

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

RITA DE CÁSSIA DOMINGUES CASANOVA

**CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO: A APLICAÇÃO MITIGADA
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

SÃO PAULO

2021

RITA DE CÁSSIA DOMINGUES CASANOVA

**CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO: A APLICAÇÃO MITIGADA
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil.

Orientadora: Professora Doutora Teresa
Ancona Lopez.

SÃO PAULO

2021

Catálogo da
Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Casanova, Rita de Cássia Domingues

Contratos cativos de longa duração: a aplicação
mitigada do Código de Defesa do Consumidor ; Rita
de Cássia Domingues Casanova ; orientadora Teresa
Ancona Lopes -- São Paulo, 2021.

x, 187p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação
em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2021.

1. Contratos cativos de longa duração. 2.
Servicização. 3. Sopesamento de princípios. 4.
Código de Defesa do Consumidor. I. Lopes, Teresa
Ancona, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

RITA DE CÁSSIA DOMINGUES CASANOVA

CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO: A APLICAÇÃO MITIGADA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientadora: Professora Teresa Ancona Lopez
Departamento de Direito Civil

Membros: Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

São Paulo, de de 2021.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e àqueles que os antecederam por permitirem, através de suas histórias, que hoje eu possa sonhar e escolher o meu caminho.

Ao meu parceiro por todo suporte e por escolher todos os dias dividir essa caminhada ao meu lado e à minha Gorda pelo companheirismo e momentos de doçura.

O amor de vocês foi essencial nessa jornada e, sem vocês, eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Rodolfo de Camargo Mancuso por ter sido o primeiro, desde os meus tempos de graduação, a reconhecer o meu potencial e incentivar que eu me dedicasse à academia.

Agradeço profundamente à minha orientadora, Professora Teresa Ancona Lopez, por todo o auxílio e, em um dos piores períodos para toda humanidade, por ter sido colo e porto-seguro que me permitiram concluir esse trabalho. Os seus conselhos foram preciosos e os guardarei por todo o meu caminhar, mas guardarei sobretudo os seus exemplos de empatia e compaixão.

Agradeço aos meus amigos por compreenderem a minha ausência e servirem de impulso em momentos que julgava já não ter mais forças, saibam que vocês foram essenciais.

Agradeço à minha equipe do escritório Gaia Silva Gaede Advogados por todo empenho para que eu pudesse me dedicar a esse trabalho e, em especial, à Júlia, Gabriela, Marina e Vanessa por me ouvirem e ajudarem sempre que precisei.

Agradeço à Yasmin, que com o seu primoroso trabalho e conselhos, foi luz na reta final dessa jornada.

Agradeço, por fim, à minha família e ao meu parceiro, porque sem eles nada teria sido possível, desde quando o mestrado era um projeto distante até quando tudo tomou forma e se tornou, nos últimos quatro anos, parte integrante do meu dia a dia.

RESUMO

O presente estudo se dedica ao estudo dos contratos cativos de longa duração sob o prisma dos problemas advindos da aplicação integral do Código de Defesa do Consumidor a tais contratos. Em particular, analisa-se os prejuízos advindos da revisão judiciais dos contratos cativos de longa duração sem conhecer-se – com profundidade – o *core business* do fornecedor. A partir do final do século XX, acompanhou-se o incremento da “servicização” dos contratos. O fenômeno da “servicização” refere-se à transformação dos contratos que antes, em sua maioria, tinham por objeto obrigações de dar e, atualmente, têm por objeto obrigações de fazer de execução continuada. A expectativa de que a relação contratual se protraia no tempo impõe aos julgadores desafios para a harmonização da relação entre fornecedor e consumidor, uma vez que a aplicação integral do código consumerista pode causar injustiças. Diante disso, propõe-se o estudo dos princípios da teoria contratual aplicáveis aos contratos de consumo e aos contratos paritários, defendendo-se que, nos termos do artigo 7.º do Código de Defesa do Consumidor, sejam aplicáveis aos contratos cativos de longa duração os princípios contratuais prescritos no Código Civil como forma de garantir-se que a eventual revisão do contrato não provoque um ônus desproporcional ao fornecedor. Ao final, ante as lacunas do Código de Defesa do Consumidor para regular as relações complexas advindas dos contratos cativos de longa duração no setor de saúde, propõe-se a inclusão de novas disposições ao referido código, garantindo-se a proteção do consumidor sem que ela implique a prolação de decisões que violem os regramentos editados pelas agências reguladoras e contribuam para a perpetuação da insegurança jurídica no referido setor.

Palavras-chave: contratos; longa duração; servicização; princípios; sopesamento; Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

The present study is dedicated to the study of long-term captive contracts from the standpoint of the problems that arise from the full application of the Consumer Protection Code to such contracts. In particular, it analyzes the harm resulting from the judicial review of long-term captive contracts without a full appreciation of the core business of the supplier. Since the end of the 20th century, there has been an increase in the “servitization” of contracts. The phenomenon of “servitization” refers to the transformation of contracts which used to be mostly concerned with obligations to do, whereas nowadays are concerned with obligations to perform on a continuous basis. The expectation that the contractual relationship be protracted poses challenges to judges towards harmonizing the relationship between supplier and consumer, given that the full application of the Consumer Code may cause injustices. In light of that, we propose the study of the principles of contractual theory applicable to consumer contracts and also to parity contracts, arguing that, pursuant to article 7 of the Consumer Protection Code, the contractual principles prescribed in the Civil Code should apply to long-term captive contracts as a way to ensure that any revision of the contract does not impose a disproportionate burden on the supplier. At the end, in view of the failure of the Consumer Protection Code to regulate the complex relationships arising from long-term captive contracts in the healthcare business, we propose the inclusion of new provisions to the aforementioned code, ensuring protection to the consumer without implicating the issuance of decisions that violate the rules issued by regulatory agencies and contribute to the perpetuation of legal uncertainty in the healthcare sector.

Keywords: contracts; long-term; servitization; principles; balancing; Consumer Defense Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ORIGEM, PRINCÍPIOS E PERSONAGENS	15
1.2. Contexto histórico da promulgação do Código de Defesa do Consumidor ..	15
1.2. Princípios	19
1.2.1. O princípio da vulnerabilidade	21
1.2.2. O princípio da transparência e o princípio da confiança	25
1.2.3. O princípio da boa-fé objetiva e a função social do contrato	31
1.2.4. O princípio da equidade	38
1.3. O conceito de consumidor	41
1.3.1. Teoria finalista	42
1.3.2. Teoria maximalista	44
1.3.3. Teoria finalista aprofundada	47
1.3.4. Teoria minimalista	48
1.3.5. O conceito de consumidor por equiparação	52
1.4. O conceito único de fornecedor	53
2. TEORIA CONTRATUAL: A EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	57
2.1. Os princípios norteadores do contrato no Código Civil de 1916	57
2.1.1. O princípio da liberdade contratual	58
2.1.2. O princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais (<i>pacta sunt servanda</i>)	60
2.1.3. O princípio relatividade dos efeitos contratuais	62
2.2. Os princípios norteadores da teoria contratual no Código Civil de 2002	65
2.2.1. O princípio da boa-fé objetiva e os cânones da função integrativa	67

2.2.2. O princípio da função social do contrato	68
2.2.3. O princípio do equilíbrio econômico do contrato	71
2.3. Os princípios norteadores da teoria contratual no Código de Defesa do Consumidor	74
2.3.1. O princípio da conservação	75
2.3.2. O princípio da boa-fé.....	76
3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO	81
3.1. A nova realidade contratual aplicada às relações de consumo.....	81
3.1.1. Os contratos de adesão	84
3.1.2. As condições gerais dos contratos.....	90
3.1.3. Os contratos a distância no comércio eletrônico.....	93
3.1.4. Os contratos cativos de longa duração	99
3.2. A dicotomia entre contratos de lucro e contratos existenciais e as implicações na revisão das cláusulas contratuais	106
4. CONCEITO PLURAL DE FORNECEDOR: PROPOSTA DE APLICAÇÃO MITIGADA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO	113
4.1. A flexibilização dos princípios norteadores da revisão dos contratos de consumo frente aos novos consumidores: o problema do conceito único de fornecedor.....	113
4.2. Os diferentes nichos de fornecedores e a incompletude do conceito.....	116
4.2.1. Os fornecedores de bens cotidianos destinados ao grande varejo.....	117
4.2.2. Os fornecedores de bens cotidianos destinados ao pequeno varejo.....	121
4.2.3. Os fornecedores de bens exclusivos ou especialíssimos.....	125
4.2.4. Os fornecedores de bens essenciais, cuja utilização se perpetua no tempo	133
4.3. Os contratos cativos de longa duração e os danos causados ante a aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor: uma análise dos contratos de plano de saúde e seguro-saúde	137

4.3.1. A correta alocação do risco como elemento essencial dos contratos de plano de saúde e seguro-saúde	139
4.3.2. Contratos de plano de saúde e seguro-saúde: os contratos regulados	142
4.3.3. Os contratos de plano de saúde e seguro-saúde em números.....	145
4.3.4. A análise dos contratos de plano de saúde à luz da aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor	147
4.3.4.1. O acórdão sob análise	147
4.3.4.2. O reconhecimento da taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar: princípios aplicados.....	150
4.3.4.3. O dissídio jurisprudencial e a insegurança jurídica.....	155
4.4. A aproximação entre os contratos cativos de longa duração e os contratos civis: sopesamento entre os princípios da vulnerabilidade do consumidor, equilíbrio econômico do contrato e boa-fé.....	159
5. PROPOSTA LEGISLATIVA.....	169
CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	181

INTRODUÇÃO

O consumo é a base da economia contemporânea, não sendo exagero afirmar que é no incremento da produção de bens de consumo e da prestação de serviços que orbita o mercado mundial. Esse novo paradigma trouxe consigo importantes transformações na forma das pessoas se relacionarem, nos seus conceitos e crenças sobre valores morais e éticos e até mesmo acerca do que é imprescindível para garantir a felicidade e o bem-estar do indivíduo e de sua família.

O ato de consumir tornou-se uma forma de inserção em um grupo, sinônimo de felicidade e *status*, conforme pode-se verificar com o lançamento constante de novos produtos e serviços e a criação, conseqüentemente, de novas necessidades para absorção da produção também conhecidas como “*must have*”.

Nas últimas décadas, fomentou-se o consumo maior de bens de produtos com a ilusão de que a aquisição de determinado produto – mais moderno que o anterior – seria uma necessidade. No entanto, o que caracteriza a sociedade atual é que, ao lado do consumo ordinário – a aquisição de produtos– verifica-se o crescimento da demanda pela contratação de serviços.

A esse movimento, Cláudia Lima Marques deu o nome de servicização, representado pelo incremento do consumo e da demanda pela contratação de serviços, os quais muitas vezes consistem na contratação de serviços digitais para acesso à informação, substituindo jornais e revistas (haja vista que algumas passaram a ser produzidas somente em formato digital), *cloud services* para armazenamento de dados em meios digitais ao invés de disquetes, CD, *pen drives* e aplicativos de comunicação instantânea (que substituem com muito mais recursos os serviços de telefonia), sendo os seus principais representantes o WhatsApp, Zoom e Skype.

A popularização da internet fomentou e permitiu os avanços da servicização que encontrou nos contratos de adesão e, em especial, nos contratos cativos de longa duração a forma contratual para regular as relações entre consumidores e fornecedores.

Apesar de sua aplicação não ser nova, os contratos cativos de longa duração têm importante papel no mundo atual porque, para a forma de consumo experimentada nos dias de hoje e a dinamicidade das relações, é o modelo de cláusulas não rígidas que consegue albergar

melhor o interesse das partes e acomodar eventuais alterações que venham a ocorrer no futuro, uma vez que a marca característica de tais relações contratuais é a perenidade.

No entanto, em um mundo tão novo e que impõe desafios diários aos aplicadores do Direito – destaque-se que, quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, sequer havia surgido o comércio eletrônico – indaga-se: como promover a revisão dos contratos cativos de longa duração sem conhecer com profundidade o *core business* do fornecedor e, ao mesmo tempo, garantir que ele não seja indevidamente prejudicado?

A questão é de extrema importância, porquanto, com o fenômeno da servicização, verificou-se o incremento no número de contratos envolvendo a prestação de serviços de execução continuada, haja vista que, para atingir o objetivo contratual, os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos.

A perenidade da relação demanda que fornecedores e consumidores guardem na execução do contrato a capacidade de adaptar-se a eventuais alterações que a relação contratual venha a suportar, em observância aos princípios da cooperação e segurança, sendo certo que, quando não há consenso entre as partes, resta a opção de encaminhar a controvérsia ao Poder Judiciário para que seja promovido reequilíbrio do contrato.

Contudo, há poucos instrumentos para regular as longas relações estabelecidas e a aplicação insuflada do Código de Defesa do Consumidor pode causar injustiça, uma vez que as normas consumeristas foram pensadas para resolução de conflitos relacionados a contratos de compra e venda ou de prestação de serviços de execução imediata, sendo que, nos casos em que a execução do contrato é protraída no tempo, a aplicação dos ditames consumeristas sem o devido sopesamento com os demais princípios que regem a matéria contratual pode causar prejuízos aos fornecedores e insegurança jurídica.

O presente estudo busca afrontar essa questão. No primeiro capítulo, é feita uma incursão sobre os princípios que regem o direito consumerista e as definições sobre os atores das relações consumeristas, analisando-se quem pode ser considerado consumidor – ante as diversas correntes – e quem pode ser considerado fornecedor, com uma breve crítica a um conceito único para fornecedor sem considerar as suas particularidades. A crítica foi aprofundada no quarto capítulo, no qual, consoante será exposto, dedicou-se a expor as consequências negativas da aplicação da letra fria do Código de Defesa do Consumidor a casos distintos sem o devido sopesamento.

No segundo capítulo, analisa-se a evolução histórica da teoria contratual no ordenamento jurídico brasileiro, com a análise da matéria no Código Civil de 1916, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002, explorando-se em especial os princípios regentes da matéria contratual.

Os contratos de consumo foram analisados com maior profundidade no terceiro capítulo, em que se dedicou ao estudo dos contratos de adesão, contratos à distância no comércio eletrônico e, por fim, contratos cativos de longa duração. A dicotomia entre os contratos de lucro e os contratos existenciais também foi analisada no terceiro capítulo, com especial atenção para as implicações dessa dicotomia na revisão de cláusulas contratuais.

No quarto capítulo, explorou-se as diferenças entre os fornecedores que, ao revés do disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, não poderiam ser classificados por meio de um conceito único de fornecedor, porque esse não contempla as particularidades de todos. Por esse motivo, foi proposta a divisão dos fornecedores em quatro grandes nichos, demonstrando-se como a aplicação rígida do Código de Defesa do Consumidor poderia culminar em injustiça, com especial atenção aos fornecedores de bens essenciais, cuja utilização se perpetua no tempo.

Como forma de demonstrar quão prejudicial pode ser a aplicação do Código de Defesa do Consumidor sem o devido sopesamento, foram analisados os contratos de planos de saúde e seguro-saúde, os quais foram selecionados por congregarem não somente as dificuldades que naturalmente são impostas aos contratos cativos de longa duração como também as dificuldades atreladas à observância dos regulamentos editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Nessa senda, elegeu-se a análise da discussão sobre a (não) taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar e o dissídio jurisprudencial representado pelo entendimento exarado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que entende que o rol de procedimentos teria um caráter meramente exemplificativo *versus* o entendimento empossado pela Quarta Turma, que entende o assunto de forma oposta, defendendo a taxatividade do rol de procedimento como forma de harmonizar a relação entre consumidores e as operadoras dos planos de saúde e seguro-saúde.

Tal divergência jurisprudencial e os males advindos da ausência de consenso sobre a taxatividade do rol de procedimentos foram exploradas para, ao final, ser proposta uma solução

de lege ferenda, com a inclusão de novas disposições ao Código de Defesa do Consumidor. Com base nos princípios contratuais prescritos pelo Código Civil, busca-se promover a harmonização dos interesses dos consumidores e dos fornecedores de bens essenciais cuja utilização se perpetua no tempo e que estejam sujeitos aos regulamentos editados por agências reguladoras.

As novas disposições propostas têm por objetivo reduzir a possibilidade da ocorrência dos nefastos dissídios jurisprudências e fomentar a valorização das funções das agências reguladoras, para que não aconteça que, pela inobservância sistemática dos seus regramentos pelo Poder Judiciário, restem esvaziadas, causando extrema insegurança jurídica aos fornecedores sujeitos às suas disposições.

1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ORIGEM, PRINCÍPIOS E PERSONAGENS

A elaboração do Código de Defesa do Consumidor beneficiou-se de um arcabouço normativo vanguardista, pelos avanços que foram obtidos frente às normas que eram aplicadas até então. O presente capítulo será dedicado à análise do contexto histórico da promulgação do código consumerista, os princípios que norteiam a sua aplicação e os seus personagens.

1.2. Contexto histórico da promulgação do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 11 de setembro de 1990, sendo um dos grandes marcos da transição do Estado Liberal de Direito do início do século XX para o Estado Democrático de Direito então vigente.

Essa transição se refletiu nas mais diversas áreas, mas, principalmente, no Direito, porque as normas vigentes promulgadas no início do século não mais refletiam os anseios da sociedade e não eram capazes de dirimir as suas controvérsias em alinhamento com o novo conceito de justiça.

Isso porque deslocava-se o ponto central de atenção, que antes era sobre o indivíduo, para, nesse momento, analisar a sociedade e a repercussão na esfera de Direito de todos que nela estão inseridos.

No Estado Liberal, vigorava a premissa que somente seria legítima uma ação estatal se essa fosse considerada absolutamente necessária e, nas palavras de Wanderley Guilherme dos Santos,¹ a necessidade estava atrelada a preservar a segurança individual do cidadão.

Influenciado pelos ideais da Revolução Francesa, a nova ordem inaugurada buscava a defesa dos interesses individuais sem as restrições sobre a produção e, em maior medida, livre das inseguranças provocadas pelas interferências do soberano. Por essa razão, o jurista Orlando Gomes leciona que o Direito teria sido posto à disposição da liberalização econômica, uma vez criados os institutos como o negócio jurídico, o contrato e, de forma indissociável, a elevação da liberdade de contratar.

¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Paradoxos do liberalismo: teoria e história*. São Paulo: Vértice, 1988, p. 19.

Estabeleceu-se, portanto, uma igualdade estritamente formal para assegurar o equilíbrio entre os contratantes, que poderiam contratar livremente sem restrições das corporações de ofício e sem temer a interferência do soberano na avença.

O Estado Liberal perdurará até o início do século XX, quando será fortemente abalado pela Primeira Guerra Mundial que resultará, por sua vez, em uma demanda pela garantia e proteção do bem-estar do indivíduo.

A Primeira Guerra Mundial impôs mudanças profundas no que tange ao papel do Estado, pois, se antes vigorava a sua não interferência, viu-se surgir a partir desse importante evento histórico a necessidade da intervenção do Estado como forma de garantir, ao final, a perpetuação do sistema capitalista.

Com efeito, o advento da Primeira Guerra Mundial impõe ao Estado a utilização de todo um arsenal jurídico para dirigir a economia e satisfazer a sua necessidade bélica. Como resalta Ricardo Quartim de Moraes,² até aquele momento as guerras nunca tinham demandado a atenção quase exclusiva do Estado, mas com a eclosão da primeira grande guerra foi necessário voltar a atenção à economia para a produção dos bens, da qual dependia poder depender a vitória sobre o inimigo, o que consumiu não somente elevada quantidade de riquezas naturais quanto mão de obra.

O modelo conhecido não conseguiu atender à nova demanda, sendo mandatário socorrer-se da intervenção estatal que, ao regular as relações entre empregadores e empregados e garantir a esses últimos a proteção aos seus direitos individuais, acabou por garantir a perpetuação do modelo capitalista e a manutenção da economia.

No Brasil, as marcas do Estado Social se fazem notar por meio da instituição (i) da Previdência Social, na década de 1960, garantindo aos indivíduos inseridos no mercado de trabalho ou àqueles que o mercado não mais garanta a subsistência a percepção de um benefício que permitirá a sua manutenção, (ii) da assistência social a ser prestada a todos que não tenham meio prover à sua própria subsistência, e (iii) da universalidade e gratuidade de serviços públicos como saúde e educação.

² MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 269–285, out./dez. 2014, p. 275.

O Estado Social, contudo, não abandonou as conquistas do Estado Liberal, mas sim adicionou a ele um novo componente que é a garantia do bem-estar e a assistência ao indivíduo, tendo surgido dessa interligação o Estado Democrático de Direito, uma vez que o Estado Social não implicou a exclusão do primeiro, mas sim em sua transformação.³

Os acréscimos dos componentes do Estado Social ao então Estado Liberal demandam que o Estado Democrático de Direito compatibilize os dois modelos pois, ainda que haja restrições à atuação estatal como forma de resguardar a liberdade dos indivíduos, é preciso, também, que sejam garantidos os direitos sociais conquistados por meio da função distributiva e assistencialista do Estado.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.⁴

Nessa medida, poder-se-ia afirmar que o Estado Democrático de Direito se submete ao império da lei, mas da lei que assegura o princípio da igualdade não somente diante da generalidade de seus preceitos, como também em face das desigualdades sociais existentes.⁵

O Código de Defesa do Consumidor é um retrato fiel das transformações ocorridas durante a transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, porquanto, ainda que tenha como princípio a manutenção da ordem econômica, a proteção ao mais vulnerável foi estabelecida, mostrava-se urgente a revisão dos regramentos aplicáveis ao direito contratual e à responsabilidade civil.

O Código de Defesa do Consumidor nasce como uma norma adaptada à pós-modernidade⁶ na medida em que foram revisitados conceitos que não mais poderiam servir à

³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 54.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123.

⁵ MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 269–285, out./dez. 2014, p. 279.

⁶ Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, a pós-modernidade significaria “o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas,

realidade da sociedade do século XX, a qual não mais possuía os mesmos valores daquela em que foi promulgado o Código Civil de 1916.

Flávio Tartuce atribui ao fenômeno da pós-modernidade quatro outros fatores que fomentaram a criação do código consumerista, quais sejam: (i) a globalização, que poderia ser traduzida na ideia de unidade mundial e um inevitável modelo geral para as ciências e o comportamento das pessoas, sendo esse fenômeno refletido no disposto no artigo 7.º do Código de Defesa do Consumidor; (ii) o pluralismo de sujeitos e de direitos, o qual é refletido pela abundância de proteção legislativa e a constante possibilidade de serem geradas situações de colisões entre esses direitos; (iii) o duplo sentido das coisas, porquanto a todo momento aquilo que era considerado correto outrora poderia deixar de sê-lo, uma vez que não há mais valores estanques e, por fim, (iv) a hipercomplexidade, pois os modelos tradicionais de negócios e atos jurídicos envolvendo, ordinariamente, apenas contratante e contratado foram substituídos por relações mais complexas em que há a possibilidade de colisão entre os direitos tidos por fundamentais, principalmente, no que tange aos contratos de consumo com a expansão do comércio eletrônico.⁷

É, portanto, nesse contexto que o Código de Defesa do Consumidor é criado, sendo um importante marco do Estado Democrático do Direito e das transformações sociais. Apesar de garantir-se o respeito à liberdade econômica, antigos conceitos foram revistos a fim de promover maior equilíbrio às relações contratuais que, por sua dinamicidade, demandavam também a adoção de princípios como forma de abranger tanto quanto possível toda a diversidade de controvérsias que seriam originadas.

Não por outra razão, o Código de Defesa do Consumidor é tido como uma norma de caráter principiológico, sendo que muitos desses princípios foram recepcionados por outros estatutos normativos, dentre os quais destaca-se o Código Civil de 2002.

exatamente porque ela é uma condição processante de amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, inaugura sua mescla com os restos da modernidade". BITTAR, Carlos Alberto. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 108.

⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e direito processual*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 5-8.

1.2. Princípios

O estudo dos princípios é de suma importância para compreensão do sistema do sistema normativo consumerista, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor consagrou a aplicação dos princípios para regulamentar as relações entre consumidores e fornecedor e, dessa forma, promover a prolação de decisões mais equânimes do que aquelas que seriam proferidas utilizando-se os princípios regentes do Código Civil de 1916.

Como bem pontuado por Rodolfo Pamplona Filho, o Código Civil de 1916 tinha como escopo a proteção de uma figura jurídica: o fazendeiro casado, haja vista que era uma norma essencialmente agrarista, patrimonialista e egoísta, que não protegia qualquer indivíduo que se encontrasse em posição de vulnerabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor foi a norma precursora a se imiscuir nas relações contratuais e promover a sua revisão para que elas atendessem ao direito de ambos os contratantes, promovendo a proteção daquele que, na relação jurídica concreta, estivesse em posição de vulnerabilidade.

Não por outro motivo, o Código de Defesa do Consumidor é uma norma extremamente principiológica, uma vez que, diante da multiplicidade de relações jurídicas que viria a regular principalmente em atenção às imprevisíveis transformações que a sociedade já vivenciava quando de sua promulgação, não fazia sentido que as normas obedecessem a dogmas estanques que não permitissem ao julgador amoldá-las ao caso concreto.

Nesse sentido, a Ministra Eliana Calmon apontava que o “[o] Código de Defesa do Consumidor é o diploma legislativo que já de amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como a boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações”.⁸

O Código de Defesa do Consumidor, como reconhecido na III Jornada de Direito Civil,⁹ foi, até o advento do Código Civil de 2002, o precursor da regulamentação contratual, vez que somente se imiscuía nas relações contratuais a fim de promover o seu equilíbrio, intervindo

⁸ CALMON, Eliana. As gerações do direito e as novas tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 39, p. 39-45, jul./set. 2001, p. 42.

⁹ Enunciado 167: Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

diretamente no seu conteúdo material, o que era realizado por meio da aplicação dos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e da equivalência material.¹⁰

Os princípios, que são a base da norma consumerista brasileira, apresentam-se, portanto, como regras de conduta que deverão nortear a aplicação da norma não somente em caso de lacuna, mas adiante de cada situação concreta. Não necessariamente precisam estar positivados, porquanto há princípios que, como assevera Flávio Tartuce, são implícitos ao sistema protetivo e são o espírito regente do código, como a função social do contrato, a qual norteia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Com efeito, considerando que o código consumerista brasileiro foi o primeiro a intervir diretamente no conteúdo material das relações contratuais, é natural que o princípio da função social do contrato permeie todo o sistema e a aplicação das normas.

Os princípios consumeristas têm grande importância para todo o Direito e aqueles que serviram de base para elaboração do Código de Defesa do Consumidor foram assim reconhecidos em um dos mais importantes fóruns de Direito Internacional do mundo, demonstrando a excelência do sistema normativo brasileiro.

Com efeito, em fórum realizado nos dias 26 a 30 de agosto de 2012 em Sófia (Bulgária), foi elaborada a Declaração de Sófia sobre o Desenvolvimento de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor, na qual foram eleitos os regramentos fundamentais acerca da matéria e que nortearam a elaboração do Código de Defesa do Consumidor brasileiro vinte e dois anos antes, quais sejam: (i) o princípio da vulnerabilidade; (ii) princípio da proteção mais favorável

¹⁰ O enunciado foi proposto pelo magistrado paraibano Wladimir Alcibíades Marinho Cunha Falcão, o qual justificou a aprovação do enunciado, porquanto “(...) até o advento do Código Civil de 2002, somente o Código de Defesa do Consumidor encampava essa nova concepção contratual, ou seja, somente o CDC intervinha diretamente no conteúdo material dos contratos. Entretanto, o Código Civil de 2002 passou também a incorporar esse caráter cogente no trato das relações contratuais, intervindo diretamente no conteúdo material dos contratos, em especial através dos próprios novos princípios contratuais da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material. Assim, a corporificação legislativa de uma atualizada teoria geral dos contratos protagonizada pelo CDC teve sua continuidade com o advento do Código Civil de 2002, o qual, a exemplo daquele, encontra-se carregado de novos princípios jurídicos contratuais e cláusulas gerais, todas hábeis a proteção do consumidor, mais fraco nas relações contratuais comuns, sempre em conexão axiológica, valorativa entre dita norma e a Constituição Federal e seus princípios constitucionais. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 são, pois, normas representantes de uma nova concepção de contrato e, como tal, possuem pontos de confluência em termos de teoria contratual, em especial no que respeita aos princípios informadores de uma e de outra norma”. CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do CDC ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

ao consumidor; (iii) princípio da justiça contratual; (iv) princípio do crédito responsável; e (v) princípios dos grupos e associações na proteção do direito do consumidor.¹¹

No presente estudo, nos dedicaremos à análise dos princípios que mais se aplicam ao direito contratual, eis que serão a base para a proposta de revisão do conceito único de fornecedor e a aplicação mitigada das normas protetivas do consumidor aos contratos cativos de longa duração que, em decorrência de sua perenidade, demandam a aplicação de normas mais protetivas também ao fornecedor.

1.2.1. O princípio da vulnerabilidade

O Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo, como não poderia deixar de ser, a proteção e defesa do consumidor que, por sua vez, trazem consigo, ao menos, três consequências.¹²

A primeira consequência é a inafastabilidade, por convenção entre as partes, das regras prescritas no código consumerista sob pena de nulidade absoluta. Isso significa dizer que, se o consumidor renunciar a qualquer regra insculpida no referido código, a nulidade dessa cláusula é absoluta.

A segunda consequência é a admissão da intervenção do Ministério Público em questões que envolvam problemas de consumo, cabendo a propositura de ações coletivas envolvendo

¹¹ Conforme exarado por Flávio Tartuce, em Manual de Direito do Consumidor, a importância vital dos princípios consumeristas para todo o Direito foi reconhecida pela *International Law Association* (ILA – Londres), um dos principais fóruns de Direito Internacional do mundo, quando da sua realização nos dias 26 a 30 de agosto de 2012 realizado na cidade de Sófia, na Bulgária, foi elaborada a Declaração de Sófia sobre o Desenvolvimento de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor, na qual foram editados os seguintes princípios como fundamentais: “a) Princípio da vulnerabilidade – os consumidores são vulneráveis frente aos contratos de massa e padronizados, em especial no que concerne à informação e ao poder de negociação; b) Princípio da proteção mais favorável ao consumidor – é desejável, em Direito Internacional Privado, desenvolver standards e aplicar normas que permitam aos consumidores beneficiarem-se da proteção mais favorável ao consumidor; c) Princípio da justiça contratual – as regras e o regulamento dos contratos de consumo devem ser efetivos e assegurar transparência e justiça contratual; d) Princípio do crédito responsável – crédito responsável impõe responsabilidade a todos os envolvidos no fornecimento de crédito ao consumidor, inclusive fornecedores, corretores, agentes e consultores; e e) Princípio da participação dos grupos e associações de consumidores – grupos e associações de consumidores devem participar ativamente na elaboração e na regulação da proteção do consumidor”. TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e direito processual*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015, p. 29.

¹² TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e direito processual*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015, p. 30-31.

danos materiais e morais causados aos consumidores, nos termos do artigo 82, inciso I do Código de Defesa do Consumidor.¹³

O consumidor, como terceira consequência da proteção que lhe é oferecida, pode tê-la reconhecida de ofício pelo juiz, se for verificado que a cláusula contratual em discussão é abusiva. Nessa senda, ainda que o consumidor não alegue a nulidade por abusividade da cláusula, ela pode ser reconhecida de ofício, considerando que o objetivo é dar a mais ampla proteção ao consumidor¹⁴ que, presumir-se-á, sempre, vulnerável.

A presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta e não constitui, como pode inicialmente parecer, o fundamento das regras de proteção ao sujeito mais fraco da relação de consumo, mas apenas a explicação para fazê-lo, conforme afirma a jurista Cláudia Lima Marques, em referência a Fiechter-Boulvar. Para o autor, a presunção de vulnerabilidade é uma “noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”.¹⁵

Isso significa dizer que a vulnerabilidade do consumidor serviu de força motriz para fomentar a elaboração de uma lei protetiva dos seus direitos, ao passo que, em virtude das transformações vivenciadas pela sociedade, principalmente no que tange à forma de consumir, as regras existentes até então não conseguiam assegurar a justa resolução das controvérsias havidas entre fornecedores e consumidores.

Com efeito, como apontado por Carlos Alberto Bittar, verificou-se que não era possível dar resposta adequada às controvérsias surgidas, uma vez que os regramentos existentes até

¹³ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁴ Não por outro motivo e dando eficácia à proteção perseguida pelas normas consumeristas que, em 15 de março de 2013, foi editado o Decreto nº 7.963/2013 que instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e criou a Câmara Nacional das Relações de Consumo. O Plano Nacional de Consumo reafirma, entre as suas diretrizes, muitos dos direitos já previstos na norma consumerista, tais como: (i) educação para o consumo; (ii) adequada e eficaz prestação dos serviços públicos; (iii) garantia do acesso do consumidor à justiça; (iv) garantia dos padrões qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos e serviços colocados à disposição do consumidor; e prevenção e repressão de condutas que violem direitos do consumidor. O Plano Nacional de Consumo, no entanto, inova em prever, considerando as novas formas de consumo e o incremento do comércio eletrônico, a proteção à autodeterminação, privacidade, confidencialidade e segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados por meio físico, mas também e, principalmente, eletrônico.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 120.

então eram adequados para aplicação a relações presumidamente paritárias, sendo o Código de Defesa do Consumidor uma resposta eficiente para problemas que decorriam do desequilíbrio entre as partes contratantes e a aplicação de normas que ignoravam essa condição.¹⁶

Dessa forma, se o objetivo dos legisladores era a proteção do consumidor, era preciso garantir que nunca se perdesse a razão pela qual ela se tornou necessária, sendo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor o princípio que guiaria a aplicação das normas protetivas e garantiria o reequilíbrio da relação entre as partes, na busca de uma solução justa e igualitária.

A presunção da vulnerabilidade do consumidor trouxe consigo o pronto reequilíbrio da relação entre as partes para, na sequência, analisar-se o caso concreto e dar a ele a solução mais justa.

Não por outra razão, a vulnerabilidade do consumidor goza de presunção absoluta, não admitindo declinação ou prova em contrário, sendo, portanto, um elemento posto da relação de consumo e não um elemento pressuposto, sendo uma condição inerente a todo aquele for considerado consumidor.¹⁷

A presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor e a impossibilidade do seu afastamento já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, que exarou o entendimento de que o código consumerista tem aplicação prioritária nas relações entre consumidor e fornecedor. A aplicação mitigada do Código de Defesa do Consumidor seria defesa, porquanto as normas consumeristas foram elaboradas partindo da presunção legal de desigualdade técnica e informacional entre os agentes consumeristas.¹⁸

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2.

¹⁷ Conforme disposto no artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios. I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹⁸ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INVESTIMENTO DE RISCO REALIZADO PELO BANCO SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS CORRENTISTAS. DEVER QUALIFICADO DO FORNECEDOR DE PRESTAR INFORMAÇÃO ADEQUADA E TRANSPARENTE. INOBSERVÂNCIA. CONSENTIMENTO TÁCITO PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. 1. A Lei 8.078/90, cumprindo seu mister constitucional de defesa do consumidor, conferiu relevância significativa aos princípios da confiança, da boa-fé, da transparência e da equidade nas relações consumeristas, salvaguardando, assim, os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha da parte vulnerável, o que, inclusive, ensejou a criminalização da “omissão de informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços” (caput do artigo 66 do CDC). 2. Sob tal ótica, a cautela deve nortear qualquer interpretação mitigadora do dever qualificado de informar atribuído, de forma intransferível, ao fornecedor de produtos ou de serviços, porquanto certo que uma “informação

O entendimento exarado é acompanhado pelos tribunais pátrios, os quais reconhecem que a presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta e não pode ser afastada, sob pena de não se garantir a plena defesa dos interesses dos consumidores.¹⁹

Para ser vulnerável basta ser consumidor, mas tal não se aplica à hipossuficiência, a qual está atrelada às condições pessoais do consumidor que, em determinada relação, poderá apresentar um déficit de desconhecimento em relação ao produto ou serviço, se comparado ao fornecedor.

A hipossuficiência não pode ser apreciada de forma restrita dentro de um conceito de discrepância econômica, financeira ou política, devendo ser apreciada de forma ampla e ante a apreciação do caso concreto.

Como bem pontua Roberto Senise Lisboa, a hipossuficiência deverá ser examinada ante o caso concreto e à luz (i) da situação socioeconômica do consumidor (hipossuficiência fática), (ii) da dificuldade de comprovação do nexo de causalidade entre o dano e o produto ou serviço

deficiente” – falha, incompleta, omissa quanto a um dado relevante - equivale à “ausência de informação”, na medida em que não atenuada a desigualdade técnica e informacional entre as partes integrantes do mercado de consumo. (...) 4. Ademais, a proteção contra práticas abusivas, assim como o direito à informação, é direito básico do consumidor, cuja manifesta vulnerabilidade (técnica e informacional) impõe a defesa da qualidade do seu consentimento, bem como a vedação da ofensa ao equilíbrio contratual. (...) 7. Ademais, é certo que o código consumerista tem aplicação prioritária nas relações entre consumidor e fornecedor, não se afigurando cabida a mitigação de suas normas – que partem da presunção legal absoluta da existência de desigualdade técnica e informacional entre os referidos agentes econômicos –, mediante a incidência de princípios do Código Civil que pressupõem a equidade (o equilíbrio) entre as partes (...)” (REsp 1.326.592, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.05.2019, DJe 06.08.2019).

¹⁹ TJSP, AC 0002571-72.2011.8.26.0352, 27.ª C. Extr. D. Priv., rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. 07.11.2016, DJe 10.11.2016 (“COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – Ação de declaração de nulidade, cumulada com resolução contratual, devolução de valores e indenização por danos morais, ajuizada por adquirente de imóvel Sentença de improcedência Apelo da vencida, buscando a aplicação do CDC e a inversão do ônus da prova, a declaração de nulidade da cláusula contratual que dispõe sobre a retenção de valores do caso de desfazimento do negócio e a devolução de todo o preço pago ou, no mínimo, 90% dele Relação de consumo evidenciada Princípio da vulnerabilidade do consumidor Presunção absoluta Inversão do ônus da prova devida Cláusula abusiva, pois permite a retenção de todo o sinal Violação ao artigo 53, caput, do CDC Aplicação das Súmulas 543 do STJ e 01 desta E. Corte Declaração da nulidade e da resolução do pacto Devolução de valores Determinação no caso concreto, de acordo com o montante adimplido, com o tempo de ocupação do imóvel e com a necessidade de indenizar a vendedora Bem que foi ocupado por mais de 05 meses Possibilidade de retenção de parte dos valores para fins de indenização pela ocupação Restituição do restante à compradora Apelo parcialmente provido” (TJSP, AC 1008884-93.2016.8.26.0566, 9.ª C. D. Priv., rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. 10.07.2018, DJe 10.07.2018); “APELAÇÃO INTERMEDIADAÇÃO DE CