

Fontes de integração do contrato de consumo

Paulo Henrique Ribeiro Garcia¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. A Declaração Negocial. 3. A Lei. 3.1. A Cláusula geral da boa-fé objetiva. 3.2. A Cláusula geral da justiça contratual. 3.3. A Cláusula geral da função social do contrato. 4. A informação e a publicidade. 5. As declarações das partes. 6. Os acordos coletivos. 7. Os códigos de autodisciplina. 8. As normas das autoridades independentes. 9. Os usos e costumes 10. Conclusões.

1. Introdução

A composição final dos interesses dos contratantes identifica a precípua função desempenhada pelo contrato, que *pode ser resumida na ideia de operação econômica.*²

Os indivíduos, em síntese, buscam a satisfação de suas necessidades e a realização de seus interesses por meio de operações de troca de bens ou de serviços, configurando o contrato o instrumento que, regulamentando as atividades dos envolvidos, viabiliza a organização necessária para se alcançar o resultado prático almejado.

E, na definição de Claudia Lima Marques,³ todas essas relações jurídicas contratuais que ligam um consumidor⁴ a um profissional, for-

¹ Especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura.

² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 8.

³ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252.

⁴ Consumidor, segundo definição do artigo 2º, da Lei nº 8.078/90, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A definição da expressão destinatário final admite interpretações diversas. Por conta disso, não existe unanimidade na aplicação de um critério para definição do consumidor, como esclarece Bruno Miragem: “Observa-se na jurisprudência, assim, tanto a identificação de entendimentos qualificando o consumidor e aplicando o CDC para destinatários finais meramente fáticos – que inclusive reempregam o produto ou serviço em uma atividade econômica, fazendo com que retorne ao mercado –, quanto os que adotam o critério da destinação final fática e econômica, exigindo que o emprego ou utilização do produto ou serviço seja não profissional, ou ainda que o adquirente possua esta qualidade (seja também o destinatário final um não profissional, e não apenas o modo de utilização do bem). (*Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 86.)”

necedor de bens ou serviços⁵ são contratos de consumo. Representam, pois, a maior parte das operações que visam à satisfação das necessidades humanas.

Na atual sociedade de massa, os bens e serviços de necessidade são, em regra, obtidos pelos indivíduos no “mercado de consumo”. Um mercado estruturado pela conduta dos grandes fornecedores, os quais, estabelecendo os bens que serão colocados à disposição das pessoas, os preços dos referidos produtos e serviços e as condições que cada indivíduo terá de atender para ter acesso aos referidos bens, exercem a titularidade do Poder Econômico.⁶

Se não houver limites, o detentor do poder econômico se valerá de sua posição preeminente para estabelecer todas as regras do mercado, visando somente à satisfação de seus interesses, com o retorno do fenômeno observado na Revolução Industrial da “escravidão do homem pelo próprio homem”.⁷

Em uma mesma arena, representada pelo negócio jurídico contratual, digladiam-se, de um lado, aquele que visa lucro, armado com as forças de seu poder econômico, e, de outro, aquele que busca garantir sua própria subsistência, em regra, uma pessoa física mal aquinhoad economicamente, despreparada para atuar num mercado sofisticado, que merece proteção, por não ser descartável.⁸

No que diz respeito aos milhares de consumidores, essa busca pela aquisição de bens e serviços ostenta, na lição de Marco Fábio Morsello, “arquétipo estrutural existencial, naturalmente consentâneo com a

⁵ Fornecedor, segundo definição do artigo 3º, da Lei nº 8.078/90, 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.

⁶ O poder estatal organizado não é o único meio para o exercício do poder, valendo trazer citação de Norberto Bobbio: [...] os outros dois principais são a posse dos instrumentos de produção (que dá origem ao poder econômico) e a posse dos instrumentos de formação das idéias (que dá origem ao poder ideológico). (*Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 75.).

⁷ Escassos são os bens e aguçados os interesses sobre eles, o que exige, conforme precisa lição de Fábio Nusdeo, a produção de normas para o equilíbrio de tais interesses: Daí as leis para tutelar o consumo. (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 32 e 21.).

⁸ Conforme Antonio Junqueira de Azevedo, in: Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

subsistência da pessoa humana”,⁹ o que destaca o valor social do contrato de consumo, cuja efetivação depende do equacionamento das forças entre os contratantes.

Isso significa que “os três níveis do contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados”,¹⁰ de modo que o complexo de normas de uma relação contratual de consumo integre o ordenamento jurídico, em parte com a função de **tornar possível a realização dos interesses individuais** e em parte para **tornar possível a convergência das ações individuais e sociais a fim de se organizar a economia de consumo de maneira equilibrada**.¹¹

Oportuno observar, porém, que a Lei nº 8.078/90 não regulamenta especificamente os diversos tipos de contrato. A compra e venda, a locação de bens, a empreitada, entre vários outros, por exemplo, estão tipificados no Código Civil. Existem, ainda, contratos disciplinados em leis esparsas. E a Lei nº 8.078/90, além de não tipificar, também não tem o efeito de revogar toda a estrutura tipificada para um determinado negócio jurídico que por ela venha a ser qualificado como relação de consumo, como se se tratasse de um microsistema isolado e independente. Tanto que se reconhece sua particular forma de atuar bem sintetizada na expressão “diálogo das fontes”.

A missão da Lei nº 8.078/90 é, pois, garantir que os contratos qualificados como de consumo, seja qual for a espécie (compra e venda, locação, alienação fiduciária, depósito, etc.), apresentem aquela

⁹ Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan et al. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 297.

¹⁰ Antonio Junqueira de Azevedo, in: Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 185.

¹¹ A função econômica não esgota a importância do contrato. Enquanto expressão da autonomia privada, dentro do qual se manifesta o poder de criar normas, o contrato representa fonte de integração do ordenamento jurídico, o que revela sua nítida função social. E, ao ordenamento jurídico, no qual se insere o contrato, são atribuídas duas funções tradicionais, nos dizeres de Norberto Bobbio: [...] a função de tornar possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, fins individuais e a função de tornar possível a cooperação de indivíduos ou grupos que perseguem um fim comum. São normas de conduta as que, limitando a própria obra à coordenação de ações individuais, estabelecem as condições para obter o máximo de independência dos indivíduos que convivem entre si. São normas de organização as que, mediante um trabalho de convergência (forçada) de ações sociais, estabelecem as condições para proporcionar o mínimo de dependência necessário a indivíduos que cooperam entre si.” (*Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 120-121.).

convergência dos interesses individuais e sociais, com atendimento simultâneo tanto da função econômica quanto da função social, o que faz equilibrando a assimetria de poder entre os agentes, levando a efeito a proteção do consumidor (parte reconhecidamente vulnerável da relação contratual).

Os parâmetros estão estabelecidos, em um primeiro momento, nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.078/90, por meio dos princípios jurídicos ali consagrados, que sinalizam os valores que os sujeitos devem buscar e observar no mercado de consumo, complementados nos capítulos V e VI do referido diploma, pela vedação das condutas que violam a funcionalidade do sistema, denominadas práticas e cláusulas abusivas.

E, dos inúmeros contratos de consumo celebrados ao longo dos diversos anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, não muito menos numerosas foram as demandas entre consumidores e fornecedores, as quais, certamente, nem sempre encontraram na declaração negocial, que deu origem ao contrato de consumo, uma solução jurídica em consonância aos valores do sistema protetivo da lei, de modo que foi exigido do aplicador do direito a integração das fontes normativas.

O contrato de consumo, portanto, não prescinde daquele tradicional processo cognitivo aplicável aos negócios jurídicos, composto pelos procedimentos de interpretação, qualificação e integração.

O presente estudo tem por objeto justamente a aplicação do procedimento de integração ao contrato de consumo, abstraindo-se, contudo, da ideia comum de que a integração configura um mero trabalho de preenchimento de lacunas, uma vez que deve representar a construção do regulamento negocial, que se caracterize em um sistema normativo harmônico.¹²

2. A declaração negocial

A autonomia privada é o ponto de partida para o reconhecimento do poder atribuído às pessoas para regular e ordenar livremente suas relações jurídicas contratuais.

¹² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalдино. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 209.

O contrato de consumo não difere dos demais. Surge do acordo de vontades, que se exterioriza por meio de uma declaração negocial, em que se define os elementos essenciais do negócio jurídico (o sujeito e o objeto da relação jurídica). Possível, a partir de então, identificar os contratantes, o tipo contratual e o bem ou serviço, que representa o interesse que as partes buscam satisfazer. A dinâmica da relação funciona por meio dos diversos comportamentos estabelecidos para cada parte, os quais, realizados tal qual previstos, devem ter o efeito de produzir o resultado prático almejado. A obrigatoriedade da conduta, inclusive passível de sanção, é o atributo que traz força normativa ao estabelecido.

Em se tratando de relação de consumo, comum essa declaração negocial ser representada pelas “Condições Gerais do Contrato”, aqueles modelos contratuais padronizados e impressos, com espaços deixados apenas para a individualização dos contratantes, que, na definição de Paulo Luiz Neto Lobo, “constituem regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o disponente e o respectivo aderente”.¹³

Trata-se de um processo racionalizador que estabelece uniformidade de conteúdo na série de relações contratuais de tipo idêntico e proporciona redução dos custos na atividade empresarial. Em princípio, o extenso rol de cláusulas, previamente refletidas pelo fornecedor e que ostentam generalidade e abstração, permite ao aplicador do direito utilizar-se das condições gerais do contrato como fonte normativa para a solução das mais diversas situações.

E o início do processo cognitivo do contrato reside justamente na análise da declaração negocial, seja aquela restrita a uma troca de palavras, seja aquela formada por um modelo de condições gerais. Nesse particular, a primeira tarefa do jurista diz respeito à interpretação das declarações para responder o que acordaram as partes. Estabelecida pela interpretação qual o significado e consequências jurídicas que as partes acordaram, coloca-se a questão subsequente que consiste em classificar e julgar este acordo. Na qualificação, identifica-se o tipo contratual e verifica-se se existe alguma proibição legal. E desta apre-

¹³ *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 24.

ciação jurídica do tipo do contrato específico depende a aplicação das normas de integração para complementar o contrato.^{14 e 15}

Não se cuidando do objeto do presente estudo, o assunto relativo à interpretação das declarações negociais não será analisado.

A questão da qualificação, contudo, necessita ser enfrentada, pois importa para o desenvolvimento do correto raciocínio do procedimento de integração.

Isto porque, a atividade de qualificar configura o procedimento que identifica a disciplina do contrato,¹⁶ mas, também, em uma segunda etapa,¹⁷ diz respeito aos efeitos do negócio (validade/invalidade).

Nesse segundo momento, portanto, existe o controle da conformidade da declaração negocial às funções econômico-sociais tuteladas pelo Direito, com a incidência das normas cogentes que limitam ou corrigem o conteúdo do contrato.¹⁸

Em se tratando de contrato de consumo, situa-se no procedimento de qualificação, por exemplo, a classificação de um determinado negócio jurídico no conceito de contrato de adesão do artigo 54 da Lei nº 8.078/1990, como também o enquadramento das declarações negociais dentre as cláusulas abusivas do artigo 51 da Lei nº 8.078/1990.

Nessa análise das cláusulas em confronto com os princípios e normas do sistema jurídico, ensina José de Oliveira Ascensão, não se criam regras de conduta, tão somente se valoram as regras formuladas para as condenar.¹⁹ Antecipadamente, portanto, é possível concluir que a eventual criação de regras de conduta ao negócio jurídico em

¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 420-421.

¹⁵ Pietro Perlingieri diverge da maioria da doutrina por entender haver unidade no procedimento interpretativo, no que diz respeito à interpretação e à qualificação, que seriam realizadas concomitantemente pelo intérprete (*Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 650-656.).

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro Renovar, 2008. p. 650-656.

¹⁷ Quanto ao erro dos contratantes na denominação do tipo de negócio jurídico celebrado, ensina Darcy Bessone que o nomen iuris adotado pelas partes, para a qualificação do contrato, é de importância secundária, pois este erro de direito não obriga o intérprete, que pode retificá-lo para atribuir ao contrato o nomen iuris correto. (*Do contrato*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 225.).

¹⁸ BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio juridico*. Traducción de A. Martin Perez, Granada: Comares, 2000. p. 278-279.

¹⁹ *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 192.

substituição das disposições inválidas somente ocorrerá em um momento posterior, ou seja, na fase da integração do contrato e não na fase precedente de qualificação.

A contrariedade de uma cláusula inserida em um contrato de consumo aos parâmetros normativos enseja sua invalidade, o que significa a não produção de efeitos jurídicos da disposição contratual.

No âmbito do Direito do Consumidor, o artigo 51 da Lei nº 8.078/1990 disciplina a nulidade das cláusulas abusivas, incluindo as situações do inciso V, do artigo 6º, da Lei nº 8.078/1990, que prescreve a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, enquanto o artigo 46 da mesma Lei nº 8.078/1990 indica a ineficácia das cláusulas não conhecidas antecipadamente pelo consumidor, bem como daquelas redigidas sem clareza de redação, nos termos do artigo 54, § 4º, da Lei nº 8.078/1990, havendo em quaisquer das hipóteses a exclusão das disposições contratuais inválidas.

Em havendo a invalidade parcial, por afetar apenas uma ou algumas cláusulas do contrato, não se deve, em um primeiro momento, considerar prejudicado todo o negócio havido entre as partes. Em atendimento ao princípio da conservação do negócio jurídico, busca-se a manutenção do contrato, inclusive por meio da “redução do negócio jurídico”.²⁰ Essa é a inteligência do artigo 184 do Código Civil, bem como dos artigos 6º, inciso V, e artigo 51, § 2º, da Lei no 8.078/1990. No âmbito do contrato de consumo, a manutenção do negócio somente não ocorrerá se a exclusão da cláusula acarretar ônus excessivo a qualquer das partes, não dirimido pela integração.

Nesse momento em que a qualificação jurídica exige a exclusão das cláusulas inválidas – sem afetar a manutenção do contrato, que subsiste com a produção de efeitos jurídicos em sua parte válida –

²⁰ Ensina Cláudio Petrini Belmonte que: a redução do negócio constituirá uma recompensa da ordem jurídica pelo reconhecimento do valor jurídico da parte válida do negócio e da sua idoneidade para valer como preceito normativo vinculante. A redução contrapõe-se por um lado à eficácia total do negócio, tal como fora pretendido pelas partes celebrantes na regulação de seus interesses; e, por outro lado, à ineficácia total resultante da não-atribuição de qualquer relevância pela ordem jurídica à regulação dos interesses pelos privados para além dos limites estabelecidos pelo Direito Positivo. Pode-se dizer que o negócio reduzido consiste no resultado final positivo do exercício da autonomia privada dentro de limites mais apertados, definidos pelo Direito Objetivo, o que resultará da regra geral da conservação do negócio. (*Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 21)).

ocorre a modificação da estrutura do acordo firmado, ante o surgimento de lacunas normativas no programa contratual estabelecido pelas partes, que podem ensejar a necessidade de integração em um momento ulterior.

Com efeito, como bem esclarece Joaquim de Sousa Ribeiro,²¹ a declaração negocial não é, nem se confunde com o contrato, sendo apenas uma componente de sua complexa estrutura normativa.²²

Além disso, a onisciência não é atributo do ser humano, do que se conclui que os preceitos estabelecidos na declaração negocial nem sempre oferecerão resposta para todas as situações enfrentadas pelos contratantes, o que revela a incompletude da fonte primária, por mais extenso que seja o regulamento negocial.

São duas, portanto, as situações que originam as lacunas na declaração negocial a ensejar a integração do contrato de consumo: a) as lacunas decorrentes de situações não estipuladas pelas partes no momento da celebração do contrato; b) as lacunas decorrentes da exclusão de cláusulas contratuais inválidas;

Lacunas, não do sistema jurídico, mas da fonte que deveria estabelecer primeiramente a solução para uma determinada questão (no caso do contrato a declaração negocial), o que tem o efeito de acarretar a busca de solução em outra fonte, ou seja, em uma norma produzida por sujeito diverso da originária, procedimento denominado heterointegração.²³

A integração do contrato de consumo, portanto, consiste em encontrar uma resposta jurídica a situações que a declaração negocial não contempla direta e imediatamente.²⁴ Nessa seara, o juiz não deve

²¹ *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

²² Isso não retira da declaração negocial o posto de primeira e principal fonte normativa de qualquer contrato, pois, além de criar o vínculo jurídico, ela informa os principais elementos da relação jurídica e, por consequente, o modo pelo qual será estruturado o conteúdo normativo, cuja base reside no tipo contratual escolhido pelas partes.

²³ Quando as questões apresentadas para as partes são resolvidas pela aplicação dos próprios termos da declaração negocial, verifica-se a hipótese de autointegração. (PIERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 309).

²⁴ Custódio da Piedade Ubaldino Miranda esclarece: "A integração propriamente dita é uma forma de heterointegração que vai além da força expansiva ou lógica da declaração, destinando-se não só a colmatar as lacunas da regulamentação negocial, predisposta pelas partes, em matéria de efeitos jurídicos, mediante o recurso a normas supletivas, mas também a construir o regulamento negocial, mediante o recurso a outras fontes." (*Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 207.).

ignorar as bases de valoração aceita pelas partes, se não houver determinação legal em sentido contrário.²⁵ Conforme ensina Karl Larens, para a integração, “não deverá certamente o juiz pôr as suas próprias pautas de valoração no lugar das partes do contrato”.²⁶ A integração, pois, deve ser realizada no contexto do negócio singular em que se integra.²⁷

O artigo 7º da Lei nº 8.078 traz regra de integração normativa para a relação jurídica de consumo, relacionando, em caso de omissão da lei, os regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas, os princípios gerais do direito, a analogia, os costumes e a equidade.

Não traz, contudo, regra própria de integração para o contrato de consumo, tal qual faz o Código Civil italiano, que em seu artigo 1.374 dispõe: “O contrato obriga as partes não somente o quanto nele está expresso, mas ainda em todas as consequências que dele derivam segundo a lei, ou, na sua falta, segundo os costumes e a equidade.”.

Reconhece-se, contudo, a distinção entre a integração legal e a contratual, apontando-se, como evidencia, a exclusão da analogia do procedimento contratual,²⁸ até porque adotar a solução jurídica escolhida por outros contratantes poderia representar violação à liberdade de contratar. Outro argumento importante para a distinção é que, em relação ao contrato de consumo, existe fonte superior, como a própria lei, com supremacia em relação aos critérios indicados no artigo 7º da Lei nº 8.078/90.

Ademais, o próprio Código de Defesa do Consumidor contempla regras específicas de integração do contrato de consumo, como aquela disposta no artigo 30 da Lei nº 8.078/90, que reconhece a força vinculante das informações veiculadas pelo fornecedor e da publicidade.

Em sendo assim, relevante relacionar as fontes de integração contempladas no direito pátrio no que concerne ao contrato de consumo: a) a lei; b) a informação e a publicidade; c) as declarações das partes; d) os acordos coletivos; e) os códigos de autodisciplina; f) as normas das autoridades administrativas; g) os usos e costumes – as quais nos próximos itens serão objeto de análise específica, sem se olvidar de breves notas a respeito da hierarquia dessas fontes.

²⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 168.

²⁶ *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 423.

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 191.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 204.

3. A lei

A lei é a fonte por excelência da integração negocial, conforme ensina Custódio da Piedade Ubaldino Miranda: “Se a integração é, antes de mais, a integração dos efeitos, se os efeitos jurídicos decorrem da lei, embora sob a atuação do pressuposto de fato que é o negócio jurídico, nada mais natural que a omissão da regulamentação negocial, da disciplina jurídica correspondente às determinações predispostas pelas partes, seja suprida, pela mesma lei.”²⁹

A autonomia privada, portanto, na sua função de fonte do direito, não atua isoladamente, uma vez que sofre o concurso da lei, a qual integra o contrato de duas maneiras: uma em complementação da omissão das normas positivadas pelas partes e outra em substituição das cláusulas nas hipóteses em que a norma positivada pelas partes contraria os preceitos legais.

No que concerne às normas que compõem o sistema protetivo do consumidor, ostentam elas, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.078/90, natureza de ordem pública, o que, além do caráter preferencial,³⁰ implica a inafastabilidade dos preceitos legais pela vontade individual no âmbito do contrato de consumo. Independente de omissão na declaração negocial, os diversos direitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor integram automaticamente o contrato de consumo.

Trata-se da hipótese de integração cogente, mencionada por Massimo Bianca³¹, em que se determina coativamente o conteúdo da relação contratual, independente até de uma vontade diversa estabelecida contratualmente pelas partes.

Havendo omissão ou preceito contrário nas declarações das partes, ostenta, ainda assim, o consumidor o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, nos termos do artigo 26, da Lei nº 8.078/90, o direito de ser indenizado pelo fato do produto ou do serviço, nos termos dos artigos 12 e 18 da Lei nº 8.078/90, o direito a ter a oferta cumprida, nos termos do artigo 30 da Lei nº 8.078/90, entre outros.

²⁹ *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 212.

³⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

³¹ *Diritto civile: il contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1984. v. 3, p. 472.

O Código de Defesa do Consumidor integra o contrato de consumo, mas isto não significa a exclusão das demais legislações, cuja aplicação também integrará subsidiariamente a relação jurídica contratual, quando não contrariar o sistema protetivo de consumo. Há, pois, o diálogo das fontes, consoante ensinamento de Claudia Lima Marques: “O CDC é lei especial das relações de consumo, mas não é exaustiva ou com pretensão de completude, como demonstra claramente o artigo 7º do CDC. Nas suas lacunas, naquilo que a lei especial não define, o sistema geral é chamado a regular – assim é o diálogo sistemático normal entre a lei geral e a lei especial, que de tão normal sequer nos damos conta.”³²

Em se tratando de integração do contrato pelas demais normas, não sendo o caso de norma cogente, verifica-se a hipótese de integração supletiva, conforme mencionado por Massimo Bianca,³³ em que se integra o contrato apenas se necessário, na ausência de preceito diverso estabelecido pelas partes.³⁴

Em relação à inafastabilidade dos preceitos legais cogentes do sistema protetivo, a declaração negocial submete-se a uma valoração legal, produzindo a autonomia privada efeitos jurídicos somente naquilo em que houver conformação às normas protetivas do consumidor, pois, em havendo contrariedade, necessária se fará a adequação do programa contratual aos valores vigentes no ordenamento jurídico.

Isto porque, o sistema normativo é dinâmico, nos termos do ordenamento jurídico em graus proposto por Kelsen,³⁵ e uma norma somente pertence ao sistema quando é produzida de acordo com o modo previsto na norma que institui o poder soberano (a chamada norma fundamental).³⁶

³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50.

³³ *Diritto civile*: il contratto. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1984. v. 3, p. 472.

³⁴ Nesse particular, Francesco Carnelutti ensina que os buracos do contrato fecham-se com um metal de diversa natureza, observando-se a existência da lei, como fonte de hierarquia superior dentre as demais e que tem, para o efeito de integração pronta, uma certa reserva de normas, precisamente por isso chamadas de normas supletivas. (*Teoria geral do direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 201.).

³⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 200.

³⁶ Na mesma linha de raciocínio a lição de Custódio Piedade Ubaldino Miranda, ao afirmar que a análise do contrato não pode deixar de partir do conceito do negócio como fonte de normas jurídicas hierarquicamente inferiores às normas legais. (*Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 63.).

Uma vez reconhecida, a cláusula ilícita deve ser excluída do contrato de consumo, pois estabelece o ordenamento jurídico a não produção de quaisquer efeitos.³⁷ Em regra, o contrato é válido, mas a cláusula ilícita é sacrificada.³⁸

Quanto à ilicitude da cláusula contratual, a contrariedade do preceito estabelecido pela autonomia privada pode decorrer não só das hipóteses de cláusulas abusivas elencadas no artigo 51 da Lei nº 8.078/1990, como também da não observância dos princípios do direito do consumidor consagrados no artigo 4º do CDC, dos direitos básicos do consumidor previstos no artigo 6º do CDC, ou de outros preceitos isolados, como aquele do artigo 54, §§ 1º a 4º, do CDC, que impõe a necessidade de se observar a clareza de redação e o destaque para as cláusulas limitadoras de direitos do consumidor.³⁹

Reconhecida a nulidade, sanção legal prevista no sistema do Código de Defesa do Consumidor para a cláusula ilícita, recebe-se o contrato de consumo com a ausência de uma preceito normativo, portanto, uma ou mais lacunas. Nesse ponto, aplica-se o disposto no § 2º, do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que impõe se esgotem os esforços de integração em relação aos efeitos do negócio.

Em um primeiro momento desses esforços de integração, buscar-se-á sanar as lacunas por meio de um dispositivo legal. Alguns desses direitos estão regulamentados na lei de maneira genérica e outros de maneira específica, com indicação de um parâmetro certo e determinado, de modo a representar o único critério, ou o limite máximo ou o limite mínimo a ser observado no negócio.

A limitação de multa de mora no montante correspondente a 2% do valor da prestação, prevista no § 1º, do artigo 52, da Lei nº 8.078/90, o direito de liquidar antecipadamente o débito decorrente de concessão de crédito ou financiamento, com redução proporcional dos juros, conforme previsão do § 2º, do artigo 52, da Lei nº 8.078/90, são exemplos de cláusulas que estabelecem todos os elementos de um preceito normativo correlato ao direito do consumidor de maneira mais

³⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161.

³⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 208.

³⁹ A análise das diversas situações que conduzem à ilicitude da cláusula contratual não será aprofundada, por configurar procedimento que se opera quando da qualificação do negócio jurídico e não diz respeito propriamente à integração do contrato de consumo.

específica e possibilitam a utilização da lei como fonte de integração do contrato de consumo.⁴⁰

Existe, ainda, a hipótese de o legislador não oferecer parâmetros casuísticos, mas genéricos, para a criação da norma que preencherá a lacuna da declaração negocial. São as cláusulas gerais, que representam derivação objetivada dos princípios jurídicos,⁴¹ aos quais se remetem. Consistem em normas jurídicas, cuja formulação da hipótese legal, caracterizada pela generalidade do enunciado normativo e indeterminação de conceitos, abrange e submete tratamento jurídico todo um domínio de casos.⁴²

Conferem abertura e mobilidade ao sistema jurídico, permitindo a atuação integradora judicial.⁴³ E, dentre os princípios jurídicos disciplinados nos artigos 4º, 5º e 6º, da Lei nº 8.078/90, merecem destaque a cláusula geral da boa-fé objetiva, a cláusula geral da justiça contratual e a cláusula geral da função social do contrato.

3.1. A cláusula geral da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva, ensina Judith Martins-Costa,⁴⁴ significa modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.⁴⁵

⁴⁰ Trata-se de hipótese que José de Oliveira Ascensão classifica como de reação legal de consequências tabeladas, em relação às cláusulas inválidas. (*Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 223.).

⁴¹ Na lição de Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais introduzem no ordenamento jurídico, os valores, as normativas constitucionais, as máximas de conduta, os arquétipos exemplares de comportamento e as diretrizes econômicas, sociais e políticas neles (princípios) consagrados.

⁴² JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-7.

⁴³ Como ensina Judith Martins-Costa: “essa disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas”. (O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 25-48, jul. 1988.).

⁴⁴ *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999. p. 411.

⁴⁵ Cláudio Luiz Bueno de Godoy traça a distinção entre as duas espécies de boa-fé: “Diferente da boa-fé subjetiva, que é um estado psicológico, um estado anímico de ignorância da antijuridicidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica, a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, uma regra de comportamento leal que se espera dos indivíduos, portanto que com aquela não se confunde. (*Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 72.).

O acelerado desenvolvimento do capitalismo e o advento de uma sociedade de massa, marcada por evidentes abusos praticados por agentes econômicos em face de contratantes vulneráveis, sobretudo em países como o Brasil, justificaram a consagração legislativa desse princípio, a fim de se construir parâmetros gerais de conduta adequada aos contratantes, permitindo a existência de um instrumento hábil para coibir certos abusos.⁴⁶

E foi justamente o Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, o primeiro diploma legal brasileiro a contemplar essa previsão moderna da boa-fé objetiva.

Comumente, são reconhecidas três funções básicas à boa-fé objetiva, em matéria contratual: a) a interpretativa; b) a corretiva (ou de controle do contrato) e c) a integrativa,⁴⁷ observando-se que as duas últimas interessam ao objeto do presente trabalho.⁴⁸

Em relação à função corretiva, a boa-fé objetiva, na medida que exclui a parte ilícita da declaração negocial, também integra o contrato estabelecendo o preceito a ser observado pelos contratantes segundo o padrão adequado de comportamento.⁴⁹

Em se observando alguma declaração ou comportamento violadores da boa-fé, o aplicador do direito deve estabelecer o preceito a ser observado, servindo a boa-fé, neste raciocínio, como fonte integrativa do contrato de consumo, destacando-se, na doutrina, as seguintes hipóteses:

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

⁴⁷ Conforme Cláudio Luiz Bueno de Godoy, mencionando tríplice função encontrada na lição de Franz Wieacker. (*Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76.).

⁴⁸ Quanto à primeira função, a boa-fé atua como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Proíbe-se, assim, a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra.

⁴⁹ Em virtude disso, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber reduzem as três funções a apenas duas: a) a função interpretativa dos contratos e b) a função criadora de deveres. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.).

a) *exceptio doli generalis*: representa limite ao direito subjetivo, possibilitando àquele que for demandado judicialmente opor, em defesa, o dolo de quem demanda pelo que deverá devolver, ou seja, quem através do dolo levar a outra parte a cair em situação desvantajosa, abusa;⁵⁰

b) *tu quoque*: representa limite ao direito subjetivo, evitando que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, às normas que ela própria violou. Expressão cuja origem está o grito de dor de Júlio Cesar, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida (*Tu quoque, Brute, fili mi?*);⁵¹

c) *venire contra factum proprium*: representa limite ao direito subjetivo, impossibilitando de exercitá-lo em contradição com comportamento anterior, externado pelo próprio indivíduo;⁵²

d) *verwirkung (suppressio)*: representa limite ao direito subjetivo, em virtude de um comportamento do titular que traduza a intenção de não mais exercer o direito, criando na outra parte a confiança por este estado de coisas e a vantagem injusta derivada do exercício tardio;⁵³

e) *erwirkung (surrectio)*: representa fonte de direito subjetivo, configurando o reverso da *verwirkung*, enquanto criador de um direito para a parte, em virtude de um comportamento do outro contratante;⁵⁴

f) *exercício desequilibrado de direito*: engloba, segundo Menezes Cordeiro, três hipóteses: o primeiro é o exercício danoso inútil do direito, ou seja, o caso daquele titular que exercita o direito sem proveito pessoal algum e de modo a causar dano a outrem (abuso do direito). O segundo manifesta-se pela exigência, que alguém faz, daquilo que deva restituir (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*). O terceiro é a hipótese em que existe desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito exercido e o sacrifício com isto imposto a outrem, como o exercício de faculdades sancionatórias diante de faltas insignificantes, que não causam prejuízo.⁵⁵

⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 234.

⁵¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 88.

⁵² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Idem, p. 89.

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Idem, p. 236.

⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Idem, p. 237.

⁵⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Idem, p. 93.

Por fim, no que tange à função eminentemente integrativa, ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy que a boa-fé, além de dar suporte à colmatação de lacunas do contrato, cria o que se vem chamando de deveres jurídicos acessórios, laterais, instrumentais ou secundários.⁵⁶

Menezes Cordeiro⁵⁷ classifica em três gêneros esses deveres acessórios: a) os deveres acessórios de proteção, que obrigam as partes a evitar, no âmbito do contrato, a ocorrência de danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios; b) os deveres acessórios de esclarecimento, que obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possa advir, o campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos; c) os deveres acessórios de lealdade, que obrigam as partes a se absterem de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. São exemplos: dever de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro; dever de sigilo face a elementos obtidos por via da pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte; dever de atuação com vistas a preservar o objetivo e a economia contratuais.⁵⁸

Esses deveres acessórios, laterais ou secundários não se vinculam à vigência do contrato, pois, como observa Carlyle Popp:

É o contato social que propicia o surgimento de deveres de conduta, desde antes da celebração do contrato, em que se desenvolvem as negociações contratuais, mas regidas pelos princípios do contrato, mesmo em termos de responsabilidade, de resto como sucede com a oferta e a publicidade, e o que se estende à fase posterior ao ajuste.⁵⁹

⁵⁶ *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

⁵⁷ *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 604-606.

⁵⁸ A não observância dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva representa hipótese de violação positiva do contrato, de modo a fundamentar não só a resolução do negócio jurídico, como também o pagamento de indenização pelos danos suportados. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 273.).

⁵⁹ Apud Cláudio Luiz Bueno de Godoy in: *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 85.

3.2. A cláusula geral da justiça contratual

A equidade contratual representa o estabelecimento de equilíbrio entre as prestações das partes, eliminando-se a injustiça eventualmente existente no contrato. A equidade contratual, portanto, é sinônimo de justiça contratual. Não se confunde, pois, com a equidade, que corresponde ao poder conferido ao Juiz para abrandar o rigor da lei, conforme ensina Custódio da Piedade Ubaldino Miranda.⁶⁰

Durante longo período, posterior à Revolução Francesa, o simples fato de o contrato ser fruto da liberdade dos contratantes já representava um contrato justo, o que consagrou a expressão *qui dit contractual dit juste*.⁶¹

Ocorre que a justiça decorrente da autonomia da vontade só pode funcionar quando cada parte aprecia conveniente seus interesses, e, ademais, quando está em situação de impor aquilo que considera como imprescindível para seu interesse ou de recusar o contrato oferecido, o que não ocorre na sociedade de massa atual em relação aos contratos de consumo, em virtude da vulnerabilidade do consumidor.⁶²

No que diz respeito ao procedimento cognoscitivo do contrato, o princípio da justiça contratual pode atuar tanto na qualificação, momento em que valida ou não os efeitos das cláusulas contratuais, como na fase de integração, a fim de estabelecer, em substituição ao dispositivo contratual que considerou inválido, em virtude do desequilíbrio, um outro preceito a ser observado pelas partes.

A desproporção das posições jurídicas pode ser originária ou superveniente, como ensina José de Oliveira Ascensão.⁶³ O artigo 6º,

⁶⁰ *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 216.

⁶¹ Enzo Roppo esclarece que, nesse sistema, se considerava que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo do contrato corresponder à vontade livre dos contratantes. Prevalciam as teorias econômicas traduzidas na diretiva do *laissez-faire, laissez-passer*, deixando livre curso às iniciativas, aos interesses e aos egoísmos individuais, sem a intervenção autoritária do poder público. Esse raciocínio contempla a lógica de uma justiça contratual alicerçada no equilíbrio subjetivo entre os contratantes. (*O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35.).

⁶² A noção de vulnerabilidade no direito, segundo Bruno Miragem, associa-se à identificação de fraqueza de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidade que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. (*Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.).

⁶³ *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 207.

inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, reconhece as duas hipóteses autorizando a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, que é o instituto da lesão (desproporção originária), ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, que representa a figura da onerosidade excessiva (desproporção superveniente).

O preceito que o aplicador do direito utilizará para sanar a lacuna, decorrente da cláusula ilícita que acarreta a desproporção das prestações, deve atender o conteúdo dos postulados da justiça contratual mencionados por Fernando Rodrigues Martins⁶⁴: a) a reciprocidade, que representa uma carga de correlação quanto às prestações assumidas no programa contratual e demonstra um perfil quantitativo e formal mais ligado à simetria no contrato; b) a comutatividade, que exige uma sociedade entre as partes com um objetivo específico e ensejador de vantagens mútuas; c) a equivalência material, a qual tem papel na busca da igualdade dos valores e encargos nas prestações correlativas; d) a proporcionalidade, critério informador do princípio da justiça contratual não apenas quanto aos deveres de prestação, tendo por especial vocação incidir na relação de causalidade entre um meio e um fim; e) a proibição de enriquecimento sem causa, postulado que advém do dever de restituição daquele que numa relação jurídica enriqueceu desprovido de quaisquer fundamentos, gerando, por determinado nexo de causalidade, o empobrecimento da contraparte; f) a função social do contrato, que é multifuncional, já que pode se manifestar na imposição do solidarismo com vistas à tutela da dignidade da pessoa humana, na efetividade do estipulado pelas partes em relação a terceiros e na resolução do contrato por falta de finalidade e g) a distribuição equitativa de riscos e ônus, que tem especial projeção para a justiça contratual, pois auxilia, de forma qualitativa, na indicação daquele que suportará o dever de indenizar advindo de danos ou na inexecução espontânea do contrato.⁶⁵

⁶⁴ *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 396-397.

⁶⁵ Cláudio Luiz Bueno de Godoy enfatiza o terceiro e o último critérios indicados acima para a obtenção da justiça contratual, afirmando que pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, procura-se garantir que, entre ambas as partes, haja um valor sensivelmente correspondente, ou seja razoavelmente aproximado, o que não se deve medir pela avaliação que fizeram as partes e pela equitativa distribuição dos ônus e riscos, uma equilibrada repartição, entre os contratantes, de benefícios e encargos contratuais. (*Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-39.).

De se observar que a justiça contratual não se restringe ao aspecto econômico, incidindo os postulados também no aspecto jurídico do contrato.⁶⁶

Aliás, o princípio da justiça contratual no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, na medida que busca estabelecer o equilíbrio, não significa favorecimento somente ao consumidor, havendo o artigo 53, § 2º, da Lei nº 8.078/90 que confere a possibilidade de o fornecedor descontar dos valores a restituir ao consumidor, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.⁶⁷

3.3. A cláusula geral da função social

O sistema de proteção ao consumidor contempla ainda o atendimento da função social do contrato, explicitado no Código de Defesa do Consumidor, no inciso XIV, do artigo 51, da Lei nº 8.078/90. Mais do que proteger um dos autores da relação de consumo, busca-se a tutela geral da sociedade: “o contrato de consumo não pode violar os sistemas das relações de consumo e do meio ambiente”.⁶⁸ É o chamado consumo sustentável, em que se busca “o necessário equilíbrio entre essas duas realidades, a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos o que, em consequência, estará a ameaçar a própria sobrevivência do ser humano neste planeta”.⁶⁹

⁶⁶ Na lição de Claudia Lima Marques: “não se trata de equilíbrio apenas econômico do contrato de consumo, o que seria uma visão limitada da noção de equidade contratual imposta pelo Código de Defesa do Consumidor. A noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o reequilíbrio total da relação, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno. O desequilíbrio significativo de direitos e deveres, em detrimento do consumidor, na relação contratual vista como um todo passa a ser indício de abuso, a chamar a ação reequilibradora do novo direito contratual em sua visão social”. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 241-242.).

⁶⁷ Oportuna a lição de Humberto Theodoro Júnior, ao esclarecer que não se pode ignorar a função primária e natural do contrato, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, não uma função de “assistência social”. Um contrato oneroso e comutativo não pode, por exemplo, ser transformado por revisão judicial em negócio gratuito e benéfico. Por mais que o indivíduo mereça assistência social, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. (*Direitos do consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 290.).

⁶⁸ MALFATTI, Alexandre David. *Cláusulas abusivas no CDC*. Artigo fornecido em aula no 1º Curso de Especialização em direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura.

⁶⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 12.

Uma segunda decorrência da aplicação da cláusula geral da função social diz respeito ao reconhecimento da aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos contratos, no que toca à vida ou àquele mínimo exigido para a subsistência.⁷⁰ Lembra-se, para exemplificar, do famoso caso da jurisprudência francesa, em que, sob o fundamento da tutela da dignidade da pessoa humana, proibiu-se o estranho espetáculo de arremesso de um anão, passado em casa noturna, para deleite dos clientes, em que pese o consentimento dos envolvidos.⁷¹

A função social do contrato representa, em síntese, a ideia de que o negócio jurídico deve ser funcionalizado, isto é, elaborado, interpretado e integrado, sempre de forma a não causar influência negativa no meio social, bem como observado por terceiros, dos quais se exige que respeitem as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real.⁷²

4. A informação e a publicidade

Estabelece o artigo 30 da Lei no 8.078/90 que toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utiliza e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Bruno Miragem define publicidade, segundo o artigo 2º da Diretiva 84/450/CE, de 10 de setembro de 1984, como “qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações.”⁷³

⁷⁰ Antonio Junqueira de Azevedo, in: Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 185.

⁷¹ Exemplo mencionado por Claudio Luiz Bueno de Godoy, in: *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

⁷² COSTA, Pedro Oliveira da. *Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos*. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45-68.

⁷³ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 168.

A informação abrange toda forma de publicidade, mas é mais ampla, representando, conforme lição de Rizzato Nunes: “a fala ou resposta do gerente do banco, do funcionário do atendimento telefônico, da administradora do cartão de crédito, o preço dado pelo feirante, ‘de boca’, para o consumidor, do recepcionista no hotel, são os dados técnicos apresentados, nas embalagens e rótulos dos produtos, enfim, é qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrita, verbal gestual etc., que chegue ao consumidor.”⁷⁴

Não há distinção, contudo, em relação ao efeito jurídico de ambas, pois tanto a informação quanto a publicidade obrigam o fornecedor que a fizer ou dela se utilizar, integrando o contrato celebrado. É o princípio da vinculação.

Bruno Miragem relaciona as cinco tarefas a serem realizadas pelo anúncio publicitário: 1) chamar atenção; 2) despertar o interesse; 3) estimular o desejo; 4) criar convicção; 5) induzir à ação.⁷⁵ Representa, pois, a arte de criar, no público, a necessidade de consumir, sendo ferramenta importante e necessária na atual economia de mercado.

A publicidade, na realidade, representa uma equação de poder, na medida em que, quando não só influência, acaba por determinar o comportamento contratual do consumidor.⁷⁶

O fornecedor, na publicidade, se por um lado, escolhe todos os dados que serão apresentados ao consumidor, formando um conjunto de ideias, por outro lado, também estabelece quais as mensagens que não deseja apresentar, afastando da análise do consumidor todas as ideias que desestimulem a aquisição dos produtos ou serviços.

Com ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas – legítimas – que precisam ser protegidas. Negar essas expectativas é fazer do

⁷⁴ *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 415.

⁷⁵ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 168-169.

⁷⁶ Oportuno lembrar a lição de Norberto Bobbio quando menciona que, além do poder estatal, existem outros dois relevantes poderes atuantes na sociedade, a saber, o poder econômico (posse dos instrumentos de produção) e o poder ideológico (posse dos instrumentos de formação de ideias), sendo que o fornecedor muitas vezes concentra em suas mãos esses dois, ante a grande repercussão dos meios de comunicações utilizados para a divulgação das informações publicitárias. (*Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 75.).

princípio da confiança letra morta e, a partir daí, desacreditar o próprio mercado. [...] O princípio da vinculação publicitária, portanto, é uma reação direta ao potencial persuasivo das técnicas de *marketing*, que transformam e ampliam, profundamente, a feição da oferta e do consentimento clássicos. Nada mais normal, então, que se lhe reconheça valor contratual.”⁷⁷

Nessa concepção, as informações apresentadas pelo fornecedor ganham a natureza de proposta, na situação de oferta, passando assim a integrar o contrato quando suficientemente precisas (art. 30 CDC).⁷⁸

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 278.

⁷⁸ O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico na aplicação do princípio da vinculação, valendo transcrever esclarecedor acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, nos autos do Recurso Especial nº 341.405-DF (2001/0101517-3), da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A questão posta a debate pelos recorrentes consiste em aferir se a oferta publicitária veiculada pelo recorrido reveste-se de força vinculativa, nos termos preconizados pelo Código de Defesa do Consumidor. As práticas comerciais abrangem as técnicas e métodos utilizados pelos fornecedores para fomentar a comercialização dos produtos e serviços destinados ao consumidor. Acabam, pois, por alimentar a sociedade de consumo. Entre essas encontra-se o *marketing*, que além dos mecanismos de incentivo às vendas (liquidações, promoções, descontos, cupons, ofertas combinadas, etc.), compreende também a publicidade. Na medida em que, na sociedade de consumo, as relações jurídicas travadas ascendem do nível pessoal ao social, inserindo em seu contexto interesses comuns, se tornou imperiosa a intervenção do Estado nessas relações de modo a compatibilizar o direito à utilização do *marketing* pelo fornecedor com a defesa do consumidor. A publicidade realizada pelo fornecedor tem o objetivo de divulgar seus produtos e/ou serviços e ofertá-los aos consumidores. A oferta, nesse caso, difere da oferta a que faz alusão o art. 1.080 do CC. Porquanto destinada à sociedade de consumo, fez-se necessário atribuir à publicidade certo valor contratual, ainda que não fosse instrumento do contrato e tivesse mero conteúdo indicativo. Atento à possibilidade de que a veiculação desvirtuada da publicidade viesse a prejudicar os consumidores, o legislador assegurou a tutela da sociedade de consumo através do preceito legal insculpido no art. 30 do CDC, *verbis*: “*Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*”. Trata-se do princípio da vinculação, um dos princípios informadores do *marketing*, que se aplica não somente à oferta, mas também à publicidade. Segundo o escólio de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1995, pp. 176-177), “*dois requisitos básicos devem estar presentes para que o princípio atue. Em primeiro lugar, inexistirá vinculação se não houver ‘exposição’. Uma simples proposta que, mesmo colocada no papel, não chegue ao conhecimento do consumidor, não obriga o fornecedor. Em segundo lugar, a oferta (informação ou publicidade) deve ser suficientemente precisa, isto é, o simples exagero (puffing) não obriga o fornecedor. (...) A vinculação age de duas maneiras: obrigando o fornecedor mesmo quando ele se nega a contratar ou, diferentemente, introduzindo-se em contrato eventualmente assinado.*” No caso *sub examen*, consta do recibo de sinal firmado pela recorrente que o financiamento do valor restante a ser pago pelo imóvel será financiado pela CEF, nos seguintes termos: “*Declara ainda concordar que o saldo restante seja financiado pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – Filial de Brasília, cujo valor será utilizado para amortização do seu saldo devedor junto à CEF, bem como os recursos utilizados do FGTS, quando da apresentação do traslado da escritura, devidamente registrada na RGI competente.*” Consta tam-

Essa nova qualificação jurídica configura medida necessária para reequilibrar as relações de mercado, tendo em vista o aprimoramento das estratégias de *marketing*, considerado-se como tal todos os meios, técnicas e instrumentos utilizados pelo fornecedor para fomentar a venda de seus produtos e serviços, o que acentua a vulnerabilidade do consumidor, em especial, no aspecto psicológico.

De se observar que as referidas informações integram o contrato não apenas nas lacunas do negócio, mas também substituem as cláusulas, cujo conteúdo for menos vantajoso para o consumidor quando comparado com o conteúdo da informação publicitária.⁷⁹

São dois os pressupostos para a integração da informação: 1) a veiculação, ou seja, que ela tenha sido exposta e chegado ao conhecimento do consumidor e 2) seja suficientemente precisa.⁸⁰

bém do panfleto veiculado pelo recorrido a mesma afirmação, o que vem a corroborar o fato de que efetivamente houve publicidade no sentido do financiamento exclusivo pela CEF. Confirma-se à fl. 244 dos autos da ação cautelar que, além da destacada expressão “FINANCIAMENTO CAIXA ECONÔMICA FEDERAL”, utilizando-se, inclusive, da logomarca da aludida empresa pública, ainda ressaltou-se: “financiamento garantido”. Verifica-se, pois, que a oferta foi suficientemente precisa, sem qualquer exagero ou absurdidade, e chegou ao conhecimento dos recorrentes que, seguros da possibilidade de adquirirem um imóvel nos moldes preconizados pelo recorrido, firmaram contrato de compra e venda das unidades residenciais. Isso certamente não teria ocorrido se tivessem conhecimento de que apenas parte do financiamento seria concedido pela CEF. Outrossim, é de se ressaltar que o fornecedor, quando da divulgação de publicidade atinente aos produtos e/ou serviços que comercializa, deve agir com o mínimo de prudência, de modo a clarificar para o consumidor em que condições reais o negócio se realizará. Não prospera a afirmação do recorrido de que não dependeria desse a aprovação do financiamento junto à CEF, porquanto a veiculação do panfleto acerca do produto oferecido criou legítima e inquestionável expectativa para os recorrentes. Ciente do fato de que não teria possibilidade de conceder os financiamentos da forma que anunciara, deveria o recorrido ter agido com cautela na divulgação da publicidade, apondo na peça informativa a ressalva de que a obtenção do financiamento estaria condicionada à aprovação do agente financeiro. Dada a força vinculativa da oferta divulgada pelo recorrido, aplica-se ao caso em análise o art. 35, I, do CDC, nos termos do pedido formulado pelos recorrentes na petição inicial. Forte em tais razões, CONHEÇO dos presentes recursos especiais pelas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, e DOU-LHES PROVIMENTO para julgar procedentes os pedidos formulados pelos recorrentes, restabelecendo-se a r. sentença. Deverá o recorrido financiar o restante do saldo devedor dos imóveis adquiridos nas mesmas condições e prazos de financiamento concedidos pela CEF, inclusive no que diz respeito ao plano de equivalência salarial, desde que os mutuários preencham os requisitos estabelecidos pela CEF, entre esses o de possuir renda compatível com o financiamento.”

⁷⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 276.

⁸⁰ A doutrina tem feito ressalva ao *puffing* em relação ao princípio da vinculação da informação. O *puffing* representa a publicidade com expressões exageradas, como “o melhor do mundo”, “o maravilhoso”, situação que não permite a verificação objetiva. Ver. Bruno Miragem, Rizzato Nunes, dentre outros.

O regime da oferta do Código de Defesa do Consumidor é diverso do regime de oferta do Código Civil. Rizzato Nunes indica algumas distinções, iniciando pelo conteúdo do artigo 427 do Código Civil, o qual possibilita o proponente se esquivar da oferta, de modo a não existir vinculação, situação não admitida no sistema consumerista. Além disso, para obrigar o solicitante, a oferta tem de ser firme e completa, precisando a coisa que está sendo oferecida à venda e compra, bem como ter preço certo. Não é o que ocorre no regime do Código de Defesa do Consumidor, cuja vinculação pressupõe apenas que a informação seja suficientemente precisa.⁸¹

O erro na informação publicitária não serve de escusa do cumprimento da oferta para o fornecedor. Assim, se, em um anúncio, o fornecedor indica um preço menor que aquele que seria o efetivo do produto, em regra, fica vinculado à informação, devendo realizar a venda do bem pelo valor anunciado e não por aquele que seria o real. Observa-se, nesse caso, o princípio da vinculação.

A doutrina, entretanto, tem estabelecido o princípio da boa-fé como limite ao princípio da vinculação. Exemplifica Rizzato Nunes⁸² que seria impossível propugnar por uma relação jurídica, como a do exemplo da oferta da TV por apenas R\$ 5,00, na qual o bom senso não imperasse. Isto porque, a relação jurídica de consumo está fundada sobre dois princípios: da boa-fé e do equilíbrio. Eles são pressupostos de toda relação estabelecida.⁸³

Enfim, caso o fornecedor se recuse a cumprir a oferta veiculada no anúncio publicitário, aplicável o artigo 35 da Lei nº 8.078/90.

⁸¹ *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 414.

⁸² *Idem*, p. 417.

⁸³ O entendimento da jurisprudência não tem sido diferente, como se destaca do acórdão relatado pelo Desembargador Elliot Akel, nos autos da Apelação nº 9069530-94.2007.8.26.0000, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Não se pode dar interpretação literal ao artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser analisado ante o conjunto de princípios consumeristas, como os da lealdade, boa-fé, transparência e respeito, que vinculam os envolvidos na relação de consumo. Assim, não se pode afirmar que a oferta obriga a contratação, pois a interpretação do supracitado artigo não se subsume em si mesma. Não há possibilidade de engano ou equívoco por parte da autora, de sorte que a propaganda não pode ser tida como enganosa e tampouco abusiva, nos termos da lei. O erro, por ser grosseiro e reconhecível de pronto pela própria requerida, não pode vinculá-la, sob pena de causar enriquecimento indevido ao consumidor, no caso, à autora. Outrossim, os Tribunais já têm entendimento consolidado no sentido de que, sendo o erro grosseiro, afasta-se a boa-fé necessária ao princípio da vinculação do policitante à oferta.”.

5. Declarações das partes

O artigo 48 da Lei nº 8.078/90 regula a fase pré-negocial do contrato de consumo, afirmando que “as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos”. Reforça, segundo Claudia Lima Marques, a nova noção de conteúdo do contrato disposta no art. 30 do CDC.⁸⁴

Certamente, as declarações realizadas somente vinculam o emittente, o que significa que se o consumidor houver realizado também declarações deve restar vinculado a elas. Com efeito, a norma de integração não deve ser interpretada sem observância do princípio da boa-fé objetiva.

E não somente as declarações escritas podem integrar o contrato de consumo, como também a linguagem empregada entre as partes nas suas conversas, trocas de correspondência, as atitudes e comportamentos, conforme salienta Luciano Benetti Timm.⁸⁵

Trata-se de realizar a máxima efetivação do princípio da confiança, que está na base dos comportamentos sociais e individuais. E, na lição de Menezes Cordeiro, a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas.⁸⁶

6. Os acordos coletivos

Uma importante fonte de integração do contrato é representada pelos contratos coletivos, pois, conforme salienta Pietro Perlingieri, o legislador descobriu não apenas que a contratação coletiva constitui a forma atualizada da autonomia privada em épocas de contratação em massa, conseguindo, senão corrigir, certamente limitar as distorções que esta última acarreta às regras do jogo contratual, mas também que

⁸⁴ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 641.

⁸⁵ *Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 871, p. 11-35, maio 2008.

⁸⁶ *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1234.

ela pode revelar-se um instrumento útil para a realização de importantes objetivos de política de direito.⁸⁷

O Sistema de Proteção ao Consumidor estabelece duas modalidades de contratação coletiva: a) a convenção coletiva de consumo, prevista no artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor, na qual participam as associações de fornecedores ou sindicato de categoria econômica e as entidades civis de consumidores e b) o termo de ajustamento de conduta, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor.

Explica Roberto Senise Lisboa que a convenção coletiva de consumo é negócio jurídico por meio do qual as entidades representativas dos interesses de fornecedores e de consumidores ajustam cláusulas de interesses destas categorias de pessoas, com poderes outorgados por lei e eficácia perante terceiros, desde que preenchidos os requisitos legais.⁸⁸

Exige-se legitimação específica, nos termos do artigo 107 da Lei nº 8.078/90, por meio das associações de fornecedores ou sindicato de categoria econômica e as entidades civis de consumidores, com prévia autorização dos filiados para celebração (estatutos ou assembleia-geral), observando-se, ainda, conforme ressalta Daniel Roberto Fink, a pertinência do objeto, ou seja, a atividade do celebrante deve ser compatível com a relação de consumo que se pretende convencionar.⁸⁹ É negócio jurídico formal, que exige forma escrita e registro no Cartório de Títulos e documentos para a eficácia de seus termos, conforme § 1º, do artigo 107, da Lei nº 8.078/90.

A convenção coletiva somente obriga os filiados das entidades, não se eximindo aqueles que se desligarem após a convenção celebrada. O artigo 107, § 3º, da Lei nº 8.078/90, esclarece Roberto Senise Lisboa, consagra o princípio da inafastabilidade dos efeitos da convenção sobre os fornecedores que se encontravam filiados à entidade que representou seus interesses, à época em que o ajuste foi efetivado.⁹⁰ Essa

⁸⁷ *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 311.

⁸⁸ *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 410.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 844.

⁹⁰ *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 412.

inafastabilidade, contudo, somente incide em relação ao fornecedor, conforme ressalva realizada por Daniel Roberto Fink, pois, em caso de desligamento da entidade celebrante, o consumidor, pela liberalidade e pela sistemática adotada no Código de Defesa do Consumidor, fica desobrigado de seus termos.⁹¹

As regras da convenção beneficiam os consumidores filiados, mas nada impede que não filiados venham a pleitear idêntico benefício constante da convenção coletiva, ainda que representados por entidades outras de tutela dos interesses difusos. Facilita-se, assim, a possibilidade de extensão dos efeitos da convenção a outros interesses, individuais, individuais homogêneos e difusos.⁹²

Quanto ao objeto da convenção coletiva, podem ser estabelecidas as condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e à composição do conflito de consumo.

O compromisso de ajustamento de conduta, por seu turno, na lição de Ana Luiza de Andrade Nery, é a “transação híbrida, lavrada por instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar-se ou para pôr fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual.”⁹³

Ensina Bruno Miragem que se trata de uma prerrogativa dos órgãos públicos legitimados para a interposição da ação civil pública, a opção por celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), o qual é revestido da qualidade de título executivo extrajudicial. A vantagem desse instrumento está justamente no estabelecimento de um vínculo jurídico com o autor do ilícito, o qual terá eficácia executiva. Isto significa que uma vez tendo sido desrespeitada pelo particular qualquer das obrigações com as quais se comprometeu na celebração do Termo, o órgão público com o qual tiver celebrado o mesmo poderá, comprovada a existência da obrigação e seu descumprimento, executar as sanções nele previstas.⁹⁴

⁹¹ Idem, p. 844.

⁹² LISBOA, Roberto Senise. Idem, p. 201.

⁹³ *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

⁹⁴ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 480.

No âmbito do contrato de consumo, José Geraldo Brito Filomeno justifica a utilização do termo de ajustamento quando se cuida de cláusulas contratuais e práticas comerciais, notadamente nos contratos de adesão, pois flagrante o estado de vulnerabilidade do consumidor-aderente, já que não lhe cabe impugná-lo previamente, para que não se comprometa em prejuízo de seu patrimônio. Além disso, menciona o ensino de Mauro Cappelletti que afirma: “o consumidor que compra um produto com pequeno defeito equivalente a um dólar, não pode se defender individualmente, eis que aí se trata de um interesse fragmentado. Mas, enfatiza, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, serão milhões de dólares, e não apenas um, pois milhares, centenas de milhares ou milhões de consumidores estarão comprometidos, chegando à conclusão de que, além dos interesses individuais de cada consumidor, há interesses difusos e coletivos, a demandar tratamento mais eficaz e, sobretudo, rápido.”.⁹⁵

A convenção coletiva de consumo e o compromisso de ajustamento atuam paralelamente ao contrato individual e, conforme lição de Bruno Miragem,⁹⁶ em nenhuma hipótese, há concessões de direitos do consumidor por parte do órgão legitimado, exigindo-se subordinação aos preceitos legais.

Isso significa que os contratos coletivos não podem contemplar cláusula que impeça a eficácia ou aplicação dos mandamentos do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que este tem caráter de ordem pública, não sendo cabível seu afastamento por disposição das partes. Em relação aos contratos individuais, representam, pois, um padrão mínimo para a garantia dos direitos dos consumidores.

7. Os códigos de autodisciplina

O fenômeno da chamada autodisciplina contribui para refletir sobre uma nova teoria das fontes, que considere a autorregulamentação de categoria como instrumento estrutural de produção de regras

⁹⁵ *Tutela coletiva do consumidor: avaliação da sua efetividade vinte anos após a edição da lei da ação civil pública*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *AAção Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 309.

⁹⁶ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 480.

eficazes, inclusive para além do âmbito determinado de sujeitos que as estabelece.⁹⁷

O Código de Autodisciplina configura aquela norma elaborada pelo órgão de classe, ou pelo próprio legislador, para reger as condutas de uma determinada categoria profissional no que diz respeito ao desempenho da referida profissão.

Da análise dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, constata-se que o Código de Defesa do Consumidor estabelece parâmetros, como ensina Claudia Lima Marques, tanto para os contratos envolvendo obrigações de dar, de transferir a propriedade ou somente a posse do bem, denominados *contratos de fornecimento de produtos*, quanto para os contratos envolvendo obrigações de fazer, denominados genericamente de *contratos de prestação de serviços*.⁹⁸

As duas modalidades de contratos de consumo mencionadas (de fornecimento de produtos e de prestação de serviços) decorrem, em regra, do trabalho desempenhado por um profissional, cuja atividade é submetida a determinados regramentos de seu órgão de classe, com destaque para o contrato de prestação de serviço.

Em relação ao consumidor, os engenheiros e arquitetos, na execução de seus projetos e obras, observam as normas do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia; os médicos, nos atendimentos, diagnósticos, tratamentos e cirurgias, as normas do Conselho Federal de Medicina; os dentistas, as normas do Conselho Federal de Odontologia; os psicólogos, em suas consultas e tratamentos, as normas do Conselho Federal de Psicologia, etc.

São regras de técnica e postura profissional que estabelecem as condutas necessárias para a boa prática da profissão e relaciona direitos e deveres correlatos.

Em princípio, o contrato de consumo indica qual seu objeto, ou seja, o fornecimento de produto ou serviço por profissionais, mas não chega a descrever a postura técnica e ética relacionada ao saber especializado do referido fornecedor e que deverá ser observada no cumprimento da obrigação pactuada. Existe, pois, uma lacuna no negócio jurídico.

⁹⁷ PIERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 314-315.

⁹⁸ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 358-359.

No entanto, em que pese a omissão no contrato, tais regras incidem sobre o negócio jurídico, norteadas pela conduta do profissional, o qual, em caso de não observância das técnicas aplicáveis, responderá por sua desídia, caracterizadora de infração contratual.⁹⁹

Por certo, a não observância dos preceitos éticos, ou seja, das normas profissionais pelo fornecedor configura a hipótese de violação positiva da obrigação contratual, de modo a fundamentar não só a resolução do negócio jurídico, como também o pagamento de indenização pelos danos suportados.¹⁰⁰

O aplicador do direito pode, portanto, se valer dos códigos de autodisciplina como fonte de integração, até porque, como ensina Pietro Perlingieri, tais normas não dizem respeito apenas a uma classe ou uma

⁹⁹ Em se tratando de atividade médica, por exemplo, Rui Stoco ensina que o profissional da área está sujeito às normas de conduta médica e até mesmo de comportamento pessoal, cujas regras estão estabelecidas no Código de Ética Médica, posto em vigor pela Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.931, de 17.09.2009 e no Código de Procedimento Ético Profissional, posto em vigor pela Resolução do CFM 1.897/2009, trazendo as seguintes observações: “O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, dever esse consubstanciado em um Código que dita o seu comportamento moral e ético, ao qual deve respeito e obrigação. Portanto, essa exigência e cuidado devem ser estabelecidos segundo o atual estágio da ciência e as regras consagradas pela prática médica. São deveres estabelecidos no referido Código de Ética (Res. CFM 1.931/2009), ao qual todos os médicos devem respeito e obediência. [...] Demonstra o ilustre Ministro Ruy Rosado que, ‘além dos deveres de informação, obtenção de consentimento e de cuidado, tem o médico os deveres de: a) sigilo, previsto no art. 102 do Código de Ética (atual inc. XI dos Princípios Fundamentais do Cap. I); b) não abusar do poder, submetendo o paciente a experiências, vexames ou tratamentos incompatíveis com a situação; c) não abandonar o paciente sob seus cuidados, salvo caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis, assegurada a continuidade do tratamento (art. 36 do Código de Ética); d) no impedimento eventual, garantir sua substituição por profissional habilitado; e) não recusar o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de urgência, quando não haja outro em condições de fazê-lo.’ E adiante conclui que: ‘O médico poderá ser responsabilizado em razão da infringência da lei e dos preceitos éticos, quando deles resultar danos, antes mesmo de qualquer informação, bem como nas hipóteses de erro de diagnóstico ou diagnóstico tardio.’” (*Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 623-625.).

¹⁰⁰ Nos autos de apelação nº 0134354-51.2003.8.26.0100, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve expressa menção da adoção dessa fonte de integração para o reconhecimento do dever de indenizar: “O médico possui o dever de aconselhar, apontando os riscos do tratamento e da cirurgia, inclusive os decorrentes das condições pessoais do paciente. Daí a importância da obtenção, pelo médico, do consentimento dado pelo paciente, e da declaração de que foi devidamente esclarecido acerca dos riscos específicos do tratamento ou procedimento médico a que irá se submeter. O dever de informação, além de ser imposição do Código de Defesa do Consumidor, está também previsto no Código de Ética Médica, que em seu artigo 34 estabelece que “É vedado ao médico: (...) Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1931/09).”

categoria social, mas a uma verdadeira forma de ajuste entre as partes interessadas, por exemplo, entre consumidor e produtores. A autodisciplina se torna, na teoria das fontes, não mais um aspecto simplesmente acessório, mas ontológico. Assim, as normas da deontologia profissional não são normas às quais se faz referência de maneira residual, mas podem ser ponto de referência de um magistrado para dar uma resposta a um problema.¹⁰¹

8. As normas das autoridades administrativas

Outra fonte de integração dos contratos de consumo é representada pelas normas das autoridades administrativas, que abrangem, segundo José Geraldo Brito Filomeno,¹⁰² aquelas que exercem a chamada “polícia administrativa”, tais como as de vigilância sanitária sobre alimentos, medicamentos, produtos sanitários, cosméticos, como os órgãos que fiscalizam a comercialização de produtos e prestação de serviços e seguros ou artigos financeiros (SUSEP, Banco Central), além das agências reguladoras, que disciplinam e fiscalizam a prestação de serviços públicos delegados e mesmo setores da atividade privada em que a intervenção do Estado é exigência do interesse público.

Todas elas, no desempenho da atividade de fiscalização e de regulamentação de mercado, ostentam a defesa do consumidor como um imperativo constitucional, por força do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal.

E, como afirma Pietro Perlingieri,¹⁰³ regulamentar um determinado setor do mercado significa disciplinar também os contratos daquele setor, razão pela qual possível concluir que as regras estabelecidas pelas autoridades administrativas reguladoras incidem sobre o contrato, configurando, assim, fonte de integração do negócio jurídico.

Enquanto fonte de integração, o conteúdo das normas editadas por aqueles órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta,

¹⁰¹ *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 314.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 176.

¹⁰³ *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 320.

responsáveis pelo controle e regulamentação do mercado, devem necessariamente observar a proteção do consumidor.

Essa é a inteligência do artigo 7º da Lei nº 8.078/90 que expressamente menciona os regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes como fonte de integração do contrato de consumo, mas somente naquilo que representarem tutela aos interesses do consumidor.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei nº 9.961/2000, por exemplo, conforme lição de Bruno Miragem, tem suas competências relacionadas à regulamentação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Nesse sentido, é competente para intervir no mercado e nos respectivos contratos de plano de assistência à saúde, especialmente para assegurar o equilíbrio de interesses e prestações de consumidores e operadoras, bem como da capacidade dos fornecedores executarem suas obrigações frente ao consumidor (capacidade técnica, operacional e financeira).¹⁰⁴

Não se ignora a lição de Claudia Lima Marques, quando menciona que as agências até agora criadas não se têm notabilizado por defender os direitos do consumidor, por vezes, sequer querendo aplicar o CDC a estas relações,¹⁰⁵ circunstância que dificulta a a integração dessas normas ao contrato de consumo, até porque em certos casos se verifica a necessidade de afastamento das referidas diretrizes por contrariedade ao sistema protetivo da Lei nº 8.078/90.

De todo modo, as resoluções normativas do Banco Central, da ANS e da ANATEL, citando os três principais focos de controvérsia, além daquelas das demais autoridades administrativas de regulamentação do mercado, naquilo que não conflitem com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, devem servir de fonte de integração do contrato de consumo, sendo ampla a jurisprudência nesse sentido.¹⁰⁶

¹⁰⁴ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 298.

¹⁰⁵ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 490.

¹⁰⁶ Nos autos da apelação nº 9172578-69.2007.8.26.0000, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatada pelo Desembargador Fábio Quadros, houve expressa adoção dessa fonte de integração, nos seguintes termos: “O aumento por faixa etária, bem como a correção monetária das contribuições mensais é perfeitamente possível, desde que razoável e em acordo com as normas estipuladas pela ANS (Agência Nacional de Saúde), que aplica, harmonicamente, a Lei nº 9.656/98

D'outra sorte, nas hipóteses em que a norma editada pela autoridade administrativa contrariar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, cumpre ao magistrado excluí-la do âmbito da aplicação do contrato de consumo.¹⁰⁷

9. Os usos e costumes

Os usos e costumes, na lição de Massimo Bianca, são aquelas normas não escritas que um ambiente social observa constantemente ao longo do tempo como norma jurídica vinculante.¹⁰⁸ Destacam-se no costume dois elementos, segundo Clóvis Bevilacqua: o externo, que é o uso e observância constante, e o interno que é a *opinio necessitatis*, a convicção de que a norma estabelecida funciona como lei, pela necessidade, que há, de regularizar o caso a que ela se refere, pelo modo nela estabelecido.¹⁰⁹

Não há controvérsia quanto à função integrativa dos usos e costumes nas relações negociais, até porque expressamente prevista no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

e o Estatuto do Idoso, tendo em vista o fato de ambas serem normas de ordem pública que podem retroagir, devendo ser obedecidas ainda quando as partes disponham em contrário, mormente quando a relação for de prestações continuadas. Na Resolução normativa 63/2003, a ANS (Agência Nacional de Saúde) criou dez faixas etárias que deverão ser adotadas pelas empresas de planos privados de assistência à saúde, sendo possível um acréscimo no valor de tal serviço a cada mudança. Cabe ressaltar que após o acréscimo referente à décima faixa (59 anos ou mais), não é permitida nova majoração. O intuito desta resolução normativa é não prejudicar o consumidor com reajustes exorbitantes, bem como viabilizar o sistema de planos de saúde, tendo em vista o real e evidente aumento dos riscos inerentes ao bem segurado, no caso a vida, que advém com avanço de idade.”

¹⁰⁷ Nesse contexto, conclusiva a lição de Claudia Lima Marques: “No momento, tentando aproveitar o sucesso do CDC ou livrar-se dele justamente, vários códigos de conduta dos concessionários de serviços públicos e mesmo do BACEN estão sendo desenvolvidos e denominados de “código do usuário” ou “código do cliente bancário”, a exemplo do CDC. Destacados pela imprensa e reproduzidos em comentários, não conseguem, porém, seu intento de retirar do campo de aplicação do CDC a relação de que cuidam, e, por sua baixa posição na hierarquia (geralmente portarias ministeriais e do BACEN), não são sequer vinculantes para os fornecedores. Note-se que o CDC aplica-se de maneira prioritária (lei de ordem pública e origem constitucional) a estas relações de consumo, e estas normas não podem “impedir” a aplicação do CDC, só complementá-la, se asseguram algum direito para o consumidor (art. 7º do CDC). Trata-se, portanto, de fontes secundárias e somente auxiliares dos direitos dos consumidores, nunca limitadoras destes”.

¹⁰⁸ *Diritto civile*: il contratto. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1984. v. 3, p. 490.

¹⁰⁹ *Teoria geral do direito civil*. Edição revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio: Livraria Francisco Alves, 1975. p. 30.

Não obstante, Francisco Paulo De Crescenzo Marino indica situações que a lei, casuisticamente, por vezes remete aos usos e costumes, sendo importante fonte de integração do negócio jurídico, tais como aqueles referidos nos artigos 445, § 2º, 529, 628, parágrafo único, 658, parágrafo único, 701 e 724 do Código Civil.¹¹⁰

Importante não se ignorar a observação de José de Oliveira Ascensão quando afirma que “certos comportamentos vão ser proscritos por se não adequarem ao padrão ético dos bons costumes”¹¹¹, ou seja, os hábitos devem observar os limites das valorações de conteúdo ético-social, sob pena de não se integrarem ao sistema normativo.

Outra limitação importante, no que diz respeito aos contratos de consumo, é aquela apontada por Enzo Roppo: “os usos, precisamente pelo fato de serem o reflexo do existente, das reais praxes de mercado, exprimem, não raramente, a superioridade econômica, as posições de privilégio e até os abusos das categorias de operadores fortes em prejuízo das categorias de operadores fracos nas recíprocas relações de negócios.”¹¹²

Em assim sendo, de se concluir que os usos somente podem ser admitidos como fontes de integração do contrato de consumo quando não contrariarem o sistema protetivo do consumidor.

Mas, como adverte Rubens Requião, não constituem uso comerciais os atos de mero favor ou tolerância, de liberdade ou condescendência, que não se praticam com a intenção de reconhecer um direito alheio.

Por conta disso, a prática comum de alguns comerciantes de realizar a troca de produtos, independente da existência de vício, não pode ser considerada como usos e costumes para efeito de vinculação de todo e qualquer fornecedor, com obrigatoriedade somente aqueles que declararem de alguma forma a concessão de tal faculdade ao consumidor.

¹¹⁰ *Interpretação e integração dos contratos*, Direito dos Contratos, Coordenação: Gilberto Haddad Jabur e, Antonio Jorge Pereira Junior, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 78.

¹¹¹ *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 223.

¹¹² *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 189.

10. Conclusões

Pietro Perlingieri afirma que a harmonização entre as fontes exige do jurista um empenho constante, em grande parte ainda a realizar, com o escopo de individuar o complexo das fontes vigentes em um determinado território, compondo-as sistematicamente em relação ao problema específico a resolver (individuação da normativa do caso concreto).¹¹³

Em um raciocínio lógico jurídico, considerando que cada poder, expressão da autonomia privada, não pode ser exercido sem respeitar as competências e o quadro jurídico global, no qual encontra seu próprio reconhecimento, concluir-se-á que a lei tem precedência em relação às demais fontes de integração do contrato, lembrando-se o caráter de norma de ordem pública das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto normativo, não se poderia deixar de incluir a boa-fé objetiva e a justiça contratual, por configurarem princípios expressamente reconhecidos no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 8.078/90.

Relembrando a lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a informação e a publicidade observam a lei, prevalecem sobre os atos da autonomia privada, individuais ou coletivos, naquilo que for mais vantajoso ao consumidor.¹¹⁴ Por outro lado, sofrem os efeitos da boa-fé, razão pela qual se considera a publicidade como fonte de integração hierarquicamente inferior àquela.

A reduzida hierarquia das normas das autoridades administrativas é destacada na lição de Claudia Lima Marques, quando afirma que estas normas não podem “impedir” a aplicação do CDC, só complementá-la, se asseguram algum direito para o consumidor (art. 7º do CDC). Tratam-se, portanto, de fontes secundárias e somente auxiliares dos direitos dos consumidores, nunca limitadoras destes.

Os atos de autonomia, seja coletiva, seja individual, não podem contrastar com as leis e com os princípios, o que implica na submissão das declarações das partes e dos contratos coletivos às leis e aos princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual, devendo os

¹¹³ *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 324.

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 276.

particulares, em regra, observar também os atos das autoridades administrativas, que gozam de presunção de legitimidade.¹¹⁵

Os usos e costumes seriam as fontes de integração de menor hierarquia, pois, valendo-se da lição de Enzo Roppo, configuram expressão das práticas dos fornecedores, que ostentam a superioridade econômica, o que, em regra, representam interesses opostos aos interesses dos consumidores.¹¹⁶

De todo modo, a hierarquia das fontes não pode deixar de observar a hierarquia dos valores. Como ensina Canaris, num critério de hierarquia, há de se distinguir dois passos: a consideração da relação hierárquica abstrata, por um lado, e o peso concreto dos bens e interesses envolvidos, por outro lado. Assim, a vida e a saúde ocupam, sem dúvida, uma posição superior, em relação à liberdade de ação é à propriedade, e, ainda assim, uma fraca ameaça à vida pode, em determinadas circunstâncias, ter de ceder, em face de uma massiva limitação da liberdade pessoal e da propriedade – como logo demonstra de modo trivial, por exemplo, a permissão do trânsito de veículos.¹¹⁷

E, em se tratando de CDC, busca-se a proteção prioritária do consumidor, o que justifica a utilização da fonte de integração, cuja norma, em regra, ofereça maiores benefícios ao vulnerável.

¹¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 323.

¹¹⁶ *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 189.

¹¹⁷ *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 112-113.