na função social do contrato.

Vale dizer que as partes, embora sejam livres, não podem tudo em sede de contrato de compra e venda, seja ela consumerista ou não.

Antes, sim; entretanto, essa onipotência foi sendo mitigada, ao longo do tempo, como resultado do avanço das transformações sociais e das novas idéias impostas por elas.

Isso significa que, em termos de contrato, vontade, hoje em dia, não é mais tão livre como antigamente.

Na época do liberalismo, entendia-se que a vontade interna sobrepujava em importância sua própria declaração, isto é, em caso de impasse, a primeira é que deveria ser levada em consideração pelo intérprete. Essa era, em síntese, a essência da teoria da vontade.

Mas essa teoria entrou em rota de colisão com a chamada economia de massa. Percebeu-se que, nesse novo tipo de sociedade, a indagação sobre a economia interna da vontade dos contratantes não tinha, na realidade prática, tanta importância assim.

Então, decidiu-se que melhor seria valorizar-se a declaração de vontade. Nasceu, assim, a teoria da declaração.

Enzo Roppo, abordando o tema, ensina:

“Fez-se, a seu tempo, referência à resposta que os legisladores e os cientistas do direito deram a estas novas exigências da organização econômica: uma resposta que pode resumir-se na fórmula da passagem da “teoria da vontade” à “teoria da declaração” (retro, cap. I, 6.2.). “Teoria da declaração” é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objectivo. A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objectivos, exterior e socialmente reconhecíveis, dos actos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual, às atitudes mentais que

permanecem no foro íntimo, numa palavra, à vontade das partes: com a consequência de que, em caso de conflito entre “subjectivo” e “objectivo”, entre as efectivas posições da psique e da vontade do contraente e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente, tende-se a atribuir prevalências a este último, sacrificando-se, assim, a vontade à declaração.”⁵¹

Posteriormente, veio a lume a teoria normativista, sustentada por Luigi Ferri. Para ele, o negócio jurídico produz suas normas.

Hoje em dia, a teoria da confiança, sobrepujando as demais, preocupa-se em responsabilizar a parte que por seu comportamento criou na outra parte a expectativa do cumprimento de obrigações.

Essa teoria valoriza mais os efeitos do comportamento das partes do que, propriamente, o que elas disseram ou quiseram dizer.

6.4. A Relação de Consumo

A relação de consumo é o derradeiro elemento constitutivo da compra e venda dessa natureza.

Ela é fruto direto das chamadas sociedades de massa. Sem elas, a figura do consumidor não se delineia. Diante disso, para que uma relação de consumo se identifique – numa compra e venda, por exemplo - é necessário que, num dos pólos do negócio se posicione a figura do fornecedor de produtos ou de serviços – na forma definida pelo art. 3º do CDC - e, no outro, a do consumidor pessoa física ou jurídica – tal como o conceituam os arts. 2º § único, 17, 29, 30 a 44 do CDC.

⁵¹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1.988, p. 298-299.

7. NATUREZA E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA VONTADE E DO CONSENTIMENTO DAS PARTES NOS RELACIONAMENTOS CONTRATUAIS.

Consentimento e vontade, embora andem próximos nos relacionamentos contratuais, não devem confundir-se. Já o dissemos.

É que o primeiro é um ato de razão, enquanto que a segunda tem a ver com as emoções do consumidor.

O consentimento surge da manifestação da vontade no mundo fático. É, necessariamente, antecedido por ela e, às vezes, ao exteriorizar-se, revela-se como algo dissociado do subjetivismo da parte contratante.

Não seria exagerado afirmar-se que o consentimento é a vontade transformada em ação, que, por sua vez, pode ser comissiva ou omissiva.

Por outro lado, se o consentimento trair a vontade da parte, o negócio celebrado por ela pode, em certos casos, ser revisto.

A vontade, da mesma forma, embora, como já se disse, pertença ao subjetivismo da parte, pode ter de submeter-se ao tirocínio do juiz e, assim, ser revista em prol dos reais interesses do consumidor.

O consentimento tem dois elementos constitutivos: um, de natureza interna e o outro, externa.

O *consensus* interno nada mais é do que a pura e simples vontade de contratar. Na verdade, não deveria chamar-se consentimento, mas sim vontade.

Não é imperativo que a outra parte dele tome conhecimento. É que querer contratar não é o mesmo que contratar. Não raro, esse desejo fica, para sempre, naquilo que, intrinsecamente, não passa de uma vontade embutida - e, portanto, irrealizada - de firmar um contrato.

Já o *consensus* externo, isto é, o consentimento propriamente dito, reflete, no mundo fático, um desejo de contratar transformado em ação. É o desejo propagado de contratar. Não deve mais ser confundido com vontade.

Trata-se, portanto, de uma manifestação de vontade declarada e posta em ação numa vinculação contratual. É a exteriorização inequívoca do desejo de contratar. É consentimento puro. É a metamorfose da vontade. É sua vinculação a um ato jurídico.

O que se verifica, na verdade, é que esse extravasamento não se contenta em revelar-se à outra parte. O fenômeno vai além, uma vez que, transformado em ação - como já se disse - e consolidando-se num ato jurídico, posiciona-se num dos pólos de um relacionamento contratual.

Sem essa exteriorização de vontade, transformada em ação e identificável num ato jurídico, o mundo fático dela não poderá tomar conhecimento. Na verdade, sem essa ocorrência, nada incidiria no ordenamento jurídico, uma vez que ele não tem como assegurar efeitos a uma inexistência.

Enquanto embutida no psiquismo do sujeito, a vontade, em princípio, não teria o que fazer no mundo do direito; no máximo, poderia ativar a curiosidade de um profissional do ramo da psicologia.

Martinho Garcez, oportunamente, diz:

“Se a vontade permanecesse como puro fato psicológico, sua existência não adquiriria certeza extrínseca e não daria azo à ciência e à lei para ocupar-se de um fato que continuaria coberto pelas trevas do segredo.”⁵²

Seja como for, o que deve contar é que a vontade se manifeste no mundo externo, a fim de que ela possa chegar ao conhecimento da parte situada no outro pólo da relação do negócio pretendido. Esse é o primeiro passo para a materialização da formação do consentimento.

É óbvio que, se a outra parte não for, efetivamente, notificada do teor da vontade do primeiro manifestante, não terá como expressar, por sua vez, sua recusa ou aceitação do negócio que lhe foi proposto.

Por outro lado, salvo expressa disposição legal, o consentimento não precisa engessar-se numa forma ou fórmula especial.

O contrato tradicional só nasce se houver a exteriorização do casamento da vontade com o consentimento das partes.

Essa também parece ser a opinião de Martinho Garcez Neto:

“De tudo quanto ficou exposto se extrai esta conclusão sobre as características fundamentais do concurso de vontades que forma o consentimento: para que a vontade dos estipulantes possa engendrar um laço contratual, não basta que haja de cada uma das partes um ato de volição interna, é necessário que a vontade tenha por fim imediato um resultado jurídico de natureza obrigatória, e, além disso, que ela se traduza por uma manifestação exterior suficiente.”⁵³

Mas o consentimento, repito, não deve ser confundido com vontade ou desejo de contratar.

O fato de o consumidor desejar adquirir um produto não deve confundir-se com o *consensus*, isto é, com seu consentimento para atar-se numa relação de negócio de compra e venda que o tenha como objeto. É que entre desejar ou aspirar a aquisição de algo e o ato aquisitivo em si mesmo há uma grande diferença.

Vontade deflui da emoção, das coisas íntimas e, portanto, associadas ao mundo interior, enquanto que consentimento pertence à razão, medra na dinâmica da existência social e, portanto, migra para o mundo exterior.

Mas, paradoxalmente, isso não deve significar que, em sede de direito do consumidor, a vontade, em si mesma, seja uma irrelevância e, assim, não deva merecer proteção jurídica.

⁵² NETO, Martinho Garcez. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000, p. 63.

⁵³ NETO, Martinho Garcez. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000, p. 59

Ela, tanto quanto o consentimento, faz jus à proteção, sob pena de desequilíbrio nas relações de consumo.

8. ALGUMAS NOTAS SOBRE A VONTADE E O CONSENTIMENTO DAS PARTES NOS NEGÓCIOS DE COMPRA E VENDA

Sempre se gastou muita tinta e papel na afirmação de que a vontade que aproveita aos contratos, além de ter de exteriorizar-se, deve ser deliberada, livre, consciente, séria e definitiva.

8.1. Vontade e Consentimento Deliberados

A deliberação é um requisito que não pertence ao mundo físico. Ela reside nas anfractuosidades do psiquismo humano. Para o efeito do nosso tema, deliberar significa decidir contratar. Para um consumidor, querer comprar não é o mesmo que comprar.

Martinho Garcez Neto, discorrendo esse respeito, ensina:

“O ato interno de vontade, pressuposto fundamental do consentimento há de ser deliberado, para que surta os efeitos jurídicos dele esperados. Isto é, a declaração destituída de vontade consciente não permite a formação do vínculo jurídico, ou seja, o contrato. O contratante deve ter consciência do que faz e é mister que haja querido fazê-lo livremente. Todo aquele que se obriga não só precisa ter um alvo para atingir, como é preciso que ao se determinar a alcançá-lo disponha de vontade livre consciente. Não há obrigação sem um fim a atingir; nem há contrato sem vontade consciente e livre, ou seja deliberação. O contratante que não tem consciência clara do que fez ou o que se decidiu a fazê-lo sem plena liberdade de ânimo, não se obriga, ou obriga-se sem eficácia ou validade. Daí dizer-se que o contrato é um ato jurídico que manifesta uma vontade consciente, dirigida a certo fim.”⁵⁴

A vontade de contratar não deve ter muito por onde nascer como fruto de um impulso repentino. Não é essa a regra geral daquilo que, normalmente, acontece com as pessoas. Assim, em algum momento, ela deve surgir; depois, vai ganhando corpo no psiquismo e, finalmente, quando está madura, sente necessidade de ser manifestada.

⁵⁴ NETO, Martinho Garcez. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000, p. 60.

Esse processo de maturação da vontade atinge seu ponto crítico de contensão pelo psiquismo exatamente no momento em que o agente decide que ela deve propagar-se no mundo real.

Essa decisão de revelação da vontade, por sua vez, é fruto de uma avaliação pelo indivíduo das conveniências ou inconveniências de levar ao conhecimento de um futuro parceiro de negócios aquilo que está pensando. No exato momento em que ele, finalmente, revelar a vontade, deliberou.

O mesmo processo – segundo nos parece – ocorre com o consentimento.

8.2. Vontade e Consentimento Livres

A liberdade, por sua vez, sempre foi tida e havida como sendo um dos requisitos obrigatórios da validade e da formação dos contratos.

É óbvio que a vontade ou consentimento manietado ou arrancado a fórceps não pode gerar efeitos jurídicos. Daí dizer-se, sempre, que a liberdade deve ser o clima da manifestação de ambos.

Atrevo-me a afirmar que esse clima deve ser normal, tanto no exterior do indivíduo como em seu interior, ou seja, em seu psiquismo (não se pode considerar livres a vontade e o consentimento de um consumidor coagido).

Assim, em princípio, salvo restrição juridicamente admissível, todos são livres para desejar ou consentir em negócio de compra e venda.

Não se deve, entretanto, levar essa liberdade a extremos. Assim, se, por um lado, a vontade e o consentimento de um consumidor não tropeçam em óbices do Estado para participar dos relacionamentos contratuais que bem entenderem, por outro lado, essa liberdade encontra limitações referentes ao conteúdo do negócio do qual participaram ou ao qual se endereçam. É aí que entram as restrições pertinentes à função social dos contratos e aos princípios jurídicos que os informam.

8.3. Vontade e Consentimento Sérios

A seriedade é outro requisito para a validade da vontade e do consentimento nos relacionamentos contratuais. Impõe-se que haja animo *contrahendae obligationis*.

O consumidor deve, efetivamente, querer atar-se num contrato. Se ele diz que quer, mas, na verdade, sua intenção é outra, não se fecham sobre ele as malhas vinculadoras do negócio. O exemplo clássico é o daquela pessoa que, *jocandi causa*, diz à outra que está comprando um produto que lhe pertence.

Darcy Bessone, com a precisão de sempre, explica:

“Cumpre distinguir entre a declaração aparentemente séria e a que se cerca de circunstâncias reveladoras da falta de seriedade. Na primeira hipótese, a declaração obrigará a quem a formule. Na segunda, evidenciando-se que o intuito é a pilhéria ou a brincadeira - *jocandi causa* - ou que a declaração se fez com reservas mentais conhecidas do destinatário, ou que tem caráter puramente potestativo - “se eu quiser” - não será hábil para a formação do contrato.”⁵⁵

O autor, em seguida, acrescenta:

“Não é obrigante a declaração feita por simples cortesia, ou mero favor, da qual poderão resultar obrigações mundanas ou morais, tão somente.”⁵⁶

O requisito em questão só se aperfeiçoa, se o contratante, além de manifestar querer seriamente contratar, também, ao mesmo tempo, manifestar consentir, seriamente, em vincular-se a um contrato.

Uma coisa é querer, seriamente, contratar e outra é materializar essa intenção, ao mesmo tempo, com idêntica firmeza de propósito.

⁵⁵ BESSONE, Darcy. *Do contrato. Teoria geral*, p. 122.

⁵⁶ BESSONE, Darcy. *Do contrato. Teoria geral*, p. 122.

8.4. Vontade e Consentimento Definitivos

Consensus e vontade interpretam-se como definitivos, se a parte, ao exteriorizá-los, quis, concomitantemente, obrigar-se numa relação contratual e consumir um contrato.

Assim sendo, sustenta-se que não podem ser havidas como definitivas as emissões de vontade ou de consentimento nas fases pré-contratuais, nem nas propostas parciais ou incompletas, onde faltam explicações sobre aspectos cruciais do negócio (por exemplo: o preço, identificação do objeto, quantidade etc.).

O caráter definitivo da vontade e do consentimento pode ensejar controvérsias. É que, não raro, esse requisito tem de ser perquirido na prova.

A prática da vida nos tem ensinado que, às vezes, não é de pronto que se pode afirmar que a vontade ou consentimento de uma das partes num relacionamento de compra e venda foi mesmo definitivo, isto é, se a parte quis mesmo protrair no tempo um vínculo contratual.

Os contratos, muitas vezes, antecedem-se por uma fase de negociações, de ires e vires de manifestações de vontade, de escamoteações e blefes. Isso faz parte do jogo natural das avenças. Tem-se até como óbvio e normal esse período de nebulosas conversações.

Nos contratos clássicos, privados, essa fase não tem força suficiente para ser considerada definitiva, tanto em relação à vontade das partes como no que se refere ao consentimento.

Assim é que as partes chegam, inclusive, a elaborar rascunhos ou minutas, onde inserem as cláusulas de seus interesses.

Alcança-se um estágio de concordância parcial do negócio que se pretende consumir. A isso se denomina pontuação. Essa fase, contudo, por suas próprias características, ainda não requisita das partes uma vontade e um consentimento definitivos.

No que se refere aos contratos consumeristas, as coisas ocorrem diferentemente. A fase preliminar aproveita ao direito, isto é, obriga o fornecedor e, conseqüentemente, opera

em favor do consumidor. É o que se pode concluir da leitura dos artigos 30 e 48 do Código de Defesa do Consumidor.

Mas, em certos casos, a dificuldade surge, quando, por exemplo, se quer determinar em que, exatamente, o consumidor quis vincular-se.

O fato é que, muitas vezes, da interpretação daquilo que se combinou, preliminarmente, pode surgir dúvida sobre se a vontade foi dirigida à totalidade do negócio ou se ficou limitada a apenas alguns de seus aspectos.

Martinho Garcez Neto analisa a questão do seguinte modo:

“Cunha Gonçalves, enfrentando o problema, é de parecer que também em tais casos, a intenção das partes é que contará e deverá ser convenientemente apurada, e, assim, a solução dependerá muito das circunstâncias concretas de cada contrato. Em abono de sua conclusão, registra o ilustre tratadista a discórdia que lavra na doutrina, pois, enquanto na opinião de alguns juristas, na fase precontratual podem se realizar acordos parciais, chamados *punctuação* (Demogue, Planiol-Ripert e Esmein-Dernburg), desde que se forme acordo sobre pontos essenciais, que o torna vinculativo, ficando a cargo das normas supletivas a disciplina dos pontos secundários, já na opinião de outros “não há contrato, mesmo existindo acordo sobre os pontos essenciais, porque o proponente pode sempre alegar que só lhe convém negociar nos termos de sua proposta inicial, ou pode o destinatário alegar também que as cláusulas secundárias têm para ele valor de condição de sua aceitação.”⁵⁷

Em uma compra e venda consumerista, para o efeito de se entender como definitivos a vontade e o consentimento de um consumidor, e, conseqüentemente, se lhe poder exigir o cumprimento de suas obrigações contratuais, há de se perquirir se, na formação do negócio, foram observadas certas normas peculiares de proteção instituídas pelo CDC em seu favor.

A primeira delas é a do artigo 4º do CDC. É a que diz respeito à proteção da dignidade, saúde, segurança, interesses econômicos e melhoria de qualidade de vida do consumidor, bem como à necessidade de ter havido transparência e harmonia na compra e venda por ele celebrada com o fornecedor.

Assim sendo, numa ocorrência de conflito resultante de negócio de consumo, o intérprete só pode afirmar que a vontade ou consentimento do consumidor foi mesmo definitivo - e, portanto, que ele deve ser obrigado a honrar o que prometeu -, depois de fazer a constatação de que nenhum dos preceitos do aludido artigo quarto foi violado.

Outra indagação refere-se à observância ou não, no caso concreto, de seus direitos básicos. Na hipótese de eles terem sido relegados ao esquecimento, não se pode tomar como definitivos a vontade e o consentimento do consumidor no relacionamento contratual.

Vontade e consentimento do consumidor ainda não podem ser tomados como definitivos, se, como dispõe o art. 46 do CDC, não se lhe tiver dado oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato ou se ele tiver sido redigido de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

O mesmo acontece na ocorrência de inserção de uma cláusula abusiva no contrato celebrado pelo consumidor.

⁵⁷ NETO, Martinho Garcez. *Temas Atuais de Direito Civil*, ed. 2.000, p. 62.

9. A CAÇA, CAPTAÇÃO E ADORMECIMENTO DA VONTADE E DO CONSENTIMENTO DOS CONSUMIDORES. EM CERTOS CONTRATOS, A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE E A EXTERIORIZAÇÃO DO CONSENTIMENTO SÃO MERA CONSEQÜÊNCIA DO SIMPLES FATO DE SE EXISTIR OU CONTINGÊNCIA DA VIDA EM SOCIEDADE DE MASSA

A compra e venda atual - notadamente aquela de matiz consumerista -, se vista por um jurista de época mais recuada, quase que seria uma figura irreconhecível, principalmente no que se refere à maneira de captação da exteriorização da deliberação de se consumá-la.

Não se pode negar que o tema da captação da vontade e consentimento das pessoas, com a finalidade de enredá-las num contrato de compra e venda, não seja sobremaneira intrigante.

Não logra escapar ao tirocínio de muitos o fato de, na época atual, qualquer um poder testemunhar uma verdadeira caça à vontade e ao consentimento do consumidor por meio da comunicação de massa.

Diz-se que o homem mudou. Na verdade, tudo parece ter mudado, vertiginosamente, de uns tempos para cá.

O ser humano hodierno, a despeito de ser dotado de grande poder de interferência no *status quo* da sociedade, parece que ainda não tem condições de andar, *pari passu*, com ela. Isso significa que pode haver algum descompasso entre as modificações causadas por ele no meio ambiente e sua capacidade de entender as conseqüências de suas ações sobre ele.

O indivíduo parece que vê e, ao mesmo tempo, não vê, está consciente e, ao mesmo tempo, não; quer e, ao mesmo tempo, não sabe se está, efetivamente, querendo ou não.

Diante disso, ousa pensar que a vontade ou consentimento do consumidor moderno, notadamente aquele que vive nas grandes metrópoles, é algo assemelhado a um sentimento difuso.

É que, em muitos casos, a consciência do consumidor é assediada por fatores exógenos, capazes de controlá-la, subliminarmente, deixando-a em estado de torpor. Isso significa que o consentimento ou vontade do consumidor pode ter-lhe sido infundido, ou distorcido, influenciado ou contaminado, direta ou indiretamente, pelos sempre presentes fatores externos de convencimento.

Jean Baudrillard, em obra clássica, mostrou-se impressionado com esse fenômeno. Assim:

“Bombardeadas de estímulos, de mensagens e de testes, as massas não são mais do que um jazigo opaco, cego, como os amontoados de gases estelares que só são conhecidos através da análise do seu espectro luminoso - espectro de radiações equivalentes às estatísticas e às sondagens. Mais exatamente: não é mais possível se tratar de expressão ou de representação, mas somente de simulação de um social para sempre inexprimível e inexprimido. Esse é o sentido do seu silêncio. Mas esse silêncio é paradoxal - não é um silêncio que fala, é um silêncio que proíbe que se fale em seu nome. E, nesse sentido, longe de ser uma forma de alienação, é uma arma absoluta.”⁵⁸

Tem-se, assim, a impressão de que o consumidor parece querer desvencilhar-se de sua antiga individualidade e massificar-se, abandonando os atavios que o identificavam como uma unidade comportamental distinta.

Isso tudo, segundo tudo leva a crer, não passa de efeito da chamada comunicação de massa.

Charles R. Wright registrou:

“De todos os meios de comunicação de massa, a televisão é o mais fascinante. Fabrica sonhos, destrói mitos, adultiza as crianças, infantiliza os adultos, invade nossa intimidade, transforma o mundo numa grande aldeia, é o símbolo de uma nova idade e de uma nova cultura”... “O meio que os indivíduos usam para comunicar, por sua realidade material, sua natureza técnica, exerce, por intermédio dos sentidos, uma verdadeira massagem do cérebro. Tudo está, portanto, nessa massagem sensorial. Cada meio de comunicação, agindo sobre

determinado sentido - ouvido, vista, tato, etc.-, modelará o cérebro de uma forma diferente”... “Para McLuhan, entramos agora na idade da eletricidade. A eletricidade, segundo ele, não é o prolongamento do sistema nervoso. A televisão não é visual, porque se dirige, às vezes, aos olhos, às vezes aos ouvidos. Estabelece entre espectador e o mundo uma relação verdadeira, natural, permitindo a seu cérebro comparar as mensagens de vários sentidos.”⁵⁹.

Observe-se que o autor estava se referindo apenas aos efeitos da comunicação de massa por meio da imagem televisiva. O que não diria sobre a Internet?!

Isso tudo terminou atingindo em cheio alguns dos mais significativos conceitos jurídicos, pegando o direito de surpresa e, inclusive, deixando alguns juristas perplexos com a enormidade de figuras novas, que, de tão estapafúrdias a alguns deles pareceram, que foram postas no borralho da inadmissibilidade.

Esse, por exemplo, é o caso do apenamento das pessoas jurídicas por crime ambiental.

Como se sabe, ainda continua sendo tarefa difícil convencer-se um criminalista da chamada velha guarda de que a pena pode ultrapassar a pessoa física do infrator e alcançar a pessoa jurídica da qual ele é titular.

Tão imensas foram as conseqüências que advieram dessas transformações, que se chegou a pensar que o contrato estivesse agonizante. Falou-se em crise do contrato e do próprio direito.

Constatou-se que o mito do voluntarismo estava em processo agônico, no que aproveitava ao intocável postulado da manifestação de vontade absolutamente livre no relacionamento contratual.

Até então, essa liberdade era tão tamanhamente absoluta que foi erigida em verdadeiro dogma.

Pacta sunt servanda, repetia-se.

⁵⁸ BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas*. São Paulo: Editora Brasiliense S.A.. 1985, p. 23.

⁵⁹ WRIGHT, Charles R. *Comunicação de massa*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1.968, p. 142 e 143.

O contrato deveria, assim, subsistir, custasse o que custasse, não importando as modificações ocorridas no mundo real.

Mas a chamada crise do contrato, posteriormente, revelou-se como sendo apenas uma nova interpretação do papel da vontade das partes nas suas disposições.

E mais: concluiu-se que elas, embora continuassem sendo livres para contratar, deviam contas à sociedade a respeito do objeto e finalidade de seus pactos.

Sobreveio, então, em conseqüência disso, a interferência do Estado, monitorando a vontade e o consentimento das partes nas disposições contratuais (nas relações de consumo esse monitoramento chega a ser ostensivo).

Nasceu, também, a idéia de uma função social do contrato.

Disciplinaram-se a vontade e o consentimento. Chegou-se à conclusão de que ambos não eram mais o único soba da aldeia contratual. Outros havia e, por sinal, coroados de maior ou de igual importância.

Constatou-se, então, que nada justificava a manutenção de um contrato lesivo a interesses de uma das partes, a poder do argumento de que ela, afinal de contas, tinha empenhado sua palavra no negócio.

Como reflexo disso, também passou a valorizar-se, além da manifestação do *consensus* e da vontade, o envolvimento ético que isso poderia significar e quais as repercussões sociais de sua exteriorização no mundo dos negócios.

Com o passar do tempo, observou-se que, não distante do *pacta sunt servanda*, o mundo fático continuava girando e, assim, conseqüentemente, não se deveria sustentar um contrato desvinculado da realidade objetiva dos acontecimentos.

O primado espesso do fio do bigode foi aparado por uma navalha ávida para estreitá-lo e ajustá-lo à nova feição das coisas. A tese de que trato é trato e, portanto, aquilo que foi avençado deve subsistir, independentemente do que ocorre no mundo exterior, foi revista.

E foi assim que o princípio do *pacta sunt servanda* migrou para outro, *rebus sic stantibus*, mais consentâneo com a fria realidade das ocorrências e mutações que envolvem o relacionamento contratual.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes, discorrendo a respeito do fenômeno dessa migração, observou:

“A Lei 8.078 rompe de vez com o princípio do *pacta sunt servanda*. Ao reconhecer que em matéria de relação de consumo vige a regra da oferta que vincula e os contratos são elaborados unilateralmente (contratos de adesão) ou nem sequer são apresentados (verbais, comportamento socialmente típico, cláusulas gerais), estabelece que não vige a regra milenar representada no brocardo latino. Esta, claro, continua a ter validade para as relações da órbita privada, mas tem aplicação nas relações de consumo, mesmo quando for elaborada cláusula contratual negociada em separado. É verdade que neste caso ela deve prevalecer sobre as cláusulas pré-elaboradas, mas ainda assim, como se verá, recebe a influência dos demais princípios fixados na Lei 8.078.”⁶⁰

Nesse passo, a liberdade absoluta da vontade e do consentimento nos envolvimentos contratuais perdeu fôlego.

Tornou-se claro que, se, ao redor do contrato, tudo mudara, não havia mais razão para ele permanecer intangível em sua execução, a despeito de ter-se revelado lesivo aos interesses de um dos contratantes, só porque os envolvidos no negócio, em algum momento, tinham disposto suas manifestações volitivas e consensuais de uma determinada forma.

Por outro lado, num assomo de clarividência, percebeu-se que as partes não tinham mais o direito de dispor, contratualmente, de forma que uma delas fosse posta em situação de inferioridade perante a outra.

Mas esse desequilíbrio, revelado indesejável na feitura do contrato, por si só, é inócuo. É apenas a título preventivo que deve ser banido. O que importa é a constatação de sua presença, durante a execução do contrato. É exatamente aí que ele mostra sua face nociva.

A isso se denominou equilíbrio contratual.

Deixou de ser ético, do ponto-de-vista jurídico, manter-se a execução de um contrato nessas condições.

Ao mesmo tempo, concluiu-se, também, que apenas o elemento subjetivo da boa fé era de todo insuficiente à sustentação do contrato.

O resultado dessa conclusão foi o surgimento do conceito de boa fé objetiva, que está mais ligada à execução do negócio.

Foi-se mais longe. Concluiu-se que a boa fé objetiva e o perfeito equilíbrio das partes, por si sós, ainda continuavam insuficientes à formação da avença ideal.

Era preciso que suas disposições fossem justas, pois nem sempre o que se revela legal, equilibrado e de boa fé é justo.

Finalmente, constatou-se que todos esses princípios constituir-se-iam numa verdadeira inanidade, se, ao lado deles, não se valorizasse sobremaneira a figura em torno de quem os contratos gravitam, isto é, o homem.

Mas o homem que interessa ao universo jurídico é o que é, efetivamente, protegido pelo direito, de forma clara, insofismável e indiscutível. Em suma, é aquele cuja dignidade é respeitada.

A isso se intitulou princípio da dignidade humana nas relações contratuais.

Enquanto todos esses fatos tomavam posição no cenário jurídico, as transformações sociais ganhavam um impulso verdadeiramente alucinante.

O direito, por sua vez, foi compelido a acompanhar os novos tempos.

⁶⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p. 529.

E a manifestação de vontade de participação em um negócio, como não poderia deixar de acontecer, sofreu toda essa gama de influências.

Assim, é o caso de se indagar, se, em sede de compra e venda, numa relação de consumo, o querer do homem moderno ainda pode ser levado em consideração ou deixado absolutamente livre para atuar.

Dir-se-á que tudo sempre foi o mesmo, isto é, que a vontade humana sempre foi exposta a influências de todo o gênero e que nada justifica que se entenda a atualidade como sendo uma exceção à regra.

Mas o fato é que é inegável que a sociedade, notadamente a partir da segunda metade do século XX, vem se modificando com tanta velocidade, que se pode dizer que ela está se despregando de suas feições pretéritas. E isso atinge o homem e, conseqüentemente, o direito.

E é por causa disso que muitos afirmam - repito - que o homem mudou.

Na verdade, o que mudou de forma radical, principalmente nos grandes centros populacionais, foi seu relacionamento com o direito.

Ruíram por terra muitos tabus (foram soterrados ou abalados, por exemplo, os mitos do erro de direito e da coisa julgada) e novas formas de comunicação encurtaram as distâncias, deixando a terra bem menor do que tudo aquilo que nossos antepassados jamais puderam imaginar.

E, como não poderia deixar de acontecer, a diminuição do tamanho do mundo, resultante da possibilidade de comunicação quase instantânea, afetou a vontade e a forma de consentir das pessoas, notadamente no que diz respeito ao negócio de compra e venda consumerista, que é o que nos interessa.

Até os anos cinqüenta do século passado, a manifestação de vontade de um comprador poderia, no máximo e em linhas gerais, ser influenciada pela rádio, por uma televisão incipiente, reclames nos bondes, nos ônibus, nos jornais etc.

Os anúncios e a propaganda, se comparados com os da atualidade, chegavam a ser singelos.

Ainda soam nos ouvidos dos mais velhos as letras ingênuas das músicas de publicidade nas rádios, alardeando as virtudes curativas das Pílulas de Vida do Doutor Ross, da Cafiaspirina, do Melhoral etc.

As coisas do ramo da publicidade tinham um ar simplório e individual.

Neste passo, a fim de se evitar a ocorrência de equívoco conceitual, cumpre esclarecer a distinção entre publicidade e propaganda.

Nada mais adequado do que a lição de Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi a esse respeito:

“Passemos então à concepção jurídico-doutrinária. Corrente e majoritária tem-se a distinção da publicidade e da propaganda, consistindo, em linhas mais ou menos gerais, a primeira, na difusão de produtos e serviços, visando sua comercialização, e a segunda na difusão de idéias, filosóficas, políticas e religiosas.”⁶¹

Repentinamente, tudo mudou e não cessou de continuar a transformar-se, em compasso de ciclônica velocidade. A partir de então, a publicidade, de mirrada que era - porque se endereçava a grupos pequenos -, voltou-se para a multidão anônima, massificando-se.

À argúcia da referida jurista não escapou a observação de que:

“A publicidade, de imediato, cria algo que não se podia conceber antes da evolução dos meios de comunicação de massa. Até o começo do século, não bastasse a produção de bens de consumo não ser feita em larga escala, não havia uma difusão desta mesma produção, o que fazia, ao menos no que tangia ao conhecimento de sua existência pelo público, com que o processo fosse lento, demandando quase toda a pequena produção, e, pela lentidão, sem uma

⁶¹ FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. *Publicidade Abusiva*, p. 66.

padronização da necessidade do produto, o que, por si só já representa uma violação do estado de coisas. Hoje, a divulgação e publicidade de um produto garante instantaneamente o consumo dele, criando de imediato um comportamento.”⁶².

Os efeitos dessa massificação podem ser observados, claramente, quando as mulheres, em verdadeiras hordas, passam a comprar determinado tipo de sapato ou fita de cabelo, imitando uma atriz de novela.⁶³

É óbvio que os produtores e os fornecedores de mercadorias, assim como os prestadores de serviços, valem-se dos meios de comunicação de massa, a fim de instilar, na mente das telespectadoras, a necessidade de identificar-se com alguma bem sucedida musa do vídeo.

E, logo em seguida a essa identificação, sobrevém o impulso irresistível de comprar o produto. E a ele segue-se a consumação da compra e venda.

Não importa se o artigo adquirido é adequado ao tipo físico, ou se está totalmente em desacordo com a faixa etária da consumidora. O fato é que ela precisa comprá-lo, porque foi convencida a sentir a necessidade de adquiri-lo.

Tenho para mim que, nesse tipo de compra, a vontade e o consentimento do adquirente ou são semilivres ou não são livres de todo. Mas um fato é certo: não há muita possibilidade de serem absolutamente infensos às influências do mundo exterior, notadamente aquelas orquestradas pela mídia.

Pois bem, é esse ser hipnotizado pelos meios de comunicação que vai às compras. Ele, de forma como a história nunca dantes registrou, lança-se a elas presa, entre outras coisas, de um infundido sentimento da necessidade de comprar o que os outros compram, a fim de não ser socialmente diferente, ou de não ser infeliz, ou para sentir-se integrado a determinado *status* social ou para não afrontar os costumes em voga.

⁶² FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. *Publicidade Abusiva*, p. 71.

⁶³ A expressão “As mulheres vão às compras” surgiu na segunda década do século XX.

O consumidor sente aquilo que foi induzido a sentir, porque foi vaporizado de publicidade pela mídia. Sente-se, inclusive, em alguns casos, feliz em gastar; entretanto, paradoxalmente, está despido de uma real e efetiva vontade de praticar e consentir no ato da compra.

Esse desnudamento de sentidos afasta o comportamento do consumidor de uma vontade e consentimento virgens e puros.

Paul Guillaume diz que:

“No sentido amplo do termo, ato voluntário é um ato precedido de uma idéia desse ato, ou de uma idéia de seus efeitos imediatos, e determinado por essa idéia.”⁶⁴

Ora, quando uma multidão, impelida por uma publicidade maciça, passa a comprar um produto industrializado - jeans, por exemplo -, a fim de vestir-se de forma exatamente igual, independentemente de qualquer consideração sobre clima, idade, condição social ou financeira etc., o que se tem é um caso de captação da vontade e consentimento por um fator externo, que dilui o individualismo, massificando-o.

Tenho para mim que essa massificação dissocia o querer do ato de comprar.

Por outro lado, ao consumidor, assim massificado, o fato de sua vontade e consentimento serem conduzidos pela publicidade não causa muita repulsa.

Foi o que percebeu Baudrillard.

“No fundo, não é verdade que os consumidores crêem na publicidade? (Sentir-se-iam salvos em parte). Boorstin exprime a idéia de que é preciso desculpar os publicitários - a persuasão e a mistificação não provêm tanto da sua falta de escrúpulos quanto do prazer que temos em ser enganados: procedem menos do seu desejo de seduzir que do nosso desejo de ser seduzidos”... “O agente publicitário de sucesso é mestre de nova arte - a arte de tornar verdadeiras as

⁶⁴ GUILLAUME, Paul. *Manual de psicologia*. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1.963, p. 257.

coisas ao afirmar que o são. Surge como adepto da técnica das profecias que se cumprem por si mesmas.”⁶⁵

Diante disso, comprar, numa sociedade de massa, passa a ser algo assemelhado a uma ação a esmo, a um simples e descomprometido gesto, descontaminado de voluntarismo claramente consciente. E, assim, o consumidor, que age e compra dessa forma, é, no mínimo, presa de uma forma inferior de vontade e de consentimento.

A propósito, Guillaume observa que:

“Todo ato voluntário é pensado de algum modo (imagem, símbolo, nome) antes de ser executado. Inicialmente, é a essa antecipação mental que chamamos vontade, intenção. Quando se diz: “Não fiz de propósito”, afirma-se que certo ato ou seu efeito imediato não havia sido querido, pensado antecipadamente como fim. Essa definição já exclui toda uma série de atos. Os atos instintivos não são queridos, pois não passam de respostas imprevistas a certos estimulantes; e a ignorância do fim é um de seus caracteres.”⁶⁶

E a publicidade, indubitavelmente, conduz a vontade e o consentimento do consumidor, subjugando-o aos interesses do fornecedor, transformando o primeiro numa espécie de receptáculo dos interesses alheios ou desaguadouro de seus produtos e serviços.

O curioso é que, a despeito de a publicidade ter lugar tão acentuadamente destacado nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor não definiu o que vem a ser esse tipo de atividade tão invasiva da vontade humana. Limitou-se a disciplinar sua veiculação (art. 36) e a proibir a enganosa ou abusiva (art. 37).

Fernando Gherardini Santos, sentindo essa falta, dissertou sobre o assunto da seguinte forma:

“Não há, em todo o corpo do CDC, a exemplo das leis francesa e argentina, um conceito legal de publicidade, limitando-se seu artigo 36 à imposição de que a “publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor fácil e imediatamente a identifique como tal”, relegando, portanto, tal tarefa à

⁶⁵ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70. 1981, p. 155.

⁶⁶ GUILLAUME, Paul. *Manual de Psicologia*, p. 256.

jurisprudência e à doutrina. Na ausência de um conceito legal, deve-se buscar o conceito metajurídico e “juridicizá-lo”, ou seja, trazê-lo para o campo jurídico, realizando, para tanto, as devidas adaptações. Segundo a própria teoria do marketing, e como já exposto no item 1.1.2.4, supra, publicidade é todo tipo de informação não pessoal realizada através de uma mídia indireta e impessoal (v.g., impressa, eletrônica, outdoor e trânsito), visando estimular a demanda de produtos e serviços, com isso buscando, portanto, resultados econômicos (ou seja, objetivando a aquisição dos bens por parte dos consumidores) tanto a curto, como a médio e longo prazos.”⁶⁷

O indivíduo, *in casu*, o consumidor, é constantemente induzido a querer ser semelhante aos seus contemporâneos. Assim sendo, deve ser massificado e, para tanto, nada é mais prático do que a utilização do poder persuasivo da mídia contra ele por parte dos fornecedores de produtos ou de serviços.

A massificação das pessoas aproveita aos interesses do consumo. Daí o surgimento da retórica publicitária de massa.

Reboul conceituou-a da seguinte forma:

“Pode-se considerar a propaganda (política, militar, etc.) e a publicidade como invenções do século XX. Ainda que nossos ancestrais não nos tenham esperado para defender seus partidos e criar suas mercadorias, o que eles faziam era coisa bem diferente, por uma boa razão. A propaganda e a publicidade pertencem à comunicação de massa. O que é massa? Um número indefinido, geralmente imenso, de indivíduos cujo único elo é receber a mesma mensagem. Um camelô que vende um tira-manchas na feira dirige-se a algumas pessoas e adapta-se às reações delas. O anunciante de um tira-manchas na televisão dirige-se a milhões de desconhecidos cujo único elo é a mensagem a que estão submetidos. A massa, em si, é passiva e atomizada. Na verdade, é a comunicação de massas que cria a massa. Para que ela exista, são necessários meios de comunicação modernos, de grande difusão, como o cartaz ou o anúncio de televisão. Nisso, a massa se distingue da multidão, conjunto de pessoas reunidas para alguma

⁶⁷ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p. 199 e 200.

coisa, que pode reagir imediatamente à mensagem que recebem. A multidão aplaude ou infama; a massa não tem voz nem rosto.”⁶⁸

A publicidade é a melhor forma de se induzir o consumidor a comprar.

É por sua causa que ele se convence de que precisa adquirir o que os outros compram e exatamente porque eles compram. Eis aí uma das facetas do perfil da vontade e do consentimento do consumidor nas sociedades hodiernas.

Assim sendo, daquele ser que, antes, tinha vontade e consentimento livres ou relativamente livres e que comprava solitariamente, porque sua deliberação à prática desse ato lhe pertencia, restou muito pouco, hoje em dia, uma vez que ele foi - segundo tudo indica - substituído por outro, ostentador de uma vontade e *consensus* inoculados pela mídia e que vai às compras sem individualidade volitiva.

Erich Fromm, discorrendo sobre o conformismo dos autômatos, isto é, sobre a perda da individualidade no comportamento das pessoas normais, tendo em vista a sociedade moderna, afirmou:

“Este mecanismo em particular é a solução que a maioria dos indivíduos normais encontra na sociedade moderna. Para ser breve, digamos que o indivíduo cessa de ser ele mesmo; adota inteiramente o tipo de personalidade que lhe é oferecido pelos padrões culturais e, por conseguinte, torna-se exatamente como todos os demais são e como estes esperam que ele seja. A discrepância entre o “eu” e o mundo desaparece e, com ela, o temor consciente à solidão e à impotência. Esse mecanismo pode ser comparado ao mimetismo adotado por certos animais para se defenderem: ficam tão parecidos com o meio que os cerca, que dificilmente podem ser distinguidos deste. A pessoa que desiste de seu ego individual e converte-se em autômato, idêntico a milhões de outros autômatos em torno dela, não mais precisa sentir-se sozinha nem angustiada. O preço que ela paga, porém, é alto: a perda da liberdade.”⁶⁹

Ora, se, nos contratos privados de compra e venda, isto é, os ditos tradicionais, celebrados, *direta e pessoalmente*, entre o vendedor e o comprador, a manifestação da

⁶⁸ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes. 2.000, p. 85.

⁶⁹ FROMM, Erich, *in*, *O medo à liberdade*, p. 154 e 155.

vontade e do consentimento deste último pode estar em crise de perplexidade por um motivo qualquer, o que não se diria, então, quando o consumidor celebra, *de forma impessoal e anônima*, um contrato de massa?!

As observações que Theodor W. Adorno e Max Horkheimer fazem a respeito do tema revelam a finura da sensibilidade e do poder de observação de ambos:

“Pois a cultura contemporânea confere a tudo um ar de semelhança”...“A unidade evidente do macrocosmo e do microcosmo demonstra para os homens o modelo de escultura: a falsa identidade do universal e do particular. Sob o poder do monopólio, toda cultura de massas é idêntica, e seu esqueleto, a ossatura conceitual fabricada por aquele, começa a se delinear”...“O fornecimento ao público de uma hierarquia de qualidades serve apenas para uma quantificação ainda mais completa. Cada qual deve se comportar, como que espontaneamente, em conformidade com seu *level*, previamente caracterizado por certos sinais, e escolher a categoria dos produtos de massa fabricada para seu tipo. Reduzidos a um simples material estatístico, os consumidores são distribuídos nos mapas dos institutos de pesquisa (que não se distinguem mais dos de propaganda) em grupos de rendimentos assinalados por zonas vermelhas, verdes e azuis. O esquematismo do procedimento mostra-se no fato de que os produtos mecanicamente diferenciados acabam por se revelar sempre como a mesma coisa. A diferença entre a série Chrysler e a série General Motors é no fundo uma distinção ilusória, como já sabe toda criança interessada em modelos de automóveis. As vantagens e desvantagens que os conhecedores discutem servem apenas para perpetuar a ilusão da concorrência e da possibilidade de escolha”...“Para o consumidor, não há nada mais a classificar que não tenha sido antecipado no esquematismo da produção”...“O mundo inteiro é passado pelo filtro da indústria cultural. A velha experiência do espectador de cinema, que percebe a rua como um prolongamento do filme que acabou de ver, porque este pretende ele próprio reproduzir rigorosamente o mundo da percepção cotidiana, tornou-se a norma da produção. Quanto maior a perfeição com que suas técnicas duplicam os objetos empíricos, mais fácil se torna hoje obter a ilusão de que o mundo exterior é o prolongamento sem ruptura do mundo que se descobre no filme. Desde a súbita introdução do filme sonoro, a reprodução mecânica pôs-se ao inteiro serviço desse projeto. A vida não deve mais, tendencialmente, deixar-se distinguir do filme sonoro.”...“Atualmente, a atrofia da imaginação e da espontaneidade do consumidor cultural não precisa ser reduzida a mecanismos psicológicos. Os próprios produtos - e entre eles em

primeiro lugar o mais característico, o filme sonoro - paralisam essas capacidades em virtude de sua própria constituição objetiva”...“A violência da sociedade industrial instalou-se nos homens de uma vez por todas. Os produtos da indústria cultural podem ter a certeza de que até mesmo os distraídos vão consumi-los abertamente”...“A indústria cultural acaba por colocar a imitação como algo de absoluto.”⁷⁰.

Essa compulsão de comprar, ou melhor, esse desejo de consumir, como se vê, não deve ter muito a ver com espontaneidade.

Nesse particular, o papel da publicidade e o de seus efeitos no comportamento do consumidor merece a consideração do jurista.

E não é de hoje que essa presença vem sendo registrada na história da humanidade.

Em alguns muros, existentes nas ruínas de Pompéia, ainda podem ser vistos antigos anúncios.

A partir do século XVII, a publicidade tomou seu lugar nos primeiros jornais.

Hoje em dia, ela infesta todos os meios de comunicação, de massa ou não, polui, visualmente, as ruas, as avenidas e as estradas, acompanha os passageiros, durante os vôos nacionais e internacionais, antecede as projeções cinematográficas, frequenta os estádios, estampa-se nos assentos dos bancos das praças, nos uniformes dos esportistas e é soprada, aos urros, nos alto-falantes das portas das lojas. Ela também é utilizada no patrocínio de diversas atividades e, inclusive, não deixa de ter conotação política, quando isso apraz aos interesses para os quais é dirigida.

Surgiu, assim, um tipo de retórica voltada para a captação da vontade e do consentimento das massas consumidoras. Criaram-se técnicas e métodos de argumentação publicitária dirigidos ao convencimento de uma espécie de consumidor universal. Na verdade, criou-se uma retórica publicitária, visando incentivar o consumo de massa.

Perelman analisou a questão do seguinte modo:

⁷⁰ ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, MAX. *Dialética do esclarecimento*, p. 113 e sgts.

“A teoria da argumentação estuda as técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses que se apresentam ao seu assentimento. Daí resulta, fato essencial para o sociólogo, que toda argumentação se desenvolve consoante o auditório ao qual se dirige e ao qual o orador é obrigado a adaptar-se”...“A diversidade dos auditórios é imensa. Podem variar quantitativamente, indo do próprio orador, que se divide em dois na deliberação íntima, passando pelo ouvinte único do diálogo e por todos os auditórios particulares, até o conjunto dos seres capazes de razão, a saber, o auditório universal, que já não é uma realidade social concreta, mas uma construção do orador a partir de elementos de sua experiência.”⁷¹

Mas, a despeito de tudo isso, o cuidado com o estudo da chamada psicologia da publicidade e sua influência nos consumidores só veio a lume em meados do século XX.

E isso fez com que os anunciantes logo notassem que a publicidade merecia um tipo de atenção mais diligente do que a até então dispensada ao assunto.

Compreendeu-se que ela não deveria encastelar-se, exclusivamente, na maneira pela qual se deveria influenciar o pensamento do consumidor em geral, segundo uma visão unilateral do produtor fornecedor, mas, também, de acordo com aquilo que o consumidor, efetivamente, poderia estar, ou não, interessado.

Nasceu, assim, a pesquisa sistemática nas relações de consumo, do ponto-de-vista da eficácia da publicidade. Dessa sistematização, por sua vez e por evidente razão de aumento de lucros, passou-se ao planejamento de novos produtos, segundo os desejos e as preferências dos consumidores, estatisticamente avaliados.

A partir desses fatos, não restou muito tempo para a consolidação dos estudos e o desenvolvimento da chamada psicologia do consumidor. E, desde então, a pessoa do comprador passou a ser cortejada, cientificamente, por meio do incenso anestesiante da vontade e do consentimento, injetado de forma massiva pela publicidade.

Don Slater, estudando a cultura de consumo na modernidade, observou:

⁷¹ PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes. 2.000, p. 304.

“Segundo o argumento de Vance Packard (1.977) a propaganda dispõe de tecnologias baseadas na psicologia científica que, com o conhecimento de desejo e motivações inconscientes, podem induzir os indivíduos a agir contra sua vontade, comprando qualquer coisa que o anunciante quiser.”⁷²

Surgiram, assim - e sempre tendo por objetivo a venda de produtos e de serviços -, as mais variadas formas de técnica de publicidade, tendo como alvo fixo a pessoa do consumidor.

Anne Anastasi, celebrada professora de Psicologia Aplicada da Universidade de Fordham, mostra o elevadíssimo grau de sofisticação que as técnicas atuais de publicidade podem atingir:

“Determinados processos de pesquisa proporcionam medidas das respostas do indivíduo a anúncios, inicialmente apresentados sob condições controladas. Semelhante abordagem se distingue da dos levantamentos de leitura, que medem os efeitos da exposição cotidiana não controlada a anúncios impressos. Assim, por exemplo, uma revista fictícia, especialmente preparada, pode ser distribuída aos leitores, seguida, então, por testes de recordação ou de reconhecimento. A revista fictícia é elaborada de maneira a manter constantes todas as variáveis, exceto aquelas sob investigação. Assim, se quisermos testar o efeito do tamanho dos anúncios sobre o valor de sua atenção e memória, deveríamos inserir anúncios de diferentes tamanhos, em que estivessem igualadas as outras características, como a cor, a ilustração e a posição. As revistas fictícias podem, igualmente, ser usadas em situações em que a pessoa é observada - possivelmente através de uma tela de visão unilateral -, enquanto folheia a revista. O experimentador é capaz, dessa maneira, de determinar diretamente quais os anúncios olhados pela pessoa observada”...“As observações do comportamento das pessoas diante de anúncios podem, em certos casos, tornar-se mais objetivas e precisas mediante o uso de certos instrumentos de laboratório bastante conhecidos. As câmaras óticas foram empregadas para fotografar os movimentos do olho do indivíduo, enquanto olha para os anúncios. Tal método proporciona um registro contínuo de todas as fixações do olho. Por seu intermédio, podemos determinar a seqüência em que os diferentes anúncios são examinados, a quantidade de tempo gasta na

contemplação de cada um e o caminho seguido pelos olhos, à medida que explora as diversas partes do mesmo anúncio.”⁷³

Diante disso, mais do que nunca, a forma do apelo publicitário ao público consumidor ganhou contornos cada vez mais embebidos nas conclusões dos estudos dirigidos ao campo da psicologia do consumidor.

O jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 17 de janeiro de 2.006, sob o título “Um artista Genial. Ele nem Existia”, noticiou que, em Fortaleza, a imprensa anunciou que, em breve, chegaria, como convidado especial da curadoria do Museu de Arte Contemporânea, um famoso artista japonês, Souzousareta Geijutsuka, premiado em muitos países, a fim de inaugurar uma exposição denominada Geijitsu Kakuu e explicar ao público cearense o por quê de sua obra ser revolucionária.

Na verdade, a informação sobre a chegada do artista foi passada à imprensa cearense por um jovem de vinte e três anos de idade, cuja intenção, segundo ele posteriormente declarou a jornalistas enfurecidos, era a de “mostrar como a arte hoje em dia encontra-se subordinada a exigências e manipulações mercadológicas e a modelos construídos e legitimados pela mídia, galerias e pelos museus.”

Esse fato, por si só, referenda a tese de que a mídia tem amplas condições de conduzir a massa - poder esse que abrange, inclusive, algumas figuras tidas e havidas como representativas da nata da intelectualidade de uma sociedade.

Se acontecimentos dessa monta ocorrem no chamado mundo intelectual, que se constitui num círculo social concêntrico elitista e esclarecido, mais facilidade encontra para manifestar-se nas relações de consumo, que dizem respeito à sociedade de massa.

E esse tipo de facilidade certamente não escapou à observação de fornecedores e prestadores de serviços. Assim, eles se capacitaram de que o chamamento ao consumo deve endereçar-se a fatores específicos, capazes de, objetivamente, induzir na vontade e no consentimento do consumidor, por meio da publicidade, a compulsão aquisitiva.

⁷² SLATER, Don. *Cultura do consumo & modernidade*. São Paulo: Nobel, 2.002, p.76.

⁷³ ANASTASI, Anne. *Campos da psicologia aplicada*. São Paulo: Editora Herder, 1.972, p. 405.

E isso tem muito a ver com a quebra de resistência da vontade e do consentimento dos consumidores contra geração de conseqüências comportamentais capazes de prejudicar seus interesses.

O fato é que um consumidor cuja vontade e consentimento foram minados pela publicidade tende a comportar-se de forma a gerar para si mesmo conseqüências evitadas de erro. E esse fato, por si só, vicia seus relacionamentos negociais, porque o deixa desprotegido.

Como ensina Anne Anastasi:

“O apelo é a mensagem de um anúncio. Vincula o produto ou serviço anunciado com os desejos e necessidades do consumidor. Quer seja apresentado através de texto escrito, ilustração, palavra falada ou comercial de televisão, o objeto do apelo consiste em mostrar como a mercadoria é capaz de satisfazer os desejos do consumidor. Os primeiros livros sobre a psicologia da publicidade apresentaram listas de “instintos”, de necessidades orgânicas básicas ou de impulsos primários, entre os quais o anunciante poderia escolher. Entre tais impulsos figuravam a fome, a sede, o sexo e o evitar a dor e o perigo. A estes impulsos se seguia uma lista de impulsos secundários, ou aprendidos, tais como as necessidades de status ou prestígio, de aprovação social, de realização e de limpeza.”... “Enquanto o apelo, num anúncio impresso ou numa conversa de vendedor, diz explicitamente ao consumidor por que deveria comprar uma mercadoria, outros aspectos da publicidade conseguem influenciar sua reação diante do produto por processos mais sutis. Estes efeitos foram variadamente descritos como “tonalidade afetiva”, “atmosfera”, “humor” e “sugestão indireta.”⁷⁴

A guerra da concorrência estimula a criação de todo tipo de apelos publicitários de massa, visando fixar o consumidor no hábito de comprar determinado produto ou a abandoná-lo, em prol de um outro qualquer. E é aí que pode ser identificada a utilização de técnicas refinadas de captação e monitoramento da vontade e do consentimento do consumidor.

Arno Wittig, abordando o tema, nos ensina algumas das melhores técnicas de persuasão, utilizadas pelo comércio, empresas prestadoras de serviço e pela indústria:

“Três características parecem ser as mais importantes para que possa ser conseguida uma mudança de atitude. A pessoa que proporciona a mensagem deve ter credibilidade, precisa ser atraente e estar em posição de poder ou prestígio. Por exemplo, se o produto a ser vendido for uma luva de beisebol, a pessoa escolhida poderia ser um simpático jogador de uma equipe campeã que projete uma imagem de honestidade.”⁷⁵

É por isso que, agora, tomo a liberdade de afirmar, que, em certos contratos, a vontade ou consentimento do consumidor praticamente inexistente. Ele nada tem a fazer senão o ato de comprar. Tudo já vem disposto de forma prévia e imutável.

Isso se sente de maneira bastante significativa nos contratos de adesão. É que, neles, não é difícil ter-se a impressão de que para a consumação do negócio uma única manifestação de vontade foi mais do que suficiente, porque já se decidiu tudo.

Como se sabe, nesses contratos, ao contrário dos chamados contratos paritários, que geralmente são antecedidos por uma fase de negociação, a manifestação volitiva parece promanar, exclusivamente, de uma das partes.

Maria Helena Diniz, abordando o tema, tem a seguinte opinião:

“Os contratos por adesão (Standard verträgen) constituem uma oposição à idéia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro (RT 519:163), aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos. Esses contratos ficam, portanto, ao arbítrio exclusivo de uma das partes - o peticitante -, pois o oblato não pode discutir ou modificar ou teor do contrato ou as suas cláusulas.”⁷⁶

⁷⁴ ANASTASI, Anne, *in*, “Campos da Psicologia Aplicada”, p. 455 e 463.

⁷⁵ WITTING, Arno. *Psicologia geral*. São Paulo: Mc Graw Hill do Brasil, 1.981, p. 278.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vol. 1, p. 97.

As dificuldades do contrato de adesão iniciam-se pela adoção de sua nomenclatura. Uns, chamam-no de contrato de adesão; outros - como Alessandro Giordano e Georges Dereux - intitulam-no de contrato por adesão.⁷⁷

Chegou-se, inclusive, a negar o caráter contratual dessa figura jurídica.

Mas Darcy Bessone resiste a essa tendência, ponderando que:

“A contestação do caráter contratual da figura em exame funda-se, segundo Giordano, em uma concepção individualista do contrato, à qual se contrapõe agora uma outra concepção, segundo a qual ele se tornou, sob o influxo das exigências da economia organizada, um fato social. Essa consideração, prossegue, autoriza a empresa moderna, organizada para atuar em grande, a prever um tipo ideal de contratante, cuja conduta se ajusta às exigências do ambiente e para quem formula o bloco de cláusulas. Assim, pelo menos em princípio, cria-se uma tipicidade, uma uniformidade de comportamento da empresa em face de seus clientes eventuais, capaz de tornar, em regra, inúteis as discussões prévias e de assegurar ao aderente tratamento justo, porque impessoal.”⁷⁸

A partir do século XIX, em decorrência da industrialização crescente e rápida dos países mais desenvolvidos, surgiram os contratos de massa. Como consequência disso, o tempo para as discussões das cláusulas contratuais e, inclusive, a liberdade de manifestação de vontade das partes - notadamente o comprador-consumidor - sofreu um encurtamento.

Deixou de ser conveniente uma longa discussão, ou melhor, a fase de pontuação, em certos tipos de contrato. A rapidez do quer ou não quer sobrepôs-se à espera de uma manifestação de vontade e consentimento sopesados e refletidos. Diante disso, o querer e o consentir passaram a assemelhar-se a um reflexo.

J. A. Penalva Santos reflete sobre o tema da seguinte forma:

⁷⁷ GIORDANO, Alessandro. *I Contratti per Adesione* e DEREUX, Georges. *Révue Trimestrelle de Droit Civil*, v. 9, p. 503 e sgts..

⁷⁸ BESSONE, Darcy. *Do contrato. teoria geral*, p. 9 e sgts.

“Com o surgimento dos contratos de massa, aqueles celebrados através de muitos instrumentos e entre várias partes, manifestou-se o fenômeno revelador da dissociação entre o acordo de vontades e a relação jurídica, designadamente nos contratos de adesão, em que o acordo de vontades sofreu extrema limitação, e, em alguns casos, sua completa supressão.”⁷⁹

Na verdade, o que se percebe, quando da ocorrência desses tipos de contrato, é que uma das partes, por força de contingências do mais puro e simples fato de existir e das necessidades decorrentes desse fenômeno, na prática, termina sendo embrenhada num contrato, com ou sem preordenada manifestação de vontade ou de consentimento.

Penalva Santos, na obra supra referida, no capítulo intitulado “Ainda sobre as mais modernas novidades a respeito dos contratos e sua formação”, noticia o seguinte:

“Em virtude da rapidez com que se celebram os contratos, cumpre assinalar o fenômeno ligado às formas mais simplificadas na sua gênese. Entre outras, cabe mostrarem-se os contratos de guichet e de ticket, cuja simplificação e rapidez facilitam a sua conclusão.”

[...]

“Mais rápido ainda é o contrato celebrado através de determinados comportamentos que os autores alemães, entre os quais Larenz, denominam relações contratuais de fato e comportamento social típico. O primeiro deles mereceu de Haupt estudo a respeito, ao demonstrar o caso do contrato sem emprego de declaração de vontade, cujo elemento constitutivo reside na inserção em relação de comunhão: sociedade de fato, relação e trabalho de fato. A segunda figura do comportamento social típico é estudada por Carl Larenz com o nome de Schuldverhältniss aus sozial tippishen Verhalten. Para o ilustre jurista, o contrato surge mediante atuação de vontade representada por mero comportamento, sem proposta nem aceitação expressa. Assim, ao ingressar em um ônibus, o passageiro automaticamente está a celebrar o contrato de passagem. Ao retirar o jornal da banca, em Nova Iorque, o indivíduo já está a comprá-lo.”... “Esses tipos de contrato têm como fundamento a tutela da vontade do declarante ou da confiança que a outra parte, à qual se dirigiu o comportamento aceitou-o como sendo uma forma atípica de manifestação de vontade no domínio dos fornecimentos massificados.”⁸⁰

⁷⁹ SANTOS, J. A. Penalva. *Novos estudos de direito comercial*. p. 10.

⁸⁰ SANTOS, J. A. Penalva. *Novos estudos de direito comercial*. São Paulo: Renovar. 2.001, p. 14, 15, 16.

E mais: tenho para mim que, em certos contratos de massa, a manifestação de vontade ou consentimento confunde-se com um mero reflexo, resultante de contingências existenciais.

Vale dizer que, em certos contratos de compra e venda de consumo, vontade e consentimento podem consistir, exatamente, em não querer manifestar-se, uma vez que o querer e o consentir já foram impostos ou induzidos ao comprador, graças à inelutável influência de uma gama incontável de fatores externos ao seu psiquismo.

Ninguém vive sem água, seja para beber, banhar-se ou dela utilizar-se de uma forma qualquer. Essa é uma das muitas contingências da vida. Por outro lado, uma quantidade inimaginável de pessoas, a partir de determinada classe social ou local de suas moradias etc., não tem condição existencial suportável, se não tiver o benefício da energia elétrica. Em número e aspectos mais restritos, mas, assim mesmo, em compasso de contagem maciça, há os que também não podem viver sem cheque, cartões de crédito, telefone etc.

Pois bem, quando se celebra um contrato, tendo por objeto um desses bens, o que se tem, numa significação *lato sensu*, é uma espécie de compra e venda de bens ou de serviços. Mas, na consumação do negócio, o que não se vê ou o que quase não se identifica é a manifestação de vontade ou consentimento do comprador ou consumidor.

É por essa razão que não vacilo em afirmar que, em certos negócios de massa, a vontade e o consentimento do consumidor confundem-se com um mero reflexo do mais puro e simples ato de existir.

Vale afirmar que, num relacionamento dessa natureza, se o consumidor manifestar sua vontade ou consentimento de forma absolutamente livre, ou melhor, se ele quiser de forma afirmativa e efetiva ou se sequer puder querer algo, o resultado será a instalação de um vício no contexto do negócio, de molde a inviabilizá-lo.

É que certos contratos só podem ser feitos de determinada forma, uma vez que, por sua própria natureza, não comportam nenhum tipo de modificação ou de variação.

Luiz Édson Fachin, em obra indispensável à compreensão da atual fenomenologia contratual, diz o seguinte:

“A massificação traz, em matéria contratual, sensível enfraquecimento do império da vontade individual. Com o aumento da frequência das relações, própria da economia de massas, torna-se extremamente difícil e inseguro basear a força da relação contratual na averiguação da vontade de cada contratante, em cada pacto celebrado. Em suma, opta-se por uma configuração muito mais seriada e impessoal dos contratos, em substituição ao apego à individualidade e relevância do querer humano que caracteriza a clássica teoria obrigacional.”⁸¹

É verdade que inúmeros juristas resistem e não aceitam essa dissociação entre a vontade e a formação dos contratos, ainda que de massa; entretanto, a gritante realidade dos fatos, ao que tudo indica, tem condições de vencer essa postura conceitual.

Há, inclusive, quem conteste a existência dessa massificação nas relações de consumo. E dão como exemplo os contratos celebrados entre algumas empresas e os chamados clientes preferenciais.

Assim é o caso da opinião de Ronaldo Porto Macedo Jr.

Diz ele:

“Caberia questionar, contudo, até que ponto este processo de massificação ou “consumerização”, que traz como consequência a despersonalização, é fenômeno generalizável. Whitford atenta para o fato de que cada vez mais vão surgindo os “clientes preferenciais” e as relações econômicas de produção e também de consumo vão se baseando crescentemente na personalidade e na confiança. Tais relações contínuas entre bancos e clientes, ou entre médicos e pacientes, advogados e clientes, não se adaptam à descrição feita por Ramsey, formando antes um novo tipo de padrão contratual relacional.”⁸²

A despeito do brilho da argumentação do referido jurista, parece-nos mais aceitável a tese oposta, isto é, a de que as relações de consumo massificam, efetivamente, as pessoas no contexto social.

⁸¹ FACHIN, Luiz Édson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 266.

É que o chamado “cliente preferencial”, à semelhança de qualquer outro menos titulado, por sua vez, não logra escapar do assédio constante da publicidade que visa manipular-lhe a vontade e o consentimento.

Assim, esse tipo de consumidor pode, inclusive, em vez de ser um “cliente preferencial”, transformar-se numa “vítima preferencial” da retórica do mercado de consumo.

Às grandes empresas não importa muito a pessoa do consumidor, individualmente considerado. O de que elas cuidam é de sua capacidade de consumir. Diante disso, a figura do “cliente preferencial” em nada se afasta da do consumidor comum, uma vez que ambos fazem parte da mesma cadeia de interesses do mercado produtor, ou fornecedor, ou prestador de serviços.

Na verdade, o consumidor - preferencial ou ordinário – ao celebrar um contrato com uma instituição bancária, por exemplo, submete-se, em determinados aspectos contratuais - com algumas variações, evidentemente - ao mesmo tipo de tratamento impessoal.

A alegação de que o mercado *confia* no consumidor como uma individualidade destacada da massa, porque o considera um “cliente preferencial”, não passa de um mero recurso de retórica consumerista.

O próprio mercado de consumo não tem condições de crer nesse tipo de argumentação, considerando-se sua incapacidade de, em certos tipos de contrato, incluir elementos diferenciadores de tratamento da parte contrária, em homenagem ao cliente preferencial.

Como se vê, a inexistência de manifestação de vontade ou de consentimento em certos tipos de contrato, principalmente nos de compra e venda consumerista, não é uma constatação errônea ou uma interpretação forçada e teratológica de algumas figuras contratuais modernas.

Mas, a despeito de a vontade e o *consensus*, notadamente nos contratos de massa (o que engloba a compra e venda consumerista), aparentarem estar em queda livre, o fato é que

⁸² MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1.998, p. 267.

ainda subsistem nas compras e vendas privadas, ou seja, aquelas não classificáveis como sendo de consumo de massa.

**10. A ASCENSÃO, QUEDA E ENFRAQUECIMENTO DO
CONSENTIMENTO OU DA VONTADE NO RELACIONAMENTO
CONTRATUAL. O FENECIMENTO DO PRINCÍPIO DA
AUTONOMIA DA VONTADE. O SURGIMENTO DO DIRIGISMO
CONTRATUAL**

O primado da vontade defluiu dos canonistas. Mas foi Hugo Grotius quem, no século XVII, o sintetizou no brocardo *Solus consensus obligat*.

Isso decorreu da crença de que as obrigações só poderiam resultar de uma manifestação de vontade, emanada de um indivíduo absolutamente livre, consciente e, portanto, rei e senhor de seu querer.

Essa amplitude de vontade deferiu ao homem plena autonomia para contratar o que bem lhe aprouver, ou, então, simplesmente não ser forçado a vincular-se a nenhuma obrigação.

A isso Kant intitulou de Princípio da Autonomia da Vontade.

Assim sendo, durante essa quadratura histórica, as partes eram deixadas livres, inclusive, por exemplo, para estipular pactos leoninos, combinar pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, perda de quantias pagas sob alegação de inadimplemento da obrigação de pagamento de uma parcela do preço, rescisão contratual informal e abrupta, independentemente de notificação, interpelação ou de qualquer aviso, etc.

Martinho Garcez Neto descreveu a amplitude dessa aparente liberdade sem fim no relacionamento contratual:

“Em virtude da mesma liberdade, podem as partes contratantes converterem em bilateral um contrato unilateral, como, v. g., no caso da doação. Também podem transformar em solene um contrato consensual. Em virtude, ainda, da mesma autonomia da vontade podem os contratantes incluir um pacto comissório em contrato unilateral, como podem alterar seu conteúdo, objeto, efeitos, alcance, direitos e obrigações que engendra, a duração do contrato e, finalmente, não só

subordinar seus efeitos às modalidades que mais lhe convenham, como escolher das legislações estrangeiras aquela pela qual desejam que o contrato se reja.”⁸³

Em suma, o que as partes dispunham tinha de ser respeitado, em honra e vassalagem à autonomia da vontade. Entendia-se que, se o homem era livre e, em decorrência desse fato, livremente contratava, sua vontade deveria ser respeitada, tal como fora disposta no ato da celebração do negócio.

Na verdade, o que então se pretendia era que as disposições contratuais não pudessem ser alteradas - inclusive por terceiros -, pondo em risco o que as partes, livremente, haviam disposto. Uma vez que o homem era livre e, nesse estado, contratava com outro homem, igualmente livre, nada mais natural e justo do que se preservar essa manifestação de vontade. Nessas circunstâncias, ao Estado não era dado intervir.

O *consensus* necessitava de estabilização, pois, do contrário, seria a inauguração do caos nos relacionamentos contratuais. Era essa a opinião dominante.

Esse entendimento deu luz ao brocardo *pacta sunt servanda*, isto é, os pactos devem ser observados.

Por causa disso, às partes não se devia admitir a prática de qualquer alteração essencial nas disposições contratuais. Mas, se tal ocorresse, outro contrato seria dado como constituído em substituição ao primeiro.

O Código Civil Francês, que veio a lume durante a era napoleônica, abraçou a concepção voluntarista do contrato, evidentemente influenciado pelas emanções do ideário individualista da revolução francesa e, também, por ingerência de Pothier e Domat.

Martinho Garcez Neto repete:

“E Savatier, dissertando a esse respeito, poderia dizer que a palavra é lei, ali, não está empregada levianamente, mas, como verdadeira homenagem à liberdade humana, cuja prerrogativa essencial era a de poder criar o direito. Nessa liberdade, inata a cada homem, há uma espécie de delegação do

⁸³ GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000, p. 9.

legislador. E é investido de tal poder da vontade que o indivíduo constrói o direito civil contratual, a cujo serviço são colocados os Tribunais e a força pública.”⁸⁴

A crença na inabalabilidade da vontade das partes em seus relacionamentos contratuais decorreu de uma interpretação estrábica do artigo 1.134 do Código Civil Francês. É que ele diz que “les conventions légalement formées tiennent lieu des loix à ceux qui les ont faites”⁸⁵

Essa expressão, lugar de lei, foi interpretada como se o legislador francês tivesse querido dizer ou, mesmo, escrito: a vontade das partes é lei.

Mas o curioso é que o referido artigo não se valeu do vocábulo vontade, uma vez que apenas se reportou às obrigações legalmente formadas.

Assim sendo, as obrigações, desde que não contrariem a lei, devem ser respeitadas, uma vez que somente dessa forma, isto é, com a referida ressalva, é que passam a gerar efeitos vinculadores. É óbvio que, seja qual for a vontade das partes, a obrigação não tem como e nem por onde consolidar-se no direito, se ela (a vontade) for dirigida contra a lei, ou contra a função social do negócio em si mesmo ou os princípios morais e éticos em vigor.

Anelise Becker a propósito ensina:

“Na verdade, não há sentido em fazer da vontade uma lei se mesmo a vontade deve curvar-se à lei. Domat, o primeiro, na França, a aplicar os princípios voluntaristas ao contrato, quando buscava uma sanção jurídica para o brocardo *solus consensus obligat*, encontrou a solução de um tal paradoxo na própria noção de liberdade: embora a liberdade de agir fosse a grande característica do ser humano e os indivíduos, de fato, conservassem sua liberdade natural, esta consistiria no direito de fazer tudo o que quisessem, com exceção, porém, daquilo que fosse proibido pelas leis. Noutras palavras, Domat afirmava como essencial à higidez das convenções que nada apresentassem de ilícito ou de

⁸⁴ NETO, Martinho Garcez. *Temas Atuais de Direito Civil*, p.10.

⁸⁵ Em tradução livre: “As convenções legalmente formadas têm lugar de lei entre as partes”.

desonesto, devendo a boa fé, a sinceridade e a fidelidade estar presentes em todos os contratos, como condição de sua obrigatoriedade.”⁸⁶

O fato é que o Código Civil Francês, tendo estipulado, em seu artigo 1.131, que as obrigações sem causa, ou ilícitas ou resultantes de causa falsa não geram efeitos, deixou claro que a absoluta liberdade da vontade das partes não devia ser entendida como sendo tão absoluta assim, uma vez que era passível de sofrer restrições.

A lei protege o contrato válido, simplesmente porque ele é um contrato. A vontade e o consentimento das partes têm de resignar-se a ser apenas elementos constitutivos do negócio.

Tem-se, assim, que a vontade das partes, por si só, não tem força suficiente para sustentar a validade de um contrato. Se assim fosse, qualquer tipo de vontade, apertada num instrumento contratual, seria lei e, conseqüentemente, teria de ser respeitada. Mas, como já se viu, não é isso o que ocorre, pois o requisito da vontade deve ser sadio, ou melhor, não afrontador da lei, nem dos princípios morais e éticos e, inclusive, ser capaz de permitir uma execução contratual justa para as partes.

A explosão econômica e industrial do século XIX fez com que medrasse o entendimento de que seria melhor deixar-se o homem livre para escolher seu papel na sociedade como bem lhe aprouvesse. E, assim, entendeu-se que essa liberdade só seria plena se o Estado se abstivesse de interferir nas suas atividades.

Em decorrência desse modo de se interpretar o desenrolar da evolução sócio econômica, a presença do Estado foi reduzida ao mínimo necessário. Era a época do *laissez faire*.

Mas tamanha euforia de liberdade terminou por sufocar o cidadão em seus envolvimento em negócios. Verificou-se que, embora essa plenitude fosse ideal, o fato é que, na prática, o homem comum terminou deixando de ser protegido em seus relacionamentos contratuais.

⁸⁶ BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p. 18.

A realidade da vida revelou que essa falta de peças enfraquecia o indivíduo isolado, deixando-o indefeso sempre que se associava a um parceiro mais forte do que ele, do ponto de vista econômico ou de outro qualquer.

Isso foi percebido durante o desenrolar da Revolução Industrial, de forma que, no final do século XIX, o Estado, finalmente, tomou a iniciativa de intervir na questão dos negócios privados. Mas foi no interregno das duas Grandes Guerras Mundiais que sua presença se acentuou. E foi nessa derradeira quadratura que se cunhou a expressão dirigismo contratual.

Carlos Alberto Bittar relata que:

“Mas, com o surgimento de abusos na prática, ante a explosão empresarial e a complexidade da vida urbana, movimentos de reação provocaram a interferência do Estado em negócios privados e a sua incursão continuada no domínio econômico, modificando-se o espectro do princípio em causa, com inúmeros reflexos, particularmente diante da inserção de conceitos e de interesses novos no plano da economia.”⁸⁷

Verificou-se, então, que nada justificava a manutenção, a ferro e fogo, de um contrato de execução injusta, somente porque as partes, reciprocamente, quando de sua constituição, tinham assentido no negócio de uma determinada forma.

Constatou-se, assim, que seria mais ético e consentâneo com a noção de justo deixar-se de valorizar, excessivamente, a fase constitutiva do contrato, isto é, aquela em que as partes finalmente assumem suas obrigações, em prol da efetiva manutenção de uma situação de equilíbrio de força dos contratantes, durante o desenrolar da avença, ou melhor, de sua execução.

E mais: deixou-se de ver o contrato como um ente particularíssimo e isolado e, portanto, insensível aos efeitos de suas propagações. Tiraram-no desse confinamento e vincularam-no ao objeto mediato de seus efeitos, isto é, à sociedade. Atribuiu-se-lhe uma função social. E, contra ela, a vontade nada pode.

E, no dizer elegante de Anelise Becker:

⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e atos unilaterais*, p. 35.

“Hoje, quando a vontade, até a pouco considerada a viga mestra do edifício contratual, cede a cada dia mais terreno à noção de equivalência objetiva, mantém-se o respeito à palavra dada desde que o contrato seja útil e justo: a liberdade contratual deixa de ser considerada como um valor em si, para tornar-se um instrumento daqueles que são os valores superiores: a justiça e a utilidade social.”⁸⁸

Amaldiçoou-se o contrato estrangulador, isto é, aquele que beneficia, exclusivamente, o credor, submetendo o devedor a um garrote de cerceamentos e de desvantagens de todo o gênero.

Então, por causa disso, sobreveio a interferência do Estado nos negócios particulares. E foi assim que os princípios voluntaristas do contrato entraram em uma fase de irreversível agonia. É que eles perderam o compasso do tempo social e, com isso, desatualizaram-se.

Inaugurou-se a era do Dirigismo Contratual, que perdura até nossos dias.

Em linhas simples, dirigismo contratual significa que ao Estado incumbe o dever e o direito de interferir na economia interna dos contratos, em benefício dos interesses, não apenas dos contratantes, mas, inclusive, da sociedade como um todo e os dele (Estado) em particular. E o Código de Defesa do Consumidor é um exemplo vivo dessa interferência.

Miriam Junqueira, por sua vez, ensina:

“Pode-se dizer que o contrato passa a ter significado e função correspondentes aos pressupostos culturais da época. São duas importantes modificações em sua função e em seu significado: 1- ele deixa de ser simples expressão de autonomia privada; 2- passa a ter uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo das categorias sociais dos contratantes”...“A sua função econômico-social é reconhecida como a razão determinante de sua proteção jurídica. Quanto mais se ampliam os grupamentos sociais e mais volumosos se

⁸⁸ BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, p. 54.

tornam os negócios de circulação de riquezas, mais constante e decisivo se mostra o recurso ao contrato, em todos os níveis da sociedade.”⁸⁹

No nosso direito positivo, essa interferência tem papel destacado, notadamente nas legislações trabalhista, inquilinária, e, por exemplo, entre dezenas de outros, nos decretos-leis 22.626, de 7.4.1.973, 4.598, de 29.8.42, 9.669, de 29.8.46, 7.466, de 16.4.45, 6.739, de 26.7.1.944 e leis 62, de 5.6.35, 209, de 2.1.48. No que aproveita às relações de consumo, essa interferência pode ser vista, entre outras, nos artigos 4º, II, letras a, d, 6º, X, 10º § 3, 22, 44, 51 § 4, 55, 61 *usque* 80, 82, I, II, III, 92, 105, 106, do Código de Defesa do Consumidor.

Mas isso não significa que, apesar dessa interferência, o *consensus* e a vontade das partes - notadamente dos consumidores e fornecedores de produtos ou serviços - não tenham voz ativa nas relações contratuais.

É óbvio que o indivíduo foi deixado livre para contratar, pois o Estado, em nenhum momento, assumiu o monopólio total do controle da liberdade contratual das pessoas. Ainda não se chegou à fase de se poder dizer que aos contratantes o Estado cortou a língua. Nunca foi essa a intenção do dirigismo contratual. O que se instalou foi o monitoramento da vontade e do consentimento das partes, tanto na elaboração quanto na execução dos contratos, a fim de se evitar que ele possa transformar-se num veículo de iniquidades. É para isso que o dirigismo contratual serve.

Anelise Becker ressalta que:

“Descartada foi a idéia de autonomia da vontade como exercício de um poder soberano, paralelo à lei, o que não impede seja reconhecida pelo Estado uma certa força originária dos indivíduos para fixar, eles próprios, as regras que regerão suas relações particulares em uma determinada operação jurídica”... “Conserva a ordem jurídica, portanto, a possibilidade de valorar os escopos perseguidos pelos particulares, pois, longe de consagrar a faculdade de “querer” no vácuo, tal como pretende a teoria clássica da autonomia da vontade, apenas a garante e protege na medida em que se destine a servir ao assentamento de interesses dignos de tutela nas relações que lhes dizem respeito.”⁹⁰

⁸⁹ Junqueira, Miriam. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: MAUAD, Consultoria e Planejamento Editorial Ltda., 1.997, p. 14 e 15

⁹⁰ BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, p. 51.

Mas, a despeito de todas essas vicissitudes, a vontade e o consentimento ainda não receberam seu atestado de óbito e, portanto, não se pode afirmar que tenham sido banidos dos relacionamentos contratuais.

É claro que ainda persistem e continuam sendo indispensáveis nos contratos privados. Na compra e venda privada de um imóvel, sem conotação de consumo, por exemplo, a manifestação de vontade e de consentimento com todos os seus requisitos é de rigor. Sem isso o negócio não se consolida.

O que a comunidade jurídica parece não tolerar mais é aquela vontade onipotente, desequilibradora dos interesses das partes, na fase de execução contratual e, portanto, geradora de iniquidades. E mais: em consequência disso, o que também se revelou acertado e conveniente é a interferência do Estado nos contratos injustos, a fim de se desconstituir a existência de vontades hegemônicas e prejudiciais às outras.

Rogério Ferraz Donnini, em obra reveladora de seu grande talento, explica muito bem esse ângulo da questão:

“Independentemente da análise da evolução do contrato, pode-se afirmar que o modelo liberal, que continua a existir na relação entre particulares, não mais atende às aspirações da sociedade atual, visto que não se pode mais admitir que uma relação contratual iníqua, celebrada com ausência de boa fé e com prestações desproporcionais suportadas por uma das partes, seja considerada válida, sob o argumento de que existe a autonomia privada e as partes são livres para contratar. Aliás, há muito tempo que esse modelo liberal de contrato causa perplexidade àqueles que buscam a justiça, pois situações absolutamente desiguais e desproporcionais, que causavam prejuízos a um dos contratantes, eram consideradas legais, embora evidentemente imorais. De fato, esse modelo liberal de contrato “é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às mudanças sociais. O conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é

só dele mas de todo o direito”. Chegou-se até mesmo a declarar a morte do contrato. Mas o que se vê é a sua transformação e constante evolução.”⁹¹

Na verdade, o que se pretende é que o intervencionismo estatal salve o contrato, em vez deixá-lo sujeito aos vendavais sociais ou à cupidez dos mais desavisados. Urge que a vontade e o consentimento das partes sejam protegidos, ainda que à custa do sacrifício de algum ou de alguns preceitos jurídicos tradicionais e de prerrogativas individuais. Assim sendo, o contrato ainda está viçoso e longe de ser considerado uma natureza morta.

A conclusão a que se pode chegar é que, atualmente, a manifestação volitiva pode, ou não, ser vista na formação dos contratos. Ela não tem mais força para deixá-lo infenso a intervenções externas (O Estado, por exemplo). Ela pode e deve, a qualquer tempo, ser revista, se se constatar que infringiu os princípios que protegem os interesses externos que circundam o contrato, sua função social e, inclusive, o interesse das próprias partes quando da execução da avença.

⁹¹ DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.999, p. 5.

11. O VÍCIO OU DEFEITO DO CONSENTIMENTO E DA VONTADE

11.1. Conceito de Vício

Caldas Aulete, em seu dicionário, conceituando vício, diz:

“VÍCIO, s. m. deformidade, imperfeição, defeito físico ou moral etc.”⁹²

11.2. Conceito e Definição de Vício do Consentimento e da Vontade na Compra e Venda Consumerista

A viciosidade do consentimento e da vontade numa compra e venda consumerista consistiria no fato de ambos terem sido externados com defeitos e imperfeições capazes de torná-los inaproveitáveis para o desenvolvimento sadio desse tipo de relação negocial.

Um consentimento e uma vontade, obtidos dolosamente, ou sob coação, ou de emitentes que incorreram em erro não têm como criar, modificar ou extinguir direitos. Daí dizer-se que são viciados.

Ricardo D. Rabinovich-Berkman a esse respeito ensina que:

“Cuando el acto jurídico presenta una anomalia em alguno de los elementos esenciales que lo conforman – sujeto, objeto, forma o causa -, su validez se verá afectada y el mismo no habrá de cumplir con los efectos que las partes han pretendido obtener de él, y que la ley, em condiciones normales, le hubiera adjudicado. Esas anomalias se denominan “vicios”, y pueden afectar tanto al acto em sua propios elementos, internos (objeto, causa, forma) o externos (partes) como em lo atinente a la voluntad de estas últimas, que puede hallarse atacada em cualquiera de sus componentes, el extremo de que el ordenamiento deba negarle respeto”.⁹³

⁹² AULETE, Caldas, Op. cit., verbete vício.

⁹³ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Derecho civil – parte general. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2.000, p. 263. Em tradução livre: “Quando o ato jurídico apresenta uma anomalia em algum dos elementos essenciais que o compõem – sujeito, objeto, forma ou causa -, sua validade ver-se-á afetada e ele mesmo não comprirá os efeitos que as partes dele pretenderam obter, e que a lei, em condições normais, lhe adjudicara. Essas anomalias denominam-se “vícios”, e podem afetar tanto o ato em seus próprios elementos, internos (objeto, causa, forma)

Por outro lado, para se poder falar em vício do consentimento ou da vontade numa compra e venda consumerista é imperiosa a presença de certos requisitos e de figurantes insubstituíveis.

O principal requisito é a existência de uma relação de consumo. Já os figurantes insubstituíveis são, de um lado, o consumidor e, do outro, o fornecedor, produtor ou prestador de serviços, o comerciante, etc.

João Batista de Almeida, discorrendo sobre relações de consumo, diz:

“As relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor – que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço -, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo.”⁹⁴

Mas a relação de consumo não se caracteriza apenas pelo fato de alinhar, de um lado, um consumidor e, do outro, fornecedores de produtos ou de serviços. Isso pode ser insuficiente à exatidão do conceito que se pretende estabelecer.

Assim sendo, para que se possa ter certeza da efetividade da existência de uma relação de consumo há de se indagar qual é a sua finalidade.

O requisito teleológico é que dirá se uma relação é, ou não, de consumo.

Cláudio Belmonte enfrentou o tema com grande clarividência. Assim:

“Os elementos integrantes de uma relação de consumo são os sujeitos (o fornecedor e o consumidor), o objeto (os produtos e os serviços) e o elemento teleológico”...“O ponto nevrálgico da caracterização de um consumidor, via de consequência, de uma relação de consumo, consiste em seu elemento

ou externos (partes), como no que se refere à vontade desses últimos, que pode ver-se atacada em qualquer de seus componentes, o extremo de que o ordenamento deva negar-lhe respeito”.

⁹⁴ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p. 1.

teleológico. É, precisamente, a caracterização como destinatário final, ou seja, aquele sujeito que adquire bens e serviços sem qualquer fim lucrativo, apenas para consumo seu ou de seus familiares, que determinará se o ato em foco consiste numa relação de comércio entre profissionais ou num ato de consumo. Sendo esse caso, pertinentes as respectivas normas protetivas dos consumidores.”⁹⁵

Como se vê, o simples fato de se ter, numa das pontas do negócio, a figura do consumidor e, na outra, a dos fornecedores, produtores ou prestadores de serviço etc., por si só, não tipifica, com segurança, uma relação de consumo. Diante disso, o intérprete há de perquirir sobre o aspecto teleológico do negócio.

Assim, se nele estiver incrustada a pessoa de um consumidor, como destinatário final dos efeitos da avença, poder-se-á dizer que se está diante de uma relação de consumo. É o fato específico de o consumidor ser o destinatário final da relação negocial que, finalmente, identifica esse tipo de relacionamento.

Como se vê, é também – e principalmente - no aspecto teleológico que, num contexto de dúvida sobre a existência, ou não, de uma relação de consumo, se há de encontrar a resposta adequada.

Não seria demasiado acrescentar que o vício do consentimento ou da vontade não é um fato em si mesmo. Assim sendo, não tem por onde ser considerado um ser autônomo e, portanto, capaz de gravitar com vida própria no universo jurídico.

Na verdade, em sede de direito consumerista ou em qualquer outra do direito, o vício do consentimento ou da vontade é mera consequência e, jamais, uma causa em si mesma.

Diante disso, o vício, para existir, necessita de um fator ou causa de desencadeamento. E mais: é necessário que esse fator ou causa seja nefasto à plenitude da juridicidade do ato consumerista.

⁹⁵ BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002, p. 100-101.

Mas isso tudo ainda é insuficiente à quebra da higidez do ato jurídico numa relação de consumo. É necessário também que esse elemento deletério, inserido no contexto do ato, prejudique, no todo ou em parte, a vontade ou o consentimento do consumidor. Só então é que se poderia começar a falar em vício do consentimento e da vontade consumeristas.

Finalmente, retornando ao tema analisado acima, cumpre anotar que os vícios da vontade e do consentimento das relações de consumo não se restringem aos descritos no figurino do Código Civil (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão, segundo o disposto nos artigos 138 *usque* 157 do Código Civil). Se fosse assim, estar-se-ia criando uma barreira de restrições à efetividade da proteção do consumidor, nos moldes determinados pela Constituição Federal.

Nas relações de consumo, portanto, não se pode afirmar que os vícios do consentimento ou da vontade do consumidor encerrem-se num *numerus clausus*.

Assim, a ocorrência do vício pode dar-se, não apenas quando a vontade e o consentimento do consumidor sofrerem prejuízo, resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, mas também quando eles forem atacados por outra causa deletéria qualquer.

Talvez em decorrência desse fato - que não restringe a ocorrência dos vícios apenas aos enumerados no Código Civil -, a expressão vícios do consentimento não seja muito adequada. Mas, seja como for, ela ainda conserva sua tradição e foi por essa razão que a adotamos.

Posta a questão nesses termos, talvez fosse conveniente, agora, uma tentativa de definição de vício do consentimento e da vontade numa compra e venda consumerista.

Vício é a conseqüência de um ato nefasto, capaz de prejudicar e desestabilizar a plenitude da validade jurídica e das expectativas do consentimento ou da vontade do consumidor numa compra e venda consumerista.

11.3. Alguns Efeitos dos Vícios do Consentimento e da Vontade na Compra e Venda

Numa compra e venda, o vício, pelo fato de voltar-se contra o consentimento e a vontade do consumidor, prejudicando-os, macula o contrato, tornando-o anulável, se se tratar de venda privada (Código Civil, arts. 138, 145 e 151) ou nulo, se ocorrer em negócio de consumo (art.51 do Código de Defesa do Consumidor).

O professor Sílvio Rodrigues, reportando-se a negócio privado, em sua obra clássica sobre vícios do consentimento, queixou-se contra o fato de o legislador civilista ter inquinado o vício do consentimento apenas de anulabilidade. Ele entende que:

“A existência de vício do consentimento torna simplesmente anulável o ato assim defeituoso. Todavia essa posição suscita alguns problemas. O primeiro diz respeito às conseqüências lógicas. Armado o silogismo, tal como fizemos acima, desde o momento em que a vontade inexistisse em virtude de um defeito dentre aqueles capitulados na lei, a conseqüência deveria ser a de considerar-se o ato nulo, para não dizer inexistente”...“Ora, faltante o elemento medular do ato jurídico, ou seja, a vontade, ele devia – se se levasse a extremos lógicos a posição inicial – ser considerado nulo, insuscetível de convalhecimento, irratificável, imprescritível. Não obstante, o legislador, atento à conveniência e a razões de ordem prática, enfileirou-o entre os simplesmente anuláveis”.⁹⁶

Pontes de Miranda, estudando as conseqüências do erro como um dos vícios do consentimento e da vontade, entendeu que:

“Quanto ao erro, o consentimento, que pré-elidiria a contrariedade a direito, o pré-exclui: o consentimento fundado em erro não é, no mundo fático, consentimento, mas simples aparência; de anulabilidade somente se poderia cogitar se o suporte fático, embora deficiente, houvesse entrado no mundo jurídico, e isso não se deu. O mesmo raciocínio há de ser feito quanto aos outros vícios de vontade”.⁹⁷

⁹⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*, p. 10-11.

⁹⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado - tomo II*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1.970, p. 349.

Mas o legislador consumerista parece ter se convencido da razão dos argumentos do ilustre civilista, Sílvio Rodrigues.

Por outro lado, o prejuízo ao qual nos referimos não deverá ser apenas aquele capaz de afetar, economicamente, o patrimônio do consumidor.

Na verdade, basta que a dignidade do consumidor – no que aproveita à sua vontade ou ao seu consentimento - seja atingida pela outra parte, para que, na relação contratual, se instale um vício capaz de macular a sanidade jurídica do ato consumerista de compra e venda.

E não poderia ser de outra forma, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana - considerado um dos fundamentos da República - é assegurado pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Fernando Ferreira dos Santos, a esse respeito, dissertou:

“Neste sentido, ou seja que a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa”...“Reconhece, no entanto, Robert Axley que existe um amplo grupo de precedência sobre as quais o princípio da dignidade da pessoa humana, com alto grau de certeza, precede a todos os demais princípios.”⁹⁸

Tem-se, assim, que, em sede de relação de consumo, o vício não se descaracteriza pelo fato de o dano sofrido pelo consumidor ter sido modesto, do ponto-de-vista financeiro, ou se ele é rico ou pobre. O que conta é que sua dignidade foi vulnerada e que esse fato, por si só, invoca a proteção do consumidor assegurada pela Carta constitucional.

Heloísa Carpena entende que não são apenas os vícios do consentimento e da vontade que interferem na sanidade dos contratos consumeristas. Ela foi além.

Assim:

“Consideram-se causas que atingem o contrato não apenas os vícios da vontade, mas também outras circunstâncias que acabam por frustrar as expectativas que os contratantes depositam no pacto.”⁹⁹

Na verdade, se se refletir bem, as causas dos vícios num relacionamento de consumo não têm por onde restringir-se apenas àquelas enumeradas no Código Civil. É óbvio que, se é que se deseja cumprir, à risca, o mandamento constitucional de proteção do consumidor, qualquer outra causa que signifique uma ofensa à sua dignidade é mais do que suficiente para desencadear em seu favor a tutela constitucional, uma vez que isso afeta sua vontade e seu consentimento.

Como se pode inferir, o vício do consentimento ou da vontade, numa compra e venda consumerista, ao contrário do que ocorre naquelas situações regidas pelo Código Civil, não é tema que deva ser considerado um *numerus clausus*.

Na verdade, tudo aquilo que violar os direitos e garantias individuais do consumidor vicia o ato do qual ele participou, inutilizando-o.

O fato de o Código de Defesa do Consumidor não ter dedicado um capítulo específico aos vícios do consentimento – ou, se se preferir, aos defeitos dos atos consumeristas - ensejou a possibilidade de se admitir como vício ou defeito de ato tudo aquilo que, de alguma forma, prejudique a vontade ou o consentimento do consumidor numa relação negocial típica de consumo.

Em suma, em sede de direito consumerista, os vícios do consentimento e da vontade não são enquadráveis numa moldura.

Como se vê, tem razão Heloísa Carpena, quando considera vício tudo aquilo que, de alguma forma, frustrar as expectativas de êxito que as partes depositaram num contrato de consumo.

⁹⁸ SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1.999, p. 94 - 96

⁹⁹ CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001, p. 32.

Não pode deixar de chamar a atenção o fato de que, se o legislador do Código de Defesa do Consumidor tivesse pretendido engessar os referidos vícios num capítulo específico, tê-lo-ia feito, à semelhança do legislador civilista. Mas não o fez e, assim, como já se disse, deu margem a que se possa considerar vício da vontade ou do consentimento tudo aquilo que, sob esse aspecto (vontade ou consentimento), prejudique o consumidor numa situação concreta.

Diante disso, o não enquadramento dos vícios da vontade e do consentimento consumerista num compartimento estanque do Código de Defesa do Consumidor tem tudo para ser aceito.

É que, se isso tivesse ocorrido, muitas causas de vício poderiam escapar da respectiva sanção. Esse fato deixaria os consumidores sem aquele tipo de garantia especial, que a Constituição Federal recomenda e determina em prol da defesa de seus direitos.

Nada mais adequado, a essa altura, do que se relembrar a clássica lição de Clóvis Bevilácqua:

“Se o ato jurídico é a cristalização de um determinado movimento da vontade, é preciso que esta, efetivamente, exista e funcione normalmente, para que se forme a substância do ato. Portanto, se o agente não se acha na posse de sua razão, por embriaguez completa, por alienação mental, ou por deficiência de idade, o ato não pode subsistir juridicamente. A vontade poderá existir, porém viciada por erro, dolo ou coação, e esse vício transmite-se ao ato, do qual a vontade é a essência. Por outro lado, a vontade seria inoperante na vida jurídica, se o direito não lhe assegurasse os efeitos; portanto, ainda que a operação voluntária se tenha desenvolvido em sua normalidade psíquica, será, juridicamente, viciada, se, desviando-se da boa fé e honestidade que a devem regular nas relações da vida, tiver por alvo prejudicar o direito de alguém, ou fugir às prescrições da lei. Por isso aqui incluem também, na classe dos vícios da vontade, a simulação e a fraude contra os credores. Os primeiros vícios aderem à vontade, penetram-na, aparecem sob a forma de motivos, forçam a deliberação e estabelecem divergências entre a vontade manifestada e a vontade real, ou não permitem que esta se forme. Os segundos não são vícios puramente psíquicos, tendo conseqüências jurídicas; não estabelecem desarmonia entre o que se passa no recesso da alma e o que se exterioriza em palavras ou fatos; são

vícios sociais, que contaminam a vontade e a tornam, juridicamente, inoperante.”¹⁰⁰.

11.4. As Práticas e as Cláusulas Abusivas como Fonte de Vícios da Vontade e do Consentimento do Consumidor - os artigos 39 e 51 do CDC

11.4.1. As práticas e as cláusulas abusivas como fonte de vícios da vontade e do consentimento do consumidor

Nas relações de consumo, espera-se que o fornecedor de produtos ou serviços aja com boa fé e lealdade em relação ao consumidor. Essa é a única forma de se manter a sanidade dos negócios avençados por eles.

Sem boa fé e lealdade, o negócio jurídico contamina-se por um defeito capaz de inutilizá-lo, no todo ou em parte; assim sendo, toda vez que o fornecedor de produtos ou serviços agir com deslealdade ou de má-fé contra o consumidor, estará, automaticamente, incorrendo numa prática contratual abusiva.

As práticas abusivas não permanecem na órbita exclusiva do comportamento do fornecedor de produtos ou serviços, isto é, não ficam a circunscrevê-lo, pois, se fosse assim, elas seriam irrelevantes à tutela do consumidor, uma vez que ele não teria do que se queixar. Na verdade, elas podem transcender a pessoa do fornecedor de produtos ou serviços e acabar interferindo na esfera dos direitos e interesses do consumidor, prejudicando-os. Nesse caso, legitima-se o exercício de sua defesa.

O fato é que, às vezes, quando da ocorrência de uma prática comportamental abusiva, ela pode terminar descambando numa afronta contra a vontade ou o consentimento do consumidor, de molde macular a hignidade de um relacionamento consumerista.

A prática abusiva – é oportuno que se registre – não é um vício em si mesmo; entretanto, se ela afrontar a vontade ou o consentimento do consumidor estará fornecendo os ingredientes certos para a constituição de um vício no negócio celebrado entre ele e o fornecedor de produtos ou serviços.

¹⁰⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, p. 200-202.

É isso o que se verá, quando da análise do texto do art. 39 do CDC.

Por outro lado, a inserção de uma cláusula abusiva num contexto contratual gera, automaticamente, uma situação de desequilíbrio entre as partes. Essa desigualdade de forças, por sua vez, faz com que os interesses de uma das partes, necessariamente, sobrepujem os da outra.

Assim sendo, manutenção da existência de uma cláusula abusiva num relacionamento contratual consumerista é, sem dúvida, um relevante fator de desassossego, tanto para a vontade como para o consentimento do consumidor. É que ele, à semelhança de qualquer outro tipo de contratante, tem o direito de relacionar-se normalmente com a outra parte.

É o que se verá, quando do estudo do artigo 51 do CDC.

11.4.2. O artigo 39 do CDC

O artigo 39 do CDC, se bem que de forma não expressa, também diz respeito à proteção da vontade e do consentimento do consumidor contra as práticas abusivas do comportamento do fornecedor de produtos ou serviços.

O respectivo inciso IV veda que ele se prevaleça da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, estado de saúde, conhecimento ou condição social, a fim de impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Diante disso, o comportamento que favorecer o fornecedor ou produtor, comerciante, etc., em decorrência da fraqueza do consumidor, considera-se abusivo e, como tal, passível de sanção, porque, entre outras coisas, é um fator capaz de gerar vícios prejudiciais ao consentimento e à vontade deste último.

A alegação de que o consumidor, no relacionamento de consumo, é parte fraca decorre, em primeiro lugar, do disposto no artigo 5º da Constituição Federal e, depois, do artigo 4º, I, do CDC. É a aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, alinhado ao da isonomia.

Com efeito, considerando-se que o indivíduo, numa sociedade de massa, pode tornar-se presa de circunstâncias ou práticas comerciais inelutáveis, capazes de afetar-lhe a vontade e o consentimento, justifica-se o estabelecimento em seu favor de uma aura de fragilidade. Assim sendo, num litígio consumerista, ele não precisa provar que é a parte fraca, pois já o é por antecipação legal.

Arruda Alvim e outros, explicando as razões desse privilégio, ensinam:

“O princípio da vulnerabilidade do consumidor atua como elemento informador da Política Nacional das Relações de Consumo, e pode ser apontado como basilar e conseqüente de todos os outros princípios informadores do sistema consubstanciado nesse Código. Isso porque é justamente a incontestável vulnerabilidade do consumidor que enseja, nas “sociedades de consumo” um movimento de política jurídica colimando correção jurídica que minimize a disparidade evidenciada no grosso das relações de consumo. A vulnerabilidade do consumidor é incindível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, não admitindo prova em contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física.”¹⁰¹

Verifica-se, assim, que para o consumidor o *status* de fragilidade é mera questão de princípio constitucional e não de uma presunção *jure et de jure* ou *juris tantum*.

Como se sabe, o direito não é uma construção edificada exclusivamente sobre normas legais. Isso seria muito pouco, uma vez que, se assim fosse, faltar-lhe-iam, por exemplo, diretrizes, rumos, coordenação e possibilidade de acomodações. Diante disso, fatores relevantes que circundam a existência humana hão de ser tomados em consideração pelo ordenamento jurídico. E a fragilidade evidente do consumidor é um deles.

Ignorância significa desconhecimento, insciência. O consumidor ignorante é aquela pessoa que, por alguma razão, não está capacitada a entender regras elementares do mercado

¹⁰¹ ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM, Eduardo Arruda, MARINS, James. *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.995, p. 44-45.

de massa. Em síntese, seria aquele tipo de indivíduo apto a comprar *gato por lebre*, isto é, a ser enganado com facilidade.

Ora, nada mais fácil para os interesses do mercado, em geral, e dos fornecedores, produtores ou prestadores de serviços, em particular, do que obter vantagem de um consumidor vítima dessa lastimável situação.

A vontade e o consentimento dos ignorantes são facilmente influenciáveis pelas armadilhas do mercado de consumo. É óbvio, portanto, que o legislador não poderia tê-los deixado a esmo de uma proteção legal mais efetiva.

Ora, se a vontade e o consentimento desses consumidores são manipuláveis, facilmente, sua fraqueza consistiria no fato de terceiros poderem fazê-los voltar-se contra seus próprios interesses.

Essa facilidade de manipulação da vontade e do consentimento é que dá margem à formação de vícios do consentimento e da vontade nos negócios celebrados por esse tipo de consumidor.

Ao ignorante equiparo o *idiot savant*, isto é, aquele indivíduo que, sabendo algo ou mesmo muito de muita coisa, acha que já sabe tudo.

É aquele que, em sendo agricultor, ensina o médico a operar ou, em sendo médico, ensina o agricultor a plantar.

A esses falhos de autocrítica a vontade e o consentimento também ficam expostos aos caprichos do mercado de consumo.

É evidente que, num ambiente de mercado de massa, a regra geral, ditada pela clarividência de um homem médio, é a de que o idoso tem menos condições de defender sua vontade ou consentimento do que os mais moços.

Não se pode estabelecer como pressuposto, por exemplo, que, mesmo na sociedade pós-moderna, já se possa considerar normal o idoso ser tão habilitado ao domínio dos

recursos eletrônicos quanto um jovem. É notória a aversão dos velhos pelo *manuseio de botões* (a exceção apenas confirma a regra).

Por outro lado, o mercado de consumo não pode impor-lhes a obrigação de ter de adaptar-se aos novos tempos, às novas técnicas e às novas formas de negociação. Na verdade, a cronologia dos idosos é muito curta para tamanha empreitada.

Ademais, a regra da normalidade existencial ensina que há um tempo para tudo. E o dos velhos não tem como retroceder, a fim de que eles possam alcançar a fase de aprendizado dos jovens.

A tudo isso se acrescenta o fator da decrepitude intelectual, que é uma realidade inexorável a quase todo o ser humano e que embota a vontade e o consentimento da pessoa.

Tem-se, assim, que o idoso também é fraco em decorrência de seu destino biológico.

E o legislador teve razão em protegê-lo, uma vez que, efetivamente, nesse estágio da vida, o consumidor não tem meios de lutar contra as condições que o mercado de massa impõe a sua vontade e ao seu consentimento. Daí esse favorecimento especialíssimo ter sido erigido ao *status* de princípio constitucional. Foi mera questão de bom senso, ou, quiçá, de estatística.

Diante disso, a circunstância de a fragilidade do consumidor assentar-se numa situação de fato e, portanto, depender de prova, é totalmente irrelevante, uma vez que, com ou sem ela, ele é considerado frágil perante o oponente contratual, em decorrência de um princípio constitucional.

Assim sendo, a idéia de que os comportamentos abusivos devem ser afastados da vontade e do consentimento do consumidor, em decorrência de um princípio constitucional, como a forma mais acertada de se protegê-los, parece-nos ser perfeitamente adequada.

O jurista, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, voltando sua atenção sobre o tema, deu-lhe a seguinte inteligência:

“Mas os princípios constitucionais são mais que isso. São verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se romper. Não é por outro motivo que Celso Antônio Bandeira de Mello observa: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade”...“Na realidade o princípio funciona como um vetor para o intérprete. E o jurista, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que este possa ser, deve, preliminarmente, alçar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção eles apontam. Nenhuma interpretação será havida por jurídica se atritar com um princípio constitucional”...“Embora os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, aqueles têm maior pujança axiológica do que estas. São, pois, normas qualificadas, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientando e condicionando a aplicação de todas as demais normas”...“Assim, a partir dessas considerações, percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas.”¹⁰²

Muitos dizem que os velhos de hoje não são como os de antigamente, querendo com isso realçar que os atuais são mais longevos, saudáveis e de hábitos mais jovens, em decorrência dos avanços da ciência ou de mudança de comportamento. Tudo isso é verdade.

Não menos verdadeiro, entretanto, é que esse fato ainda não é a regra geral daquilo que normalmente acontece. Talvez num futuro não muito remoto, sim, mas, por enquanto, a proteção especial à vontade e ao consentimento do consumidor idoso ainda é necessária como regra geral.

Marco Túlio Cícero, vivo fosse, decerto se insurgiria contra o que se acaba de afirmar; mas, na verdade, ele foi apenas um belo exemplar de exceção de lucidez de pensamento ao longo da história.

¹⁰² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor – Direito Material arts. 1º*

Disse ele:

“A velhice seria sem forças? Mas ninguém exige dela ser forte! As leis e os costumes são feitos de modo a dispensarem nossa idade dos encargos que exigem um mínimo de vigor. Assim jamais nos exigem ir além de nossas forças, permitem-nos mesmo permanecer aquém. Objetar-me-ão que muitos velhos são fracos que não podem mais sequer assumir qualquer dos encargos ligados a uma função ou simplesmente à vida. Mas esse defeito não é próprio da velhice; é uma questão de saúde. Como era fraco teu pai adotivo, o filho de Cipião, o Africano! Que saúde precária ou mesmo nula! Apesar disso, ele foi a segunda chama da cidade, ele cuja sólida cultura se somava à grandeza da alma de seu pai. Por que espantar-se de que certos velhos sejam fracos quando os próprios adolescentes nem sempre escapam a essa fatalidade? Compreendi bem isso, Lélío e Cipião: é preciso resistir à velhice e combater seus inconvenientes à força de cuidados; é preciso lutar contra ela como se luta contra a doença; conservar a saúde, praticar exercícios apropriados, comer e beber para recompor as forças sem arruiná-las. Mas não basta estar atento ao corpo; é preciso ainda mais ocupar-se do espírito e da alma. Ambos, com efeito, se arriscam ser extintos pela velhice como a chama de uma lâmpada privada de óleo. E se o corpo se afadiga sob o peso dos exercícios, o espírito se alivia exercitando-se. Quando Cecílio fala dos “velhos tolos de comédia”, ele pensa naqueles caquéticos, molengões, sem memória, defeito que não se deve imputar à velhice propriamente dita mas a uma velhice preguiçosa, indolente e embotada.”¹⁰³

Mas, seja como for, parece-nos ser mais fácil, como regra geral ou daquilo que mais comumente acontece, instalar-se um vício de consentimento ou de vontade num relacionamento do qual participe um velho do que naqueles celebrados entre pessoas que ainda não tiveram o dissabor de sentir a própria decrepitude.

Nada impede uma criança de participar dos negócios de massa. Basta que se observe sua maneira de trajar e os objetos que transporta para que se chegue à conclusão de que a presença dos infantes nas relações de compra e venda consumerista é uma realidade palpável.

a 54. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p. 2,3,4.

¹⁰³ CÍCERO, Marco Túlio. *Saber envelhecer*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2.005, p. 30-31.

A vontade e o consentimento da criança da sociedade pós-moderna, a partir de certo grau de amadurecimento, são inseridos no mercado de consumo de maneira quase que inelutável para os pais ou responsáveis.

Na porta das escolas, por exemplo, os consumidores mirins são facilmente identificáveis pelos objetos que transportam. Um deles, por exemplo, é a mala de material escolar que carregam nas costas - a dos meninos é decorada com gravuras dos super-heróis.

O mercado de DVD's também é outro pólo de atração da massa de consumidores pirralhos. Rara é a criança citadina que não se deleita com os desenhos animados e programas de televisão especialmente dedicados à sua faixa etária.

Pois bem, esse tipo de consumidor também não está a salvo de ter sua vontade e seu consentimento capturados pela publicidade do mercado de massa. Assim, contaminadas pela febre do consumo, as crianças terminam sendo induzidas a gostar de determinadas mercadorias e, conseqüentemente, sentem necessidade de tê-las, embora, às vezes, elas não sejam adequadas à sua faixa etária.

Essa fragilidade de vontade e de consentimento - que não tem como escapar da atenção dos condutores do mercado de consumo - dá margem a que, num relacionamento de consumo, se instale algum tipo de vício capaz de minar-lhe a juridicidade.

Dessa forma, os artigos ou produtos de consumo são impingidos aos infantes por meio de uma gama enorme de artifícios publicitários. Nem sempre, o consumidor, nessa fase etária, sabe bem o que quer, mas sua imaginação, vontade e consentimento terminam sendo cooptados pela mídia do mercado de consumo para o ato da compra.

Assim sendo, a instalação de um vício, decorrente de publicidade, numa relação consumerista da qual participe uma criança, não seria nenhuma surpresa, uma vez que os donos do mercado de massa sabem muito bem como aguçar-lhe a imaginação, a fim de captar e domar sua vontade e consentimento.

Arthur J. Jersild, em notável estudo sobre a psicologia da criança, considerado um clássico, disse:

“Através do faz-de-conta, dos devaneios e de outras atividades da imaginação, é a criança capaz de ampliar enormemente a extensão do seu mundo. Na sua imaginação, salta ela as fronteiras do tempo e do espaço e consome façanhas que passam dos limites da sua força real”.¹⁰⁴

O legislador, por meio do artigo 37 § 2º do CDC, cuidou de proteger a criança contra suas próprias e naturais deficiências de julgamento e de experiência – fato que as torna indefesas contra os abusos da mídia publicitária.

O adolescente, por sua vez, caracteriza-se, entre outras coisas, pelo fato de querer, quase sempre, identificar-se com seus ídolos ou, até mesmo, ser outra pessoa. Ao contrário da criança, já tem conceitos bem formados, mas ainda não tem muita certeza a respeito deles. É uma fase da vida que se caracteriza pela inquietude e pela dúvida. É a era do exagero, das paixões, mas também é aquela em que a vontade e o consentimento das pessoas ficam bastante expostos, ou melhor, abrem mais a guarda de sua defesa contra as influências externas - os ataques do mercado de consumo, por exemplo.

E, novamente, os donos do mercado de massa entram em ação, visando o consumidor jovem e criando para ele uma série infundável de expectativas e de desejos – moda, música, esportes, leituras etc.

Maurice Debesse, observando esse fenômeno, disse:

“Os adolescentes maiores são capazes de apaixonar-se pelos valores culturais, sejam políticos, estéticos, morais ou religiosos; cada um desses valores é fonte de emoção diversa e corresponde a uma vivência.”¹⁰⁵

A *religião da música* conquistou entre os jovens, graças à manipulação do mercado, uma gama enorme de consumidores fanáticos. Em decorrência disso, sua vontade e consentimento, por exemplo, foram dirigidos para a aquisição de toda a sorte de bens, vinculados, direta ou indiretamente, àquilo que poderia ser definido como sendo um bem sonoro de consumo artístico.

¹⁰⁴ JERSILD, Arthur T.. *Psicologia da criança*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1.967, p.358.

¹⁰⁵ DEBESSE, Maurice. *As fases da educação*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1.967, p. 99.

Mas para o mercado de consumo o que importa é vender aos adolescentes aquilo que lhes foi impingido a sentir como sendo objeto de desejo.

E esse sentimento é fácil de ser-lhes induzido pelos controladores do mercado de massa por meio da publicidade.

Samuel Pfrom Netto, discorrendo sobre as características dos adolescentes, observou o seguinte:

“Embora menos extremados do que Stanley Hall, alguns autores contemporâneos ainda se valem de expressões como “idade de crises”, “fase inquieta e transtornada”, “idade ingrata” etc. para caracterizar de modo geral a adolescência na sociedade civilizada de nossos dias. Para Debesse (1.958, 1.960), por exemplo, a adolescência é idade de crise – palavra com a qual designa a mudança decisiva no curso de uma evolução e que implica também em um estado de profunda perturbação ou de conflitos agudos, assim como um acontecer repentino das mudanças constatadas, mas que não supõe obrigatoriamente uma ruptura ou descontinuidade absoluta com o que as precede ou as segue. Tal crise manifestar-se-ia em todos os domínios da vida do jovem: orgânico, social, cultural, espiritual.”¹⁰⁶

Como se pode ver, a criança e o adolescente são facilmente atraídos pelas malhas do mercado de consumo, graças aos meios fartos de captação e deturpação de sua vontade e consentimento. Tem-se, assim, que, a partir desse dado, não é difícil a inserção, num contexto de negócio com esse tipo de consumidor, de um elemento disseminador de alguma espécie de vício contra sua vontade e consentimento.

O artigo 3º, IV da Constituição Federal considera objetivo fundamental da República “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Logo após sua leitura, surge a dúvida sobre se a proteção do consumidor, tendo em vista sua idade, afrontaria, ou não, o texto constitucional.

¹⁰⁶ PFROMM NETTO, Samuel. *Psicologia da adolescência*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora - Editora da Universidade de São Paulo. 1.968, p.5.

Entendo que não.

Perlingieri, contudo, parece pensar diferentemente.

Assim:

“Deve-se desconfiar da construção de uma categoria do idoso e de uma normativa exclusiva para o idoso *tout court*; uma e outra poderiam constituir fontes de nova marginalização. Entre os homens, a Constituição não permite distinções com base na idade, nem em termos positivos ou negativos; isto tem conseqüência no plano da legitimidade constitucional e da interpretação. As diversas previsões normativas, que se inspiram na idade avançada, devem ter sempre uma justificação em termos de razoabilidade, de maneira a assumir relevância, nos diversos setores do ordenamento, como intervenções voltadas a remover eventuais obstáculos de fato ao efetivo desenvolvimento do idoso. Hoje, todavia, uma pessoa torna-se idoso não com base em subjetivas características psicofísicas, mas por efeito de objetivas determinações sócio-produtivas. O idoso acaba por ser uma categoria, um produto do sistema econômico, o qual decide quando se é idoso”...“Uma releitura constitucional seja dos limites à capacidade estabelecidos em forma rígida, seja daqueles que impedem atos e atividades, ou daqueles interruptivos, constitui uma tarefa a ser cumprida”...“As leis que individualizam na idade (e somente nesta) um apriorístico fator discriminante são suspeitas de inconstitucionalidade.”¹⁰⁷

Mas a proteção especial, assegurada pelo CDC ao consumidor, levando em consideração sua idade, não deve ser entendida como afrontadora do texto constitucional, uma vez que não se constitui num fator de discriminação.

Em primeiro lugar, registre-se que essa proteção não leva em conta, exclusivamente, a idade do consumidor, isto é, se avançada, ou não, do ponto-de-vista cronológico.

Segundo nos parece, o que o legislador teria tido em mente seria a proteção daquele consumidor frágil, inclusive, entre outras coisas, por causa da idade.

¹⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1.999, p.168-169.

Assim sendo, a proteção especial do consumidor, referida no art.39, IV, do CDC, não se baseou apenas na idade do consumidor.

Se isso não bastasse para o afastamento da inconstitucionalidade, poder-se-ia, ainda, invocar o fato de a referida proteção especial por causa da idade decorrer, também, de uma questão de princípio constitucional, que, como vimos acima, sobrepassa sobre qualquer tipo de norma.

A fragilidade do consumidor pode decorrer de seu estado de saúde. É que há certas doenças que lhe avassalam a vontade e o consentimento, retirando-lhe, às vezes por completo, a capacidade de discernimento entre o que lhe convém ou não.

Um consumidor, levado ao desespero por uma doença e influenciado pela publicidade a respeito das qualidades curativas de um determinado remédio, pode comprá-lo sem refletir e, assim, inclusive, contrariar a orientação de seu médico.

Recentemente, em São Paulo, um programa de televisão anunciou que um médico cubano estava curando psoríase, numa pequena cidade do interior do Estado. Centenas de pessoas acorreram ao seu consultório em busca de alívio para essa terrível aflição. Retornaram sem ele, mas depois de terem comprado um medicamento inócuo.

Como se sabe, a cura da psoríase ainda está para ser descoberta.

O discernimento de uma pessoa, deixada em estado de agonia mental por causa de uma enfermidade, não pode ser claro. Daí o fato de ela poder tornar-se o alvo ideal de toda a sorte de influências nefastas e aptas para gerar um vício capaz de embotar-lhe o consentimento e a vontade em seus relacionamentos consumeristas.

Desse fato resulta a necessidade se estender o manto protetor da lei em benefício de quantos se encontrarem em tão miserável situação.

Embora vivamos numa República, a condição social das pessoas ainda conta muito no contexto geral das coisas.

O consumidor abastado e, por isso mesmo, acostumado a ver de tudo, como se costuma dizer, seria talvez menos propenso a acreditar em todas as iscas que o mercado de massa lhe atira, visando capturar-lhe a vontade e o consentimento numa relação nociva aos seus interesses – viciada, portanto.

Já o despossuído de *status*, tímido, inclusive, para freqüentar certos tipos de ambiente, seria mais fácil de ser convencido pelas artimanhas do mercado de consumo.

Essa situação desfavorável fragiliza a vontade e o consentimento do consumidor, de sorte que ele passa a merecer um tipo mais eficaz de proteção.

Não é difícil conduzir-se a vontade e o consentimento de um consumidor, assim fragilizado, com a finalidade de enredá-lo num negócio que não atenda a seus interesses. Esse fato pode gerar um vício capaz de inutilizar a avença. E é contra a instalação desse tipo de situação, que afronta a vontade e o consentimento do consumidor, que a lei se insurge.

11.4.3. O artigo 51 do CDC

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor é a prova de que ele não se contenta em rotular de vícios apenas aqueles referidos no Código Civil. Ele considera nulas de pleno direito, entre outras, várias cláusulas contratuais que atentam contra os direitos e interesses dos consumidores, notadamente se forem capazes de instalar um vício capaz de afetar sua vontade e consentimento.

Essas várias cláusulas, entre outras - assinale-se - nem sempre têm a ver com erro, dolo ou coação, referidos no Código Civil; mas, pelo fato de investirem contra o consentimento e a vontade do consumidor, parece que podem ser erigidas à categoria de fatores desencadeadores de vícios.

As cláusulas abusivas – que nada têm a ver com o instituto do abuso do direito – são, no dizer de Nélon Nery Jr., sinônimo de “*cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas, ou, ainda, cláusulas excessivas.*”¹⁰⁸

¹⁰⁸ NERY JR., Nélon. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.999, p. 489.

Por serem abusivas é que são rechaçadas pelo CDC.

Assim, o inciso II do citado artigo veda que se possa subtrair do consumidor a opção de reembolso da quantia já paga; o inciso VII impede a utilização compulsória de arbitragem; o inciso VIII proíbe que se imponha ao consumidor um representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico por ele; o inciso IX veda que se deixe ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; o inciso X impossibilita o fornecedor, direta ou indiretamente, de variar o preço de forma unilateral; o inciso XI proíbe que se autorize o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; a cláusula XIII nega ao fornecedor o direito de, unilateralmente, poder modificar o contrato ou sua qualidade, após ele ter sido celebrado; o inciso XVI proíbe a renúncia do consumidor ao direito à indenização por benfeitorias.

Ora, dado que o que oprime, vexa, onera, excede ou desequilibra, tanto pode afetar o patrimônio, direitos e interesses como a vontade e o consentimento do consumidor, tais cláusulas também podem ser consideradas como fatores geradores de vícios. Essa é a razão de as termos enquadrado nessa categoria.

O que oprime o consumidor debilita-lhe a vontade e o consentimento, porque ambos ficam sem liberdade no contexto contratual. O que o vexa inibe-lhe a vontade e o consentimento, porque eles ficam tímidos ante as imposições da outra parte. O que excede amedronta a vontade e o consentimento do consumidor, porque ele, de antemão, sabe que nada pode fazer contra esse fato. O que desequilibra o contrato, por sua vez, situa sua vontade e consentimento num patamar inferior ao ocupado pelo outro contratante, que, assim, está em posição mais favorável para impor-lhe as condições que mais atendam às suas conveniências ou interesses.

Tudo isso - como se vê -, ao lado dos gravames de ordem material, pode muito bem ser entendido como outro tipo de causa geradora de vícios do consentimento e da vontade do consumidor.

Valéria Silva Galdino definiu cláusula abusiva da seguinte forma:

“As cláusulas contratuais serão abusivas quando se constituírem no exercício abusivo da faculdade de predispor o contrato; por exemplo, o predisponente que

se aproveita de seu poder contratual dominante no contrato de adesão para estabelecer cláusulas que prejudiquem o aderente, causando um desequilíbrio contratual”.¹⁰⁹

Fernando Noronha, por sua vez, conceituou-as da seguinte forma:

“Essas cláusulas que reduzem unilateralmente as obrigações do predisponente e agravam as do aderente, criando entre elas uma situação de grave desequilíbrio, são as chamadas cláusulas abusivas. Podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita de sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas), escondendo-se muitas atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (cláusula surpresa). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e obrigações de uma e outra parte.”¹¹⁰

Como se percebe, as cláusulas abusivas não podem esgotar-se ou caber na enumeração dos incisos do referido artigo 51. Isso seria uma grave restrição à defesa dos direitos e interesses dos consumidores. Na verdade, o que se percebe é que o legislador consumerista apenas quis exemplificar aquelas situações que, num relacionamento contratual, ocorrem com maior frequência.

A enumeração completa dos casos em que essa anomalia poderia ocorrer não só seria infactível como desnecessária. Daí afirmar-se ser apenas exemplificativa.

Eduardo Gabriel Saad, a esse respeito, disse:

“A relação de cláusulas abusivas, contida no artigo em estudo, não é exaustiva, mas exemplificativa. Tanto é certo o que acabamos de dizer que o artigo, no seu caput, assinala serem nulas de pleno direito entre outras as cláusulas contratuais

¹⁰⁹ GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas abusivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.001, p. 14.

¹¹⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.994, p. 248.

que menciona. Esse texto admite, portanto, a existência de outras cláusulas abusivas além daquelas que enuncia expressamente.”¹¹¹

Outra não é a opinião de Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva:

“A lista de cláusulas abusivas do art. 51, exemplificativa que é, atua como uma válvula de escape, permitindo o controle das cláusulas leoninas não previstas no CDC.”¹¹²

Tem-se, assim, que todo fator externo ou interno que for capaz de gerar na vontade e no consentimento do consumidor uma situação de desfavorecimento deve ser extirpado, a bem da sanidade do negócio do qual ele participa.

¹¹¹ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: LTr Editor, 1.997, p. 382.

¹¹² SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de defesa do consumidor anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.001, p.173.

12. O JUIZ COMO DEFENSOR CONSTITUCIONAL DA VONTADE, CONSENTIMENTO E CONVENIÊNCIAS DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor é um imperativo constitucional.

Com efeito, a Carta Magna, tratando dos direitos e garantias fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes no País, assegurou-lhes, expressamente, a defesa de seus direitos relacionados ao consumo. É o que se lê no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Mas a preocupação do legislador constitucionalista não se limitou a garantir aos consumidores o direito de defender seus direitos interesses. Foi além: cuidou de autorizar e determinar ao Estado que interviesse, objetivamente, em seu benefício.

Esse fato deixou claro que a proteção ao consumidor, almejada pela Constituição Federal, não pode ser relegada ao plano das meras intenções. Ela há de exercer-se de forma efetiva. Não fosse para ser dessa maneira o referido diploma legal não a teria explicitado em vários outros artigos, como, por exemplo, 150 § 5º, 129, II, 170, V e 175, II.

E mais: o legislador, ao contrário de inúmeras outras situações, deixando claro que sua intenção era mesmo a de por à disposição dos consumidores um meio de defesa efetivo de seus direitos, emprestou caráter de urgência à elaboração do Código de Defesa do Consumidor. É o que se lê no artigo 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

Como se vê, a Carta Magna determinou a presença e a atuação do Estado nas relações de consumo, de forma clara, eficaz e urgente.

Isso significa que a defesa do consumidor tem de ser efetiva, ou, então, de nada lhe servirá e se estará descumprindo mandamento constitucional.

Assim sendo, num conflito judicial referente a relação de consumo, a asseguarção dessa efetividade de defesa deve ser a tônica dominante do pensamento do magistrado. Vale dizer que ele deve adequar a sentença àquilo que, na prática, defender, efetivamente, os interesses, conveniências e direitos do consumidor.

Como se sabe, a ordem econômica da sociedade globalizada, caracterizada por uma enorme concentração de capitais, produção maciça de bens de consumo, a formação de grandes massas populacionais urbanas, terminou gerando um novo tipo de contratante: o massificado e despersonalizado.

Essa massificação e despersonalização, por sua vez, minaram a força dos consumidores perante seus oponentes contratuais.

Ora, é evidente que esse fato desequilibra a harmonia contratual, uma vez que, numa mesma relação jurídica, enquanto uma das partes maneja seus interesses de forma hipossuficiente, a outra exerce hegemonia sobre ela.

Darcy Bessone é de grande valimento nessa questão. Disse ele:

“O exame da jurisprudência revela que, por vezes, o juiz adota solução não convencionalizada pelas partes, nem fornecida pela lei supletiva. Por imprevisão dos contratantes do legislador, não se traçou a regra para a questão superveniente. O juiz, de ordinário, simples aplicador ou intérprete de sua vontade, vê-se na necessidade de construir uma solução estranha ao consentimento. Procede por suposições, imaginando uma solução que, no seu entender, seria a que as partes teriam adotado se o caso lhes tivesse ocorrido por ocasião da elaboração do contrato e, por ficção, a admite como condição subentendida ou tácita.”¹¹³

Em conseqüência disso, em sede de relação de consumo, o juiz, em certos casos, não deve e não pode cercear suas decisões por normas rígidas de índole processual. Assim, em prol da efetividade da defesa do consumidor, ele pode ver-se na contingência de ter de sentenciar além, aquém ou fora do pedido formulado pelo autor.

Em suma, o magistrado, em questão consumerista, deve endereçar seu tirocínio mais ao fundo do direito e à defesa do consumidor do que, propriamente, às filigranas processuais da ação submetida ao exercício de sua jurisprudência. Não deve esquecer-se do fato de que o consumidor é a parte fraca no contrato.

¹¹³ BESSONE, Darcy. *Do contrato - teoria geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.997, p. 27.

Soraya Gasparetto Lunardi, discorrendo com melhor propriedade sobre a tutela do consumidor, diante de suas garantias constitucionais e do devido processo legal, afirmou que:

“Temos então os instrumentos de acesso ao Judiciário e à justiça, como diz Cândido Rangel Dinamarco, que, fazendo referência a Chiovenda, escreve: “É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de “alterar o mundo”, ou seja, de conduzir as pessoas à “ordem jurídica justa”. A maior aproximação do Direito, o que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem e de sua técnica”. Bem se verifica que os contornos de defesa da cidadania existentes na lei de ordem pública e de interesse social convergem em um elenco de princípios regentes das relações de consumo, servindo de base para os instrumentos de efetividade ali existentes.”¹¹⁴

Dado que a Constituição Federal, hierarquicamente, sobrepuja as demais leis e, ainda, considerando que o fundo do direito das partes não deve ser suplantado pelos aspectos formais de sua postulação, a heresia à ortodoxia processual poderia ser tolerável.

A propósito, Simone Goyard-Fabre ministra irrefutável lição:

“No Estado, o direito se desdobra, sob a Constituição, em patamares sucessivos tais que, em cada um de seus respectivos níveis, as regras editadas são subordinadas às regras do nível superior e subordinam a elas as regras dos níveis inferiores.”¹¹⁵

Há de argumentar-se que a sentença deve ser conforme o libelo, isto é, não pode passar ao largo do pedido formulado pela parte. Mas o que a Constituição Federal, no artigo 93, IX, exige é que ela seja fundamentada - o que é coisa diversa.

Diante disso, se é que o julgador tem a obrigação de cumprir, à risca, o preceito do artigo 5º, XXXII, da Lei Magna e, ao mesmo tempo, a de defender os direitos, conveniências e interesses do consumidor, o impasse, mais aparente do que real, poderia solucionar-se com a aplicação das regras sobre a hierarquia das leis.

¹¹⁴ LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Tutela específica no código de defesa do consumidor diante das garantias constitucionais e do devido processo legal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2.002, p. 94.

¹¹⁵ FABRE, Simone Goyard. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1.999, p. 106.

Assim sendo, numa situação dessa magnitude, inadmissível seria o juiz sentenciar como se a rigidez das regras do direito processual não pudesse, em certos casos, ser contornada.

A propósito, Ihering ensina que:

“O direito é como Saturno devorando os seus próprios filhos; não pode remoçar sem fazer tábua rasa do seu próprio passado. Um direito concreto que se vangloria de sua existência para pretender uma duração ilimitada, eterna, recorda o filho que levanta a mão contra a própria mãe. Insulta a idéia do direito, invocando-a, porque a idéia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação; mas o que desapareceu deve ceder lugar ao que em seu lugar aparece, porque...“tudo o que nasce está destinado a voltar ao nada” (GOETHE, Fausto)”¹¹⁶

Indo além, tomo a liberdade de afirmar que a sentença, numa ação cujo objeto é uma relação de consumo, deve preocupar-se mais com as justas conveniências do consumidor, do que, propriamente, com aquilo que sua vontade e consentimento manifestaram no fechamento do negócio. Só assim, em certos casos, ele poderá ser defendido de forma efetiva como determina a Constituição Federal.

Resumindo: o juiz, no ato sentencial, em primeiro lugar, deverá preocupar-se em formar seu convencimento, de molde a não afastá-lo da rota da defesa efetiva dos direitos e interesses do consumidor; em segundo lugar, perquirir se a manifestação de vontade ou do consentimento desse consumidor, quando da realização do negócio posto em dúvida em juízo, prejudicou seus direitos ou interesses; em terceiro lugar, em procurar, não apenas no bojo dos autos, mas também em sua própria clarividência e no senso comum, aquilo que, na situação concreta da oportunidade da formação e consolidação do negócio, teria sido mais conveniente para o consumidor no que se refere à segurança de seus direitos e interesses.

E mais: a inteligência do preceito constitucional, que determina a efetividade da defesa do consumidor, impõe, ainda, ao juiz a obrigação de, ao sentenciar, ponderar, não apenas sobre a vontade e consentimento manifestados por ele, mas também sobre a vontade e

¹¹⁶ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Organização Simões. 1.953, p. 34.

consentimento que ele deveria - *convenientemente* aos seus direitos e interesses - ter manifestado.

Assim sendo, se, por exemplo, ao assumir um relacionamento contratual, o consumidor com a vontade e o consentimento desestabilizados optou por um determinado índice ou por um prazo, pelo fato de julgá-los convenientes e, assim, incidiu em erro, ao juiz incumbe corrigir o engano, impondo novo índice ou novo prazo à cláusula onde ele (o erro) se instalou, ainda que diverso daquele pleiteado na inicial. Dessa forma o juiz afastará da vontade e do consentimento do consumidor a convivência com um negócio maculado por um vício.

Por outro lado, o que não se deve admitir é que o magistrado altere o índice contra o qual o consumidor se insurgiu e adote outro, novamente prejudicial aos seus direitos e interesses, simplesmente porque ele constou do pedido deduzido na inicial da ação.

Em suma, se o consumidor errou ao contratar e, assim, aceitou uma condição nefasta a seus direitos, interesses ou conveniências e, depois, percebendo o engano, insurgiu-se contra ele numa ação judicial, cujo pedido, por sua vez, repetiu o equívoco na petição inicial, ao juiz incumbe acertar o equilíbrio da situação. Nesse caso, pode ver-se na contingência de ter de sentenciar em desconformidade com o pleiteado na inicial.

O que o magistrado não deve é, por mera vassalagem a preceitos formais, acatar o pedido errado por entendê-lo um mal menor e, assim, fazer com que se perpetue um relacionamento consumerista viciado.

Cláudio Belmonte, discorrendo sobre a vontade do consumidor e a postura do juiz, em argumentação aproveitável pelo nosso tema diz:

“Consiste numa vontade construída pelo magistrado, que se deve colocar no lugar das partes e questionar sobre o que teriam elas estabelecido, no caso de saberem que determinada parte contrariava disposições legais.”

[...]

“Além dessa análise subjetiva da vontade conjectural, até mesmo para que não haja soluções desvinculadas do negócio concreto originariamente firmado pelas partes, o magistrado deve pautar sua análise também em critérios objetivos que lhe permitam procurar a solução que, de acordo com a ponderação dos

interesses em presença, se revele objetivamente justa para o homo medius, este entendido como uma pessoa normal, dotada de qualidades médias.”¹¹⁷

A sociedade de massa não tem por onde satisfazer-se com um processo judicial incapaz de entender que sua principal função é a de servir aos interesses do homem e não o contrário.

Por outro lado, não se pode esquecer de que o direito deve medrar em campo seguro, pois, do contrário, os negócios jurídicos se desorganizam.

Assim sendo, mesmo em sede de relação de consumo, ao magistrado incumbe agir sem afoiteza, a fim de não desarticular o andamento normal da ordem dos negócios. Uma coisa é sentenciar, tornando efetiva a defesa de direitos, interesses e conveniências do consumidor; outra, bem diferente, é o julgador sobrepor-se a aspectos essenciais de sua vontade ou consentimento como se estivesse assumindo seu lugar na relação contratual.

Kelsen, a propósito de moderação, argumenta o seguinte:

“Como norma de justiça, ou seja, como norma referida ao modo de tratar os homens, surge também o preceito geral do comedimento, a idéia de que a conduta reta consiste em não exagerar para um de mais nem para um de menos, em manter, portanto, o “áureo” meio-termo.”¹¹⁸

Como se vê, a tarefa do juiz ao sentenciar ação consumerista pode ter de enfrentar uma dificuldade adicional, qual seja a de ver-se ante o dilema de ter de distinguir entre o que é conveniente para o consumidor - e, portanto, ter de, necessariamente, ser defendido - e o que não o é.

Seja como for, um fator deve preponderar sobre todos os outros: a sentença não pode desapegar-se do mandamento constitucional de efetividade da defesa do consumidor.

Theóphilo Cavalcanti Filho dilucidou o assunto da seguinte forma.

¹¹⁷ BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.003, p. 31.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes.1.998, p. 29.

“De modo especial, Gény aludiu à existência de dados irreduzíveis, oriundos do direito natural, que se colocam à disposição do juiz, permitindo-lhe preencher as lacunas do direito. O magistrado, através de uma livre pesquisa, identifica esses dados, com os quais constrói a norma a ser aplicada ao caso concreto”...“A atuação do juiz, consoante nota de Roubier, mesmo que não deva ser qualificada como criadora, ainda assim terá que ser reconhecida como adaptadora da norma abstrata a casos concretos. Jamais, todavia, será puramente mecânica, como pretendia a doutrina tradicional. Lembre-se que mesmo aqueles, como Kelsen, que formam a vanguarda do formalismo contemporâneo, não deixam de reconhecer o papel atuante do juiz na ordem jurídica, acentuando mesmo que ele, ao decidir, dita uma norma em aplicação a uma norma preexistente, de grau mais elevado. O magistrado extrai da norma mais genérica uma norma particular, adaptável ao caso concreto.”¹¹⁹

Por outro lado, a tarefa de dizer o direito, sempre de molde a defender o consumidor, imposta pela Constituição ao magistrado, não deve transformar-se num fator de desestabilização da ordem jurídica. Ademais, não há razão para se sustentar a tese de que o juiz, ao sentenciar, deve esquadrihar a vontade do consumidor, a fim de saber absolutamente tudo o que ele tinha em mente ao relacionar-se num contrato.

Uma coisa é procurar-se, no contexto geral de um negócio e dentro daquilo que a ele, normalmente, se refere, qual teria sido a real vontade das partes ao consumá-lo; outra coisa - bem diferente - é o juiz fantasiar sobre qual poderia ter sido a intenção das partes, valendo-se, exclusivamente, de sua experiência pessoal.

Enzo Roppo, em feliz observação, ensina que:

“Procurar a “comum intenção das partes” não equivale a desenvolver uma tarefa de introspecção mental, não significa individualizar as atitudes psíquicas e volitivas reais e concretas das partes, no momento da conclusão do contrato. Uma tal procura não seria, evidentemente, possível e, em certo sentido, seria também falha de objecto: é, na verdade, realista supor que, quando as partes se declaram de acordo sobre um certo texto contratual, tenham, relativamente àquele, “idéias” diferentes, “pensem” e “queiram” coisas diferentes, assim como diferentes, senão contrapostos, são os interesses que, com o contrato, cada um

¹¹⁹ FILHO, Theóphilo Cavalcânti. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Editora Revista dos

prossegue, e, diferentes e contrapostos, os pontos de vista dos quais - em função de tais interesses - cada uma considera o regulamento contratual. Por isso, proceder à interpretação do contrato em termos de exploração da esfera psíquica dos contraentes não pode senão conduzir a resultados inconvenientes e arbitrários.”¹²⁰

Diante disso, o juiz, ao decidir um conflito consumerista, em vez de debruçar-se sobre o pretérito das mentes dos litigantes, deve, à luz de fatos que compõem a natureza e o dia a dia do negócio celebrado por eles, refletir sobre qual deveria ter sido a sua real intenção no contexto de suas conveniências – entendendo-se esta última como um dado objetivo. Assim o julgador estaria observando o teor do artigo 112 do Código Civil.

Assim, essa tarefa - como se pode ver - afastar-se-ia de um exercício de adivinhação e, conseqüentemente, teria condições de oferecer mais certeza e segurança ao negócio jurídico.

Humberto Theodoro Jr., com a propriedade habitual, discorrendo sobre aspectos da segurança jurídica, diz:

“Justamente em virtude da segurança jurídica é que a nova função social do contrato tem sido institucionalizada em caráter objetivo e não subjetivo”...“A revisão do contrato, pelos tribunais, em nome dos princípios ético-sociais, não pode ser discricionária nem tampouco paternalista. Em seu nome não pode o juiz transformar a parte frágil em superpoderosa, transmudando-a em ditadora do destino da convenção. Isso não promoveria um reequilíbrio, mas, sim, um desequilíbrio em sentido contrário ao inicial. Se se pudesse cumular a parte débil com uma desproporcionada proteção judicial, quem se inferiorizaria afinal seria o contratante de início forte. Solucionar-se-ia um mal com outro mal, uma injustiça com outra injustiça. Evidentemente não se concebe que em nome da justiça contratual se realize tamanha impropriedade.”¹²¹

É óbvio que as normas processuais têm de continuar a ser observadas. Não menos óbvio, contudo, é o fato de tanto a Carta Magna como o Código de Defesa do Consumidor terem ratificado a posição do juiz brasileiro como homem obrigado a ter a consciência de que o consumidor, pelo simples fato de agir numa sociedade de massa, carece de um paladino.

Tribunais. 1.964, p. 100-101.

¹²⁰ ROPPO, Enzo. *Contratos*. Coimbra: Livraria Almedina. 1988, p. 171.

A idéia de o consumidor ver no juiz a figura de um paladino, não apenas de seus direitos e interesses, mas também de suas conveniências, aproxima-se bastante da vontade do legislador constitucionalista, que é a de assegurar sua defesa.

É que vontade e consentimento – ainda que este último menos do que a primeira - vicejam em campo de subjetivismo, enquanto que as conveniências do consumidor medram no plano das coisas objetivas.

Tem-se, assim, que as conveniências do consumidor não passam de um dado real no plano objetivo das coisas que circundam seus relacionamentos *negociais*.

Assim sendo, o magistrado teria apenas de recolher, no plano objetivo, aquilo que teria sido mais conveniente para o consumidor, quando de sua afiliação a um contrato, em vez de debater-se na busca daquilo que poderia ter correspondido a sua real vontade e consentimento.

É muito mais fácil, prático e objetivo o juiz informar-se sobre as conveniências que circundam um determinado tipo de negócio do que tentar adivinhar o subjetivismo das partes nele envolvidas.

Bem longe de nosso pensamento está a idéia de o juiz sentenciar os conflitos consumeristas mediante a aplicação do chamado direito alternativo. Bem perto, contudo, está a lição de Ascensão:

“Há assim que levar o mais longe possível a construção do sistema , em vez de renunciar a ele. Doutra maneira ficaríamos sem norte, porque a decisão alternativa se confundiria com a arbitrariedade. Seria como instaurar agora a lei da selva, rejeitando o esforço de tantos séculos de aperfeiçoamento da ordem objetiva” ... “O positivismo ainda imperante, que curiosamente ainda coexiste com uma prática frequentemente ilegalista, deverá ceder o passo a uma orientação substancial, tal como a que se defendeu. Retomamos aqui a posição expressa a propósito do uso alternativo do Direito. Não reduzimos os temas um ao outro: admitimos soluções *contra legem* , desde logo as fundadas no Direito

¹²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2.000, p. 18.

natural. Mas tudo se tem de encontrar dentro do sistema, e não como alternativa ao único Direito existente.”¹²²

A interferência do Estado nos relacionamentos jurídicos de massa não tem por objetivo organizar a vontade e o consentimento das partes; por outro lado, não pretende corrigir, arbitrariamente, a maneira pela qual foram externados. O que a intervenção do Estado visa é, em benefício da ordem jurídica, assegurar um clima de paz, de segurança e, principalmente, de equilíbrio nas relações de consumo por meio da efetivação da defesa do consumidor.

A propósito, socorremo-nos da seguinte reflexão de Lorenzo Carnelli:

“O juiz julga e no seu julgar atua como ser que pensa. Mais ainda: está inteiro em si, como homem; e tanto assim que não julga senão julgando-se em sua própria realidade existenciária.”¹²³

Diante disso, tomo a liberdade de afirmar que o juiz, ao decidir um conflito consumerista em desconformidade com o pedido deduzido na inicial e, portanto, desafiando ou contornando a ortodoxia processual, não está, necessariamente, desarticulando a ordem jurídica. Isso só ocorrerá, se ele, tendo abandonado o preceito de adequar a sentença ao libelo, deixar, ao mesmo tempo, de defender os direitos e interesses do consumidor.

Nada justifica, numa sociedade de massa, o magistrado sentenciar, fingindo que ela não tem características próprias, ou que as pessoas que a compõem se comportam da mesma forma que as de sociedades de outras eras. A sentença deve nutrir-se no bojo de seu tempo.

Os renomados processualistas, Alvins, a respeito do asseguramento da defesa do consumidor por meio de mecanismos processuais, registram o seguinte:

“Assim, pode-se dizer, que o Código do Consumidor, apesar de indiscutivelmente marcado por grandes alterações no campo do direito material, trouxe o correspondente “arsenal” de instrumentos processuais, isto porque “será por intermédio do processo que essas previsões ganharão vida”. A necessidade de conferir efetividade ao processo e facilitação do acesso à justiça

¹²² ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito*. Rio de Janeiro: Renovar. 2;001, p. 516-517.

exigiu que se fortalecesse a posição do consumidor, retirando-o da condição de postulante de direito atomizado, pulverizado, para inseri-lo em um contexto mais amplo, com a criação de mecanismos de ordem processual que “realmente representassem a desobstrução do acesso à Justiça e o tratamento coletivo de pretensões que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução.”¹²⁴

Diante disso, se, atualmente, as pessoas se comportam de determinada forma, porque isso é uma contingência contra a qual não se pode lutar, espera-se que o juiz, ao formar seu convencimento sentencial, antes de tudo analise e decida como homem de seu tempo e compartilhante daquele mesmo tipo de sociedade, onde, em última análise, sua decisão deverá ser executada.

Assim, se um consumidor assumiu obrigações em um contrato contaminado por um dos chamados vícios do consentimento (erro, por exemplo), por sua vez resultante de propagações nocivas da sociedade de massa, e se sua defesa só puder efetivar-se por meio da adoção pelo magistrado de uma fórmula processual não ortodoxa, esse fato, por si só, não deve erigir-se em impedimento intransponível para ação do julgador.

Sílvio Rodrigues, discorrendo sobre o arbítrio do juiz, observa o seguinte:

“A meu ver o que ocorre é o seguinte: o juiz, ante o caso individual, fugirá sistematicamente de uma solução injusta, ainda que à ela queira levá-lo a letra da lei. Muitos escritores sustentam que, no ato de julgar, o magistrado primeiro chega à conclusão que entende justa, e só a seguir procura os fundamentos jurídicos onde irá sustentar sua decisão.”¹²⁵

Mas não se deve chegar ao exagero de se afirmar que a sentença, referente a uma relação de consumo, pode, no afã de defender os direitos e interesses dos consumidores, afrontar a ordem jurídica ou imiscuir-se na intimidade de todo e qualquer negócio.

Não é isso o que se pretende.

¹²³ CARNELLI, Lorenzo. *Tempo e direito*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1.960, p. 207.

¹²⁴ ALVIM, Arruda, Tereza, Eduardo. MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.995, p.50.

A segurança e a certeza na aplicação do direito não podem ser postas de lado pelo juiz.

A propósito, o jurista luso, José de Oliveira Ascensão, ensina que:

“Sem segurança a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem.”¹²⁶

Aqui, o de que se cuida é exatamente do oposto, ou seja, a manutenção da vontade do legislador constitucionalista - que é a de assegurar a efetividade da defesa do consumidor - mediante a utilização pelo juiz de um recurso não ortodoxo de superação da rigidez processual como única maneira se fazer justiça, ou melhor, de se dizer o direito em conformidade com o mandamento constitucional, num caso concreto.

Gustavo Tepedino, discorrendo sobre o primado da Constituição sobre as demais leis, ensina:

“A Carta constitucional não se constitui em mera Carta política, como querem muitos, configurando-se ao revés no mais importante diploma jurídico dentro da hierarquia do ordenamento. Disso resulta que os princípios dispostos na Constituição devem sobrepor-se, na atividade de aplicação, subsunção e interpretação das leis, a toda e qualquer norma infraconstitucional etc.”¹²⁷

As relações de consumo, como se sabe, distanciaram-se daquele tipo de negócio tradicional, que, para efetivar-se, carecia da aproximação das pessoas, facultando-lhes, por assim dizer, quase que uma intimidade *negocial*. Era como se as partes buscassem nos olhos, umas das outras, as respostas às inquietações que antecediam a consumação da avença.

Esse distanciamento, entretanto, não abriu um fosso intransponível entre os contratos clássicos e os resultantes das relações consumeristas.

Humberto Theodoro Junior, discorrendo sobre a sujeição do contrato de consumo aos princípios gerais do direito contratual, diz o seguinte:

¹²⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva S. A. Livradores Editores. 1.979, p. 49.

¹²⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001, p. 189.

¹²⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001, p. 208.

“O Estado democrático atual assume o compromisso de defesa efetiva do economicamente mais fraco, donde a proteção especial que se assume em favor do consumidor, porque a realidade é que, sem essa tutela específica as normas jurídicas comuns não seriam suficientes para impedir muitas injustiças. Nessa nova postura, todavia, o legislador está longe de ter criado um direito “alternativo”, rompido com o sistema tradicional dos contratos. A elaboração do direito do consumidor foi apenas “uma especialização útil e necessária, que mantém os princípios e normas do direito privado e os desenvolve com maior densidade em relação a atividades e situações específicas.”¹²⁸

Parece que, tomando consciência das características peculiares dos negócios de massa, o legislador constitucionalista identificou-se com a problemática do consumidor – que consiste na sua hipossuficiência perante a outra parte - e decidiu proteger-lhe o exercício da cidadania.

Vicente Rao registrou o seguinte:

“É ainda um fundamento ético o que justifica a proteção dispensada por lei à parte que, nas relações contratuais, se apresenta em situação de inferioridade econômica.”¹²⁹

Assim sendo, o juiz, quando da formação de seu convencimento numa questão consumerista, tem de ter sempre presente em sua mente o fato de estar decidindo uma relação que envolve uma parte cuja vontade e consentimento podem ter sido viciados em decorrência de manipulações da outra parte.

Já se viu acima que o consumidor gosta de ser enganado. Esse fato pode revestir-se de muita probabilidade. Absolutamente provável, ou melhor, absolutamente certo, no entanto, é o fato de os fornecedores, produtores e prestadores de serviço desenvolverem uma intensa e constante atividade de manipulação e captação da mente dos consumidores, a fim de viciá-la em prol de seus interesses. Na verdade, eles exultam em enganar o consumidor.

¹²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.000, p. 16.

¹²⁹ RAO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Edição Saraiva, 1.981, p. 247-248.

Diante disso, nessas ações, o juiz não tem por onde continuar sentenciando da mesma forma que nas referentes à compra e venda tradicional. É que a essas últimas falta o componente da manipulação sistemática da vontade e do consentimento de uma das partes contratantes. Assim, por causa disso, o magistrado pode ver-se na contingência de só poder defender o consumidor se adotar uma postura não muito ortodoxa, ou melhor, se adequar seu convencimento a esse novo tipo de realidade, chamado sociedade de massa.

E esse tipo de sociedade convive com a manipulação constante do consumidor, que, dessa forma, termina se transformando em presa da sociedade que ele mesmo criou.

Hélio Zaghetto Gama, analisando a estrutura do Código de Defesa do Consumidor, oportunamente, ensina:

“Na realidade, o Código tem três grupamentos intelectíveis, ensejados pela necessidade de compreendê-lo para uma prática mais dinâmica: no primeiro grande grupamento, o que vai até o art. 7º e seu parágrafo único, o Código se apresenta, define o Consumidor, Fornecedor, Produto e Serviço e traz o que poderemos chamar de ideário do Dever Ser. O segundo grande grupamento nos traz nos arts. 8º ao 54º a mecânica do que fazer sempre com vistas ao cumprimento do Dever Ser. O terceiro grande grupamento do Código está nos arts. 55 até o 107, que traz os mecanismos utilizáveis pela Sociedade e pelo Poder Público, com vistas a fazer prevalecer o Dever Ser.”¹³⁰

Como se vê, ao juiz, quando da formação de seu convencimento numa ação consumerista, entre outras coisas, incumbiria também a tarefa de, sem se esquecer da prova dos autos, esquadrihar inclusive sobre o que *deveria ter sido mais conveniente* para o consumidor. Assim ele poderia encontrar a fórmula prática de defesa da hipossuficiência contratual do consumidor, determinada pela Constituição Federal.

¹³⁰ GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.002, p. 26-27.

13. O ERRO OU IGNORÂNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

13.1. Definições de erro

O Código Civil enquadrou o erro num capítulo destinado aos defeitos dos atos jurídicos (Capítulo IV, artigos 138 e seguintes). Não o definiu, genericamente, mas optou por conceituações específicas (artigo 139).

É tradição jurídica chamar-se erro de vício do consentimento.

Esses vícios são um verdadeiro *numerus clausus* no contexto geral das relações privadas.

Por outro lado, eles aproveitam a qualquer um dos envolvidos num negócio jurídico. Isso significa que credor e devedor, em igualdade de condições, são titulares do direito de invocá-lo em benefício de seus interesses. O Código Civil não estabeleceu nenhuma restrição a esse respeito.

O erro tem animado os juristas a defini-lo das mais diversas formas. O curioso é que elas parecem seguir sempre a mesma linha de pensamento, como abaixo se verá.

Clóvis Beviláqua definiu-o assim:

“Os escritores têm definido erro por modos diferentes. A noção, que nos oferece Fubini, satisfaz plenamente. Erro, diz ele, é o estado da mente, que, por defeito do conhecimento do verdadeiro estado das coisas, impede uma real manifestação da vontade. Particulariza-se, nesta definição, o erro nas declarações de vontade, e nisto consiste o motivo da preferência que aqui lhe é dada.”¹³¹

Luiz da Cunha Gonçalves definiu erro da seguinte forma:

¹³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.955, p. 201.

“Erro é juízo incorrecto acêrca de uma cousa, de um facto ou de uma pessoa, derivado da ignorância ou do imperfeito conhecimento da realidade das circunstâncias concretas ou dos princípios jurídicos aplicáveis.”¹³²

Stiglitz sintetizou o erro assim:

“El error em el contrato consiste em uma falsa representación de la situación contractual”.¹³³

Serpa Lopes, reportando-se a Saleilles, disse que erro:

“Consoante o conceito de Saleilles, o erro implica a falta de concordância entre a vontade verdadeira, isto é, a vontade interna, e a vontade declarada.”¹³⁴

Os Mazeaud, explicando o que significa cometer um erro, ensinam:

“Commettre une erreur, c’est avoir une opinion contraire à la réalité”.¹³⁵

Orlando Gomes, por sua vez, teceu sobre o tema as seguintes considerações:

“O erro é uma falsa representação. Influi sobre a vontade do declarante, impedindo que se forme em consonância com a sua verdadeira motivação. Tendo sobre um fato ou sobre um preceito uma noção inexata ou incompleta, o agente emite a sua vontade de modo diverso do que a manifestaria, se deles tivesse conhecimento exato ou completo. Crê verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro (DONEAU)”.¹³⁶

Roberto Senise Lisboa definiu-o da seguinte maneira:

¹³² GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil – luso brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1.951, p.218.

¹³³ STIGLITZ, Rubén S.. *Contratos - teoría general*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1.994, p.277. Em tradução livre: “O erro contratual consiste em uma falsa representação da situação contratual”.

¹³⁴ LOPES, Manoel Maria de Serpa. *Curso de direito civil – vol. I*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.957, p. 426.

¹³⁵ MAZEAUD, Henri, Léon, Jean. *Leçons de droit civil – tome deuxième*. Paris: Éditions Montchrestien, 1.966, p.130. Em tradução livre: “Cometer um erro é ter uma opinião contrária à realidade”.

¹³⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1.957, p. 337.

“Erro é o desconhecimento parcial concernente à pessoa, ao objeto ou às suas características, à causa ou à natureza do negócio jurídico, que leva o agente a praticar ato jurídico que não se realizaria, caso tivesse conhecimento da realidade.”¹³⁷

Arnold Wald, englobando erro-obstativo e erro-vício, nos dá a seguinte definição:

“O erro-obstativo, erro na manifestação da vontade, é o desajuste involuntário entre a vontade real do sujeito da relação jurídica e sua manifestação por palavras, documentos ou por intermédio de terceiros (núncios, emissários).”¹³⁸

Rotondi, em definição de erro, seguida de considerações sobre seus efeitos, diz:

“Se debe entender, por error, una falaz representación de um hecho (que también puede ser la norma de derecho) por la cual el sujeto se encuentra inducido a emitir una declaración de voluntad que em outro caso no habria producido. Pero uma vez afirmado esto, si desde um punto de vista lógico los efectos del error deberían parecer idénticos em todos los negocios, desde um punto de vista práctico, se impone – o al menos así lo há entendido el legislador – que sean diversos los efectos, según la naturaleza del negocio.”¹³⁹

Finalmente, Pontes de Miranda, sintetizando todos os conceitos, registra que:

“Erro é a opinião não correspondente à verdade.”¹⁴⁰

Não foi sem propósito que transcrevemos todas essas definições. É que elas - ou melhor, a quase totalidade das conceituações de erro - o tomam como um fato em si mesmo, uma causa autônoma dentro do universo dos negócios jurídicos.

¹³⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p.251.

¹³⁸ WALD, Arnaldo. *Direito civil – introdução e parte geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.002, p.199-200.

¹³⁹ ROTONDI, Mario. *Instituciones de derecho privado*. Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1.953, p. 133. Em tradução livre: “Se deve entender por erro uma falaz representação de um fato (que também pode ser a norma de direito) pelo qual o sujeito se encontra induzido a emitir uma declaração de vontade que, em outro caso, não teria feito. Mas, uma vez afirmado isso, se, de um ponto de vista lógico, os efeitos do erro deveriam parecer idénticos em todos os negócios, do ponto de vista práctico, impõe-se – pelo menos assim entendeu o legislador – que sejam diversos os efeitos, segundo a natureza do negócio”.

¹⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – tomo I*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1.970, p. 144.

Os que o julgam um estado da mente, ou um juízo incorreto, ou uma falsa representação, ou falta de concordância, ou uma opinião contrária, ou um desconhecimento parcial, ou um desajuste, ou uma opinião não correspondente à verdade, consideram-no um fato em si mesmo, uma espécie de dado concreto.

Humildemente, tomo a liberdade de discordar desse entendimento pelo fato de julgá-lo equivocado.

Erro não pode ser um fato em si mesmo. Também não tem como ser a causa de um defeito do ato jurídico.

Na verdade - como ao longo de todo o nosso trabalho vimos insistindo – o erro é uma consequência.

13.2. A ignorância nas relações privadas

O velho conselheiro, Joaquim Ribas, entendia que os conceitos de erro e de ignorância devem ser apartados.

Assim:

“Os juriconsultos costumam equiparar o erro e a ignorância, porque, na verdade, são as mesmas as suas consequências legais. Há, entretanto, diferença entre as duas noções: a ignorância consiste no desconhecimento total da coisa; o erro na falsa ideia que dela se faz. Em ambos é comum a ausência da ideia verdadeira da coisa”.¹⁴¹

Humberto Theodoro, também entendendo que erro e ignorância são distintos, disse:

“O Código adota como título da Seção I do Capítulo destinado aos defeitos do negócio jurídico, a expressão “Do erro ou ignorância”. Nos diversos artigos que cuidam do tema, porém, só se emprega a palavra “erro”. Tem-se, pois, a ideia de que, para a lei, erro e ignorância são sinônimos. No entanto, em doutrina, faz-se a distinção entre os dois conceitos. Quando se dá o erro o agente tem um

¹⁴¹ RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1.982, p. 464.

falso conhecimento da realidade, ou seja, aquilo que entrou no seu psiquismo está em desacordo com a realidade objetiva. O contratante conhece o objeto que está negociando; imagina-o de metal nobre, quando se trata, na verdade, de metal comum. Eis um exemplo típico de erro. A ignorância é diversa do erro porque o agente pratica o negócio jurídico não sob falso conhecimento, mas sim no total não-conhecimento da realidade. O devedor, por exemplo, paga diretamente ao credor, um título de crédito, pela segunda vez, porque ignorava que seu preposto já havia feito igual pagamento por remessa bancária.”¹⁴²

Washington de Barros Monteiro, com a precisão habitual, ensina:

“Ignorância é o completo desconhecimento acerca de um objeto. Erro é a noção falsa a respeito desse mesmo objeto, ou de determinada pessoa. Por outras palavras, na primeira, a mente está in albis; na segunda, o que está registrado é falso. Num e noutro caso, o agente é levado a praticar o ato jurídico, que não praticaria por certo, ou que praticaria em circunstâncias diversas, se estivesse devidamente esclarecido.”¹⁴³

Ruggiero, por seu turno, discorrendo sobre erro e ignorância, manifestou a seguinte opinião:

“O falso conhecimento de um fato ou de uma norma jurídica – que se resume sempre num fenômeno de ignorância, visto que ignora a verdade quem dela tem uma noção falsa – pode influir na determinação interna da vontade e adulterá-la, levando a desejar coisa diversa daquela que se teria querido realmente se essa errada noção não houvesse desviado o raciocínio. Há neste caso duas vontades; uma formada sob a influência da falsa representação e como tal manifestada; a outra que não se formou e portanto não se declarou, mas que pode dizer-se ser a vontade efetiva do agente porque, eliminado o erro, seria essa e não outra a sua vontade. Também aqui há, pois, uma discordância mas não, como no erro obstativo, entre a vontade interna e a manifestação, mas sim entre duas vontades, das quais a que veio à luz é falsa e a outra, que não se exteriorizou, é de considerar como verdadeira”.¹⁴⁴

¹⁴² THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo código civil, volume III*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.003, p. 35-36.

¹⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, 1º volume*. São Paulo: Saraiva S/A Livreros Editores, 1.967, p.194.

¹⁴⁴ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil, vol. I*. São Paulo: Edição Saraiva, 1.971, p.234.

Mas o fato é que para o legislador civilista erro e ignorância são expressões sinônimas. Foi assim que os denominou (erro ou ignorância) na Seção I do Capítulo IV à qual pertence o art. 138 do Código Civil. Na verdade, apenas do ponto-de-vista doutrinário é que o estabelecimento da distinção entre ambos desperta a atenção dos juristas; no que concerne aos efeitos, diz-se que são os mesmos, do ponto-de-vista prático.

J. M. Carvalho Santos, em sua obra de formidável envergadura, assinalou o seguinte a respeito do assunto:

“Erro e ignorância. São equiparados, pelo Código, quanto a seus efeitos. Ninguém desconhece que os metafísicos distinguem perfeitamente a ignorância do erro. A ignorância é a ausência de qualquer idéia sobre uma pessoa ou objeto, enquanto que o erro é mais alguma coisa, pois é a substituição da verdadeira idéia por uma idéia falsa sobre a pessoa ou objeto (Cfr. SAVIGNY, *Droit Romain*, § 114; WINDSCHEID, *Pand.*, § 78, nota 1). Mas tendo em vista que essa diferença filosófica não tem nenhum alcance prático em direito, por isso que ambas as hipóteses podem se reduzir ao conceito fundamental de representação não verdadeira (WINDSCHEID, *Op. cit.*, nota W. SAVIGNY, *Op. cit.*, p. 338; BAUDRY-BARDE, *Op. cit.*, n. 50), ou, ainda melhor, porque idêntica é sempre a influência sobre a declaração da vontade (DERNBURG, *Pand.*, § 107; UNGER, *Op. cit.*, vol. 2, § 91), o Código considera sinônimas as duas palavras – erro e ignorância na teoria dos atos jurídicos (Cfr. CLÓVIS, *Op. cit.*, p. 354)”.¹⁴⁵

Finalmente, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram que:

“Embora a lei não estabeleça distinções, o erro é um estado de espírito positivo, qual seja a falsa percepção da realidade, ao passo que a ignorância é um estado de espírito negativo, o total desconhecimento do declarante a respeito das circunstâncias do negócio.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.958, p. 292, 293

¹⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - parte geral*, vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2.002, p. 356.

A ignorância, da mesma forma que o erro, não tem como ser erigida à condição de um fato em si mesmo, um ser autônomo dentro dos relacionamentos privados.

13.3. Teorias sobre o erro nas relações privadas

Washington de Barros Monteiro, discorrendo sobre erro ou ignorância, reconheceu que a abordagem doutrinária sobre o tema é deveras complicada.

Disse ele:

“Como bem observa ESPÍNOLA, a doutrina do erro ainda hoje é muito complicada e objeto de várias controvérsias. Acrescenta Cunha Gonçalves que este vício é o mais freqüente e o mais fácil de realizar-se, devido à insuficiência mental da grande maioria dos homens”.¹⁴⁷

É possível, no entanto, que a insuficiência mental da maioria dos homens não seja a real causa da ocorrência de erro em seus relacionamentos consumeristas. Parece-me bem mais provável que as características do mercado de massa é que seriam os verdadeiros vilões incineradores da vontade e do consentimento dos consumidores e, portanto, os plantadores do vício do erro em seus relacionamentos.

Se o mercado de massa fosse, efetivamente, sadio, isto é, impregnado de boa fé e respeito à dignidade da pessoa humana, certamente os casos de erro seriam mais infrequentes; entretanto, talvez não seja bem essa a realidade das coisas.

A Teoria da Vontade ou Voluntarista, que encontrou em Savigny seu principal defensor, sustenta que a vontade é o cerne da formação dos atos jurídicos.

O principal defeito da construção voluntarista consiste no fato de ela disseminar insegurança nos negócios jurídicos.

Ora - argumenta-se -, dado que a vontade é tudo no relacionamento jurídico, basta uma simples alegação de inexistência de correlação entre o que realmente foi querido e o que foi

¹⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, 1º volume*. São Paulo: Edição Saraiva, 1.967, p. 194

manifestado, para, por si só, justificar o desfazimento do ato jurídico, sob a eiva de ocorrência de vício do consentimento.

A Teoria da Declaração, tão radical quanto a da vontade, entende que o que vale é a vontade que foi, efetivamente, declarada. Não há mais, assim, a prevalência da vontade interna, mas sim aquela foi externada pelo emitente.

Dessa forma, mesmo que a vontade declarada tivesse incidido em erro, ainda assim seria ela a que prevaleceria sobre o real querer de seu emitente.

Sílvio Rodrigues critica essa teoria, entendendo que ela é tão extremada quanto a voluntarista, porque expõe o declarante ao risco de injustiça.

Disse ele:

“A teoria da declaração, tão extremada numa direção, como a primeira o era na outra, representa proteção adequada à pessoa a quem se dirige a declaração, garantindo-lhe a eficácia, uma vez emitida a manifestação de vontade. Mas seu exagero expõe o autor da declaração, ainda quando de boa fé, ao risco de ver valer sua manifestação expressa, em vez de prevalecer sua vontade. Mais: vem favorecer o destinatário da declaração, mesmo que este esteja de má fé e saiba, por exemplo, que o peticitante estava incidindo em erro, ao formular a proposta.”¹⁴⁸

A Teoria da Responsabilidade é a que entende que o erro pode - desde que não tenha havido culpa do emitente - viciar a vontade e, conseqüentemente, o ato jurídico.

João Casillo, explicando essa teoria com muita propriedade, ensina:

“Para a teoria da responsabilidade, que tem boa dose da teoria voluntarista, o erro pode ser causa suficiente para afetar a manifestação de vontade, e, portanto, o ato jurídico, mas desde que não haja culpa do declarante. Para que este possa alegar erro, e com isso pretender que o ato jurídico não seja considerado perfeito, mister se faz que ao emitir sua vontade tenha procedido com boa fé,

¹⁴⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Edição Saraiva, 1.979, p.33.

diligência (José Francisco Beleza dos Santos, *apud* Jayme Landim) e que não tenha contribuído de modo algum para que o erro viesse a ocorrer.”¹⁴⁹

Essa teoria pode resumir-se no seguinte: aquele que por culpa própria ou dolo errou é responsável pelo que declarou. Tratar-se-ia de mera decorrência do fato de terceiros terem confiado na declaração, embora errada, da parte de quem a emitiu. É, em suma, a devolução pela vítima, ao emitente da vontade defeituosa, de sua parcela de responsabilidade pelo fato de tê-la prejudicado.

A Teoria da Confiança preocupa-se sobremaneira com o destinatário da emissão da vontade. Assim, em benefício da segurança dos negócios jurídicos, ele é convidado a participar da fiscalização da higidez da declaração de vontade da outra parte.

Isso significa que, na hipótese de o emitente ter incidido em erro, o destinatário, se o tiver percebido, deverá informá-lo desse fato.

Na verdade, para que o erro contra a estabilidade dos negócios seja evitado com maior facilidade, essa teoria - também entendida como eclética - incentiva tanto o emitente como o destinatário a colaborar para o sucesso do negócio do qual participam.

Casillo a esse respeito chama a atenção para o fato de:

“Se o destinatário deve agir com atenção, deve observar com cuidado a manifestação de vontade do declarante e se tiver condições de apurar que a vontade está eivada de erro deve alertar o declarante. Assim, se o emitente da vontade erra e este erro é passível de ser apreendido, reconhecido, pelo destinatário, este tem a obrigação de alertar aquele. Se assim não age o erro aproveitará o emitente da vontade, tendo-se esta como viciada. Mas se o erro não poderia ser reconhecido pelo destinatário, se este não poderia aperceber-se do engano do outro, então o erro não aproveitará o emitente da vontade e o ato será plenamente válido”.¹⁵⁰

A essas teorias julgo que deveria acrescentar-se a da boa fé objetiva.

¹⁴⁹ CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.982, p. 31-32.

¹⁵⁰ CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.982, p.32.

A teoria ou princípio da boa fé objetiva, prescrito no artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que as partes, numa relação de consumo, devem agir de forma leal e honesta, reciprocamente.

O professor Rizzatto Nunes, reportando-se a esse tema, diz:

“Já a boa fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.”¹⁵¹

É óbvio que numa compra e venda consumerista a observância da teoria da boa fé objetiva é de rigor como forma de se evitar a geração de um vício capaz de fazer a vontade ou o consentimento do consumidor incidir em erro.

Sem se adotar esse padrão no comportamento das partes, as relações consumeristas correm o risco de incidir em graves desvios, capazes, inclusive, de maculá-las irreversivelmente.

Essa teoria - adotada como padrão de comportamento - conduziria, inclusive, as partes a trocar informações sobre produtos e serviços, tais como as preconizadas no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor (a respeito da “especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”). Tudo isso com a finalidade de evitamento do estabelecimento de condições de gestação de erro capaz de viciar a vontade e o consentimento, notadamente das partes envolvidos numa relação consumerista de compra e venda.

13.4. Tipos de erro

13.4.1. Erro Substancial

O erro essencial ou substancial, definido no artigo 139 do Código Civil, seria aquele de tal forma relevante, que, se não existisse, o ato também não existiria.

¹⁵¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p.108.

Orlando Gomes define-o da seguinte forma

“O erro essencial é o que vicia o ato em sua substância, determinando uma declaração de vontade falsa, que não seria feita, se o declarante tivesse uma representação exata da realidade.”¹⁵²

Assim, na compra e venda consumerista, entender-se-ia por erro essencial ou substancial o resultado gravoso do fato de o consumidor ter, equivocadamente, manifestado sua vontade e consentimento sobre aspecto relevante e indispensável do negócio consumerista do qual participa, mas que não teria, jamais, manifestado, se tivesse a representação correta da realidade.

Não conceituamos erro como aquilo capaz de viciar a vontade e o consentimento, simplesmente porque, como acima explicamos, não o consideramos um fato em si mesmo, mas sim uma conseqüência.

Error in negotio – É o referente ao negócio como tal. O consumidor, por exemplo, firma um contrato de *leasing* de um veículo, quando, na verdade, queria apenas alugá-lo.

Error in corpore – também dito *in ipso corpore rei* – diria respeito à própria coisa, objeto do contrato, visada pelo consumidor.

Seria o caso, por exemplo, ocorrido com um velho amigo, de ele ter comprado onze pares de sapato número 42, julgando ter dito tamanho 39 ao vendedor – erro que ele só descobriu ao retornar ao Brasil.

Error in persona – é aquele em que o consumidor incorreria referentemente à identidade e qualidade de uma pessoa. Diria respeito à própria identidade física de uma pessoa ou a seus atributos morais, ou qualidades, ou aptidões.

O consumidor, por exemplo, recebe a informação, no livreto de seu plano de saúde, de que seu tipo de doença poderia ser tratado com determinado médico de grande renome. Após a consulta e sem ter, antes, perguntando o nome do médico que deveria atendê-lo, certifica-se

de que foi assistido por outro profissional, que, justamente naquele dia, substituíra o médico famoso em seu consultório.

Como se pode perceber, na base do relacionamento entre o consumidor e seu plano de saúde, havia um elemento *intuitu personae*. Foi para aquele médico renomado que a vontade e o consentimento do consumidor se dirigiram e não a outro. Daí o surgimento da conseqüência frustradora, geradora do erro, que lhe viciou a vontade e o consentimento.

Casillo, reportando-se a esse tema, ensina:¹⁵³

“Em situações especiais pode-se ter em vista a identidade de uma pessoa, suas qualidades pessoais, aptidão especial ou qualquer outra circunstância personalíssima. Se quero doar a Pedro, filho de José, e doo a João, filho de Antônio, erro quanto à identidade. Mas, se quero doar a Cláudio, que penso comandar a campanha filantrópica, e doo a Alberto que é realmente o benfeitor, não erro. Se quero contratar um pintor figurativista para fazer-me um retrato e contrato um pintor de paredes, erro.”

Erro sobre a causa – Diz-se que *falsa causa non nocet*. Esse é o vício que se refere aos motivos pelos quais alguém, em seu relacionamento com outra parte, praticou determinado ato.

Na verdade, a indagação sobre os motivos que o consumidor teria tido para relacionar-se em um negócio só tem cabimento em casos excepcionais. Assim sendo, só em casos isolados - excepcionais, portanto – é que poderia ocorrer o surgimento de uma conseqüência capaz de dar vida a um erro dessa natureza contra a vontade ou o consentimento do consumidor.

Error in quantitate – O consumidor pode dirigir sua vontade e seu consentimento à celebração de uma compra e venda de determinada quantidade de produtos. É aquele número de bens que ele tem em mira, porque ele é o que completa o fim visado pelo adquirente.

Assim, por exemplo, se ele necessita de duzentos metros de tecido, a fim de confeccionar uniformes para os alunos de uma escola, que deverão desfilarem num dia feriado,

¹⁵² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1.957, p.338.

mas comprou apenas cem (fato esse que inviabiliza a participação no desfile), o que se teve foi a geração de um erro de quantidade.

O que caracteriza esse tipo de erro é o fato de a expectativa da vontade e o consentimento do consumidor ter se inviabilizado em decorrência de um fator quantitativo.

13.4.2. Erro obstativo

Seria aquele tão dilatado em sua imponência que impede a formação do consentimento ou da vontade do agente.

Na verdade, se ambos são impedidos de formar-se, não cabe falar-se em erro contra aquilo que não veio à luz da realidade das coisas, que sequer pôde existir. Se assim é, não pode ser chamado de vício, porque, de fato, não é nada, inexistente, uma vez que não teve como gerar conseqüência nenhuma.

13.4.3. Erro acidental

Ele não se refere aos aspectos essenciais da vontade e do consentimento do respectivo emitente, *in casu*, o consumidor. Sustenta-se que ele não tem força suficiente para anular o negócio jurídico no qual interferiu.

Resta indagar-se se, em sede de direito consumerista, o erro acidental encontra guarida. Parece-me que, apesar do rigor que o erro suscita em direito do consumidor, ainda assim ele passa ao largo de receber uma sanção anulatória.

13.4.4. *Error facti*

O erro de fato, no ensinamento de Orlando Gomes, “é o que recai sobre um fato.”¹⁵⁴

Na verdade, o erro de fato incide sobre as qualidades essenciais de determinada pessoa ou objeto.

¹⁵³ CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.982, p. 21-22.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, p.339.

13.4.5. Erro de direito

O chamado erro de direito não deve confundir-se com a ignorância da lei, nem com as chamadas conseqüências jurídicas de um ato. São coisas diversas.

Washington de Barros Monteiro conceituou-o da seguinte maneira:

“O *error juris* não consiste apenas na ignorância da norma, mas também no seu falso conhecimento e na sua interpretação errônea. De qualquer modo, para induzir anulação do ato, necessário é que o erro tenha sido a razão única ou principal, ao determinar a vontade”.¹⁵⁵

Desde que aquele que o alega não pretenda descumprir ou contornar a observância da lei, nada impede que se dê guarida a esse tipo de pleito.

O direito do consumidor não poderia deixar de dar um tratamento diferenciado ao erro de direito, notadamente aquele em que o consumidor incorreu.

A realidade do mercado de massa atinge uma quantidade enorme de pessoas de todos os matizes culturais. Assim, do néscio ao gênio, todos sucumbem às regras, normas e costumes do mercado. Desse fato não há como se poder fugir.

Seria demasiado exigir-se que toda uma gama gigantesca de consumidores tivesse, objetivamente, condições de forrar seu conhecimento com todas as normas pertinentes aos negócios de consumo. É tarefa quase impossível até para os doutos.

Diante disso, é razoável a aceitação da alegação feita por um consumidor de que desconhecia certos aspectos jurídicos de um negócio do qual participou. É claro que se há de levar sempre em conta o fato de ele estar pretendendo, ou não, burlar a validade de alguma lei.

Sílvio Rodrigues, a propósito, diz:

¹⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, vol. I*. São Paulo: Edição Saraiva, 1.967, p.199.

“Em conclusão, erro de direito aproveita quando quem o postula não pretende, com seu acolhimento, fugir à incidência de uma regra cogente, mas antes pretende que se reconheça que os pressupostos de anulabilidade ocorrem na hipótese, por existir uma disparidade entre o que era querido e o que foi declarado, aparecendo assim um vício de consentimento”.¹⁵⁶

Num país regido por uma enxurrada de leis como o nosso seria irreal exigir-se, por exemplo, dos consumidores terem pleno conhecimento dos regramentos jurídicos referentes a seu plano de saúde.

Ora, se esse desconhecimento aflige os fornecedores, prestadores de serviços etc., como é que poderia não prejudicar a estabilidade da situação dos consumidores em seus relacionamentos com o mercado de massa?

Assim, se, por desconhecimento de aspectos jurídicos, a vontade e o consentimento de um consumidor endereçarem-se a um negócio ruinoso a seus interesses, ter-se-á um vício resultante de *error juris*.

Joaquin Costa, discorrendo sobre a ignorância do direito, disse:

“Es sabido que uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas viene sendo, desde hace más de dos mil años, una presunción *juris et de jure* que constituye un verdadero escárnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia: esa base, esse cimiento de las sociedades humanas es el que se encierra em estos dos conocidos aforismos, heredados de los antiguos romanistas: 1º A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemine licet ignorare jus*); 2º Em su consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Edição Saraiva, 1.979, p. 101.

¹⁵⁷ COSTA, Joaquin. *La ignorância del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1.957, p.13. Em tradução livre: “É sabido que um dos mais firmes sustentáculos das sociedades civilizadas vem sendo, há mais de dois mil anos, uma presunção *júris tantum* que se constitui num verdadeiro escárnio e na maior tirania, jamais exercidos na história: essa base, esse cimento das sociedades humanas é o que se encerra nesses dois conhecidos aforismos, herdados dos antigos romanistas: 1º A ninguém é permitido ignorar as leis (*nemine licet ignorare jus*); 2º Em consequência disso, presume-se que todo o mundo as conhece”.

Finalizando, não se pode deixar passar, *in albis*, a opinião da corrente que preconiza a migração do erro, do campo de atuação da vontade e do consentimento para o da teoria do risco.

Humberto Theodoro Junior faz a seguinte reflexão a esse respeito:

“O tratamento do erro apenas como *vício da vontade* reflete um estágio superado, porque arraigado ao individualismo. As preocupações atuais se voltam, com preponderância, para a tutela dos interesses coletivos ou sociais, embora sem anular, é claro, o indivíduo, sua personalidade, e seus interesses individuais, mas sempre fazendo prevalecer a segurança e a paz no relacionamento jurídico com apoio em anseios que transcendem o puro resguardo da esfera individual. Nesse clima, para o direito contemporâneo, o que adquire maior relevância não é o defeito na formação da vontade, mas são as conseqüências práticas que do erro derivam. E dentre elas, a mais significativa é a alteração na organização contratual de interesses. Não se admite, mais, que a solução do problema se dê apenas sob a ótica do interesse patrimonial, ou não, do contratante incurso em erro. Há uma complexidade a envolver interesses outros que, não obstante a vontade defeituosa do agente, podem justificar, socialmente, a manutenção do vínculo contratual, como a estabilidade dos contratos, a confiança do outro contratante, a segurança do tráfico jurídico. Para superar as deficiências da teoria do vício da vontade, a solução preconizada pela doutrina e pelos Códigos mais modernos encaminha o erro para o campo dominado pela teoria do risco”.¹⁵⁸

Mas o fato de se por o erro sob a esfera hegemônica da teoria do risco não significaria o afastamento ou superação da necessidade de cogitação a respeito do consentimento ou da vontade do participante de um negócio jurídico.

Como se viu, o erro seria uma conseqüência nefasta do relacionamento jurídico entre as partes, capaz de afetar-lhes a vontade e o consentimento. Ora, diante disso, para se remeter o erro à teoria do risco, isto é, para se sustentar que se o combate, porque ele ou é um risco em si mesmo ou põe em risco a segurança dos negócios jurídicos, há, necessariamente, de se

¹⁵⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil, volume III*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.003, p. 56-57.

explicar de onde ele proveio, o que foi que o originou, qual a sua causa – e esse ponto de partida é o consentimento ou a vontade.

Se o consentimento e a vontade não tivessem sido afrontados por um fator maléfico, o erro não se originaria. Assim sendo, mesmo que se transporte o erro para a teoria do risco, ele terá sempre os pés fincados no tema da vontade e do consentimento.

E mais: ele será sempre uma consequência.

14. O ERRO COMO CONSEQUÊNCIA DA DESESTABILIZAÇÃO DA VONTADE E DO CONSENTIMENTO DO CONSUMIDOR NA COMPRA E VENDA CONSUMERISTA

14.1. Conceito e definição de erro nas relações de consumo

O Código de Defesa do consumidor não definiu o que entende por erro. Não apenas deixou de conceituá-lo como também não se ocupou de agrupar os chamados defeitos dos atos jurídicos ou vícios do consentimento num Capítulo especial.

Na verdade, parece que o legislador consumerista teria optado por uma metodologia mais casuística do que ortodoxa. Em síntese, ao contrário do legislador civilista, não encapsulou os defeitos ou vícios do consentimento consumeristas em um *numerus clausus*.

Essa omissão, salvo engano, atenderia mais aos reclamos da defesa dos direitos e interesses dos consumidores do que, propriamente, aos aspectos vinculados à sistemática de uma codificação. É que os vícios do consentimento e da vontade, deixados soltos no CDC da forma como ocorreu, facilitam o exercício efetivo da proteção dos consumidores, segundo o padrão de eficácia preconizado pela Constituição Federal e pelo próprio CDC.

Considerando-se que o direito do consumidor tem caráter interdisciplinar, nada impede que se busquem os elementos informadores do erro consumerista em outro ramo da árvore jurídica.¹⁵⁹

Um desses ramos, como já se viu, é o direito civil.

¹⁵⁹ Eduardo Gabriel Saad, *in*, *Comentários ao código de defesa do consumidor*, p. 58-59, a respeito do caráter interdisciplinar do direito consumerista, registrou o seguinte: “Já deixamos transparecer que a tutela do consumidor não se exaure neste Código. Em vários compartimentos do nosso ordenamento jurídico encontram-se disposições legais com reflexos nas relações de consumo. Em consonância com o disposto no inciso I do art. 22 da Constituição da República, compete, privativamente, à União legislar sobre direito civil, comercial, processual, marítimo e aeronáutico – setores do nosso sistema legal que abrigam normas reguladoras de situações em que se faz presente o interesse do consumidor. O direito civil é o mais frondoso da árvore do direito privado e que Ferrara definiu como “o conjunto de normas que disciplina as relações dos indivíduos ou pessoas jurídicas entre si, em condições de igualdade, na esfera das pessoas e na do patrimônio” (*Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, p. 153). É no direito das obrigações que deparamos com o maior número de disposições que, com maior frequência, são invocadas no deslinde de litígios entre o consumidor e o comerciante ou fornecedor do produto”.

Cuidaremos, agora, de dar nossa definição de erro consumerista.

Segundo nos parece, o erro seria uma conseqüência nefasta à juridicidade de uma relação jurídica, resultante de um estado deficitário da mente, ou de um juízo incorreto, ou de uma falsa representação, ou de falta de concordância, ou de uma opinião contrária, ou de um desconhecimento parcial, ou de um desajuste, ou de uma noção não correspondente à verdade etc., capaz de desestabilizar e prejudicar a clarividência da vontade ou o do consentimento do consumidor na consolidação ou na execução de um negócio do qual ele participou nessa condição.

Assim, erro poderia ser a falsa noção que o consumidor passaria a ter num relacionamento de consumo como conseqüência da desestabilização de sua vontade e consentimento por um fator prejudicial a seus direitos, interesses ou conveniências.

Da forma como erro vem sendo definindo – repito - a impressão que se poderia ter é a de que ele seria uma espécie de dado concreto ou um fato em si mesmo instalado numa relação jurídica com força suficiente para prejudicá-la.

Mas, como pretendemos demonstrar, não seria isso o que realmente ocorre.

14.2. Algumas características do erro consumerista

Nas relações jurídicas sujeitas ao império das leis privadas – como já se asseverou - o erro pode ser invocado por qualquer uma das partes envolvidas em um negócio, não importando em que pólo da relação ela se encontre, isto é, se é credor ou devedor de uma obrigação.

Já nas relações disciplinadas pelo CDC a invocação do erro só aproveita ao consumidor. Ele, portanto, é o titular do exercício desse direito.

Tanto é verdade que essa titularidade lhe pertence com exclusividade, que se ela for exercida pelo fornecedor não terá como aproveitar ao seu direito, se se evidenciar que foi ele quem deu causa ao surgimento desse tipo de conseqüência.

O erro nos negócios disciplinados pelas leis privadas, ou melhor, pelo Código Civil, não depende de um tipo especial de parte para poder ser reconhecido.

Já o erro das relações de consumo tem uma espécie de parceiro fixo, pois, do contrário, não tem como e nem por onde ser reconhecido e, assim, merecer a proteção do CDC. Esse companheiro é o consumidor.

Essa característica força o erro consumerista a estar, sempre, na companhia de um consumidor, que, por sua vez, agiu nessa condição numa relação específica de consumo.

Assim sendo, o erro de consumo tem dois elementos constitutivos: o primeiro consiste na existência de uma relação de consumo; o segundo, por sua vez, é a existência de um consumidor.

14.3. A desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor

A patologia da vontade ou do consentimento é decorrência de uma causa externa à volição do consumidor. Tanto isso é verdade, que ela (a patologia ou estado patológico) não se propaga dele (consumidor) para o mundo concreto das relações de consumo. É exatamente o contrário que ocorre, isto é, algum fator ou causa de desarranjo se instala na vontade ou consentimento do consumidor, prejudicando-lhe a clarividência ou o tirocínio. Depois disso - só depois, tomo a liberdade de insistir - é que ele passa a sofrer os efeitos do vício intitulado erro.

Salvo engano, nunca se errou tanto como agora em matéria de compra e venda ou de prestação de serviços. A massificação e velocidade, tanto na consolidação como na execução dos contratos, tendem a impedir que uma das partes, isto é, o consumidor, não tenha, em suas relações de negócio, condições objetivas nem tempo para poder sopesar como devera aquilo que faz.

A hipossuficiência do consumidor (art. 4º, I, do CDC) alimenta a instauração de defeitos nos atos por ele praticados, gerando o vício denominado erro.

Daí a implantação de um ambiente ideal para esse defeito ou vício medrar à larga. E ele o faz no campo da obnubilação da vontade e da vertigem do consentimento. E foi assim

que se instalou uma espécie de era do erro como a tônica quase sempre presente nas relações de consumo.

E, mais uma vez, os produtores e fornecedores de serviços, comerciantes, exportadores etc. entram em cena, instilando o desejo aquisitivo nas veias dos consumidores por meio dos canais de comunicação de massa, a fim de impingir-lhes seus produtos ou serviços. Eles, como ninguém, sabem que o poder de reação das massas à publicidade de consumo é quase nulo.

Convencidos de que o erro é quase uma regra geral inserida no comportamento dos consumidores, os fornecedores partem do pressuposto de que eles, diluídos em meio à massa, constituem-se numa espécie de ser cego de vontade e de consentimento.

Baudrillard, discorrendo sobre as características da sociedade de consumo, em obra clássica, anotou o seguinte:

“Vivemos desta maneira ao abrigo dos signos e na recusa do real. Segurança miraculosa: ao contemplarmos as imagens do mundo, quem distinguirá esta breve irrupção da realidade do prazer profundo de nela não participar. A imagem, o signo, a mensagem, tudo o que “consumimos”, é a própria tranqüilidade selada pela distância ao mundo e que ilude, mais do que compromete, a alusão violenta ao real. O conteúdo das mensagens, os significados dos signos, em grande parte, são diferentes. O nosso empenhamento não as acompanha e os meios de comunicação não nos orientam para o mundo, oferecem-nos para consumo signos atestados, contudo, pela caução do real. Chegou o momento de podermos definir a práxis de consumo. A relação do consumidor ao mundo real, à política, à história, à cultura, não é a do interesse, do investimento, da responsabilidade empunhada – também não é a da indiferença total, mas sim a da CURIOSIDADE. Segundo o mesmo esquema, pode afirmar-se que a dimensão do consumo até aqui por nós definida, não é a do conhecimento do mundo, nem igualmente a da ignorância completa: é a do DESCONHECIMENTO. Curiosidade e desconhecimento designam um só e mesmo comportamento global a respeito do real, comportamento generalizado e sistematizado pela prática das comunicações de massa e, portanto, característico

da nossa “sociedade de consumo”: trata-se da recusa do real, baseada na apreensão ávida e multiplicada de seus signos.”¹⁶⁰

Ao legislador não teria escapado o fato de a vontade e o consentimento dos consumidores ficarem expostos a toda sorte de riscos que infestam a sociedade atual.

Por causa deles é que se instituiu a política nacional das relações de consumo (CDC, arts. 4º e 5º), que, entre outras providências, prescreve a educação com vistas à melhoria do mercado de consumo.

Considerando-se que não se pode combater o erro em si mesmo, combatem-se suas causas geradoras. Elas, por sua vez, de tão multifárias que são não cabiam mesmo nas dimensões do Código de Defesa do Consumidor.

Mas nem por isso ele foi omissor.

Assim, dispersos pelo CDC podem ser vistos os instrumentos de combate a esse tipo de defeito ou vício: os principais deles são os princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor; em seguida, vêm alguns artigos do CDC, como, por exemplo, o 4º, 5º, 6º, 8º, 28, 29, 36, 37, 39, 43, 46, 51 etc.

Combatem-se as fontes geradoras do erro não apenas porque elas prejudicam uma parte contratante considerada hipossuficiente pela lei, mas também porque elas prejudicam o mercado, retiram-lhe transparência e substituem a boa fé objetiva pela má fé.

Finalizando - repito - o erro como consequência da instalação de um vício desestabilizador da vontade e do consentimento do consumidor seria, provavelmente, o mais grave distúrbio de um ato de consumo.

¹⁶⁰ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1.981, p. 26, 27.

15. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implantação do Código de Defesa do Consumidor provocou uma verdadeira reviravolta no pensamento jurídico nacional.

Antes de seu advento, os negócios de compra e venda eram tratados sob a ótica exclusiva do direito privado, onde as partes contratantes são postas exatamente num mesmo patamar.

Após a entrada em vigor do CDC, verificou-se que a igualdade entre as partes contratantes só poderia ser alcançada se passasse por um processo de radical modificação. Assim, o consumidor teve de ser considerado parte fraca na relação contratual como uma maneira prática de o direito poder alcançá-lo e dar-lhe proteção eficaz.

Por outro lado, enquanto isso, subvertendo-se o andamento tradicional das ações e para desespero dos processualistas, autorizou-se o magistrado a inverter o ônus da prova em favor do consumidor.

Essas alterações no ordenamento jurídico brasileiro só poderiam ter lugar se o direito do consumidor saísse da órbita do direito privado e ingressasse na do direito público. Foi o que ocorreu.

Mas isso ainda seria insuficiente à tutela efetiva do consumidor. Conferiu-se, então, ao CDC, além de uma índole pública, uma função social e um Norte *principiológico*.

Essas três características (caráter público, função social e orientação *principiológica*) completaram-se em prol dos consumidores.

Assim, o CDC forrou-se de todos os elementos necessários para poder enfrentar os meandros do mercado de consumo. Mas, a despeito dessa tríplice característica, ainda não se pode afirmar que o campo de atuação do CDC já esteja totalmente aplainado. Ele apenas reduziu-se. Tudo ficou na dependência da maneira como o CDC for aplicado.

É que o CDC é um instrumento de defesa do consumidor. Não se lhe pode dar outra finalidade. É isso o que a lei e a Constituição, de forma expressa e clara, desejam.

E foi com os olhos postos nesse mandamento que este trabalho se desenvolveu.

Tanto é verdade que o legislador teve em mente o exclusivo propósito de outorgar ao consumidor um instrumento eficaz de proteção que intitulou o diploma legal de Código de Defesa do Consumidor. Fosse ele destinado a outra função poderia chamar-se, por exemplo, de Código das Relações de Consumo.

A defesa do consumidor tem muito a ver com sua vontade e seu consentimento. Ambos - repetimos ao longo de todo o nosso trabalho – não são a mesma coisa. Por outro lado, ela também tem muito a ver com o combate às causas geradoras dos defeitos dos atos de consumo, ou seja, os chamados vícios do consentimento do consumidor.

Essas causas geradoras do erro nas relações de consumo - ou mais apropriadamente nos contratos de compra e venda – são típicas das sociedades pós-modernas. É que essas sociedades têm como característica principal a massificação do ser humano. E é assim que ele vai às compras.

Na verdade, as sociedades pós-modernas criaram uma espécie de homem novo, porque é despido totalmente de individualidade. Essa falta de individualidade, provocada, em grande parte, pelos meios de comunicação de massa, lhe afeta a vontade e o consentimento.

A comunicação de massa, no entanto, não é o único fator de desestabilização da vontade e do consentimento do consumidor. Outros há, como, por exemplo, a publicidade e a música.

Como essas causas são quantitativamente inimagináveis não se poderia contê-las dentro do CDC.

Embora o CDC não tenha contemplado os defeitos dos atos de consumo ou vícios do consentimento e da vontade do consumidor com um Capítulo específico, esse fato, por si só, não impede o exercício da defesa dos direitos e interesses da enorme massa anônima de consumidores.

No que aproveita a esse tema procuramos demonstrar que os instrumentos de defesa dos consumidores podem ser encontrados, em primeiro lugar, nos princípios que compõem o microsistema consumerista e, em segundo lugar, em vários artigos do próprio CDC.

Finalmente - e sempre em vassalagem ao disposto na Constituição Federal e no próprio Código de Defesa do Consumidor -, cuidamos de conferir aos juízes o ofício de servir de paladinos dos direitos, interesses e até das conveniências do consumidor.

Embora correndo o risco de sermos enquadrados em heresia processual, tomamos a liberdade de afirmar que o magistrado, no cumprimento da função de defensor dos consumidores, não deve vacilar em quebrar a higidez de regras processuais. Na verdade, seu convencimento não deve ater-se mais à forma, isto é, ao processo, do que ao fundo do direito reivindicado pelo consumidor numa questão concreta.

Tem-se, assim, que, se para exercer a defesa do consumidor o juiz tiver de sentenciar *extra petita*, ou *ultra petita* ou *citra petita*, que o faça desde que isso seja a única forma de ele observar o que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor determinam.

Não se está dizendo que o juiz deva substituir o advogado do consumidor, mas apenas que ele, ao sentenciar, não deve deixar de dizer o direito em favor do consumidor que tem razão só porque, se o fizer, afrontará uma regra processual.

Afinal, processo é apenas um veículo dentro do qual a ação – não o direito da parte - se põe.

Nenhum mal se veja nisso, porque não passa de uma forma de atendimento ao que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor determinam.

E assim chegamos ao final do nosso trabalho esperando ter contribuído – ainda que com um com um adminículo - para a abordagem do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1.985.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000.
- ÁLVARES, Walter T. *Direito comercial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1.969.
- ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM, Eduardo Arruda, MARINS, James. *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.995.
- ALVIM, Arruda, Tereza, Eduardo. MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.995.
- ANASTASI, Anne. *Campos da psicologia aplicada*. São Paulo: Editora Herder, 1.972.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001.
- AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, II. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1.958.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1.981.
- BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas*. São Paulo: Editora Brasiliense S.A., 1985.
- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000.
- BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato - teoria geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.997.
- BEVILÁCQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1.955.
- BEVILÁCQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.955.
- BITTAR, Carlos Alberto, *Contratos comerciais*. São Paulo: Editora Forense Universitária Ltda., 1.990.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1.990.
- BULGARELLI, Waldírio, *Contratos Mercantis*, Editora Atlas, 1.979.
- BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Editora Atlas, 2.000.
- CARNELLI, Lorenzo. *Tempo e direito*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1.960.
- CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001.
- CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.982.
- CAVALCÂNTI FILHO, Theópilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Editora Revista

- dos Tribunais. 1.964.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Saber envelhecer*. Porto Alegre: L&PM Editores.2.005.
- COSTA, Joaquin. *La ignorância del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1.957.
- DEBESSE, Maurice. *As fases da educação*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1.967.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos. vol I*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.999.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.999.
- FABRE, Simone Goyard. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1.999.
- FACHIN, Édson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000.
- FAZENDA, Ivani (organizadora). *Dicionário em construção*. São Paulo: Cortez Editora, 2ª ed., 2.002.
- FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade Abusiva*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1.999.
- FRANÇA, Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.962.
- FROMM, Erich. *O medo à liberdade*. Zahar Editores, 1.960.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - parte geral, vol. I*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.002.
- GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas abusivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.001.
- GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.002.
- GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000.
- GIORDANO, Alessandro e DEREUX, Georges. *I contratti per adesione*. Paris: Révue Trimestrelle de Droit Civil, vol. 9.
- GIORGIO, Jorge. *Teoria de las obligaciones em el derecho moderno*. Madrid: Rev. Legislación, 1.909.
- GOMES, Orlando, *Contratos*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1.966.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1.957.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil - luso brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1.951.
- GUILLAUME, Paul. *Manual de psicologia*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1.963.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.000.
- HUBERMANN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 21ª ed.

- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Organização Simões. 1.953
- JERSILD, Arthur T. *Psicologia da criança*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1.967.
- JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: MAUAD, Consultoria e Planejamento Editorial Ltda., 1.997.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1.998.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000.
- LOPES, Manoel Maria de Serpa. *Curso de direito civil – vol. I*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.957, p. 426.
- LOPES, Manoel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.961.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil, vol.3*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, vols. 3 e 1, 1.957.
- LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Tutela específica no código de defesa do consumidor diante das garantias constitucionais e do devido processo legal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2.002.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1.998.
- MACEDO, Gastão A., *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1.966.
- MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.996.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.995.
- MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Léçons de droit civil - tome premier*. Paris: Éditions Montchrestien, 1.967.
- MAZEAUD, Henri, Léon, Jean. *Léçons de droit civil – tome deuxième*. Paris: Éditions Montchrestien, 1.966.
- MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro, vol. 1, 1ª parte e VI 2ª parte*. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1.956.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, tomos I, II e XXXIX*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, 1º volume*. São Paulo: Saraiva S/A Livreiros Editores, 1.967.
- NERY JR., Nélon. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.999.

- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.994.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor -Direito Material arts. 1º a 54*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000.
- PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes. 2.000
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1.999.
- PFROMM NETTO, Samuel. *Psicologia da adolescência*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora – Editora da Universidade de São Paulo. 1.968.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho civil – parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2.000.
- RAO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Edição Saraiva, 1.981.
- REALE, Miguel e REALE, Miguel Junior. *Questões atuais de direito*. Belo Horizonte:Livraria Del Rey Editora, 2.000.
- REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes. 2.000.
- RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1.982.
- RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva S. A. Livreiros Editores. 1.979.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1.988
- ROTONDI, Mario. *Instituciones de derecho privado*. Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1.953.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil, vol. I*. São Paulo: Edição Saraiva, 1.971.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: LTr Editor, 1.997.
- SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1.999.
- SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000.
- SANTOS, J. A. Penalva. *Novos estudos de direito comercial*. São Paulo: Renovar, 2.001.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado, vols. II e XVI*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.958.
- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de defesa do consumidor anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.001.
- SLATER, Don. *Cultura do consumo & modernidade*. São Paulo: Nobel, 2.002.
- SOUZA, Sebastião de. *Da compra e venda*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1.956.
- STIGLITZ, Rubén S. *Contratos - teoría general*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1.994.
- STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1.959.

- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001.
- THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo código civil, volume III*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.003.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil - Teoria geral das obrigações e Teoria Geral dos contratos, tomo II*. São Paulo: Editora Atlas, 2.001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil III – Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2.001.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale, vol. 4*.
- WALD, Arnold. Revista da associação brasileira de magistrados, Cidadania e justiça, ano 4/8, 1º.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil – introdução e parte geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.002.
- WITTING, Arno. *Psicologia geral*. São Paulo: Mc Graw Hill do Brasil, 1.981.
- WRIGHT, Charles R. *Comunicação de massa*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1.968.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)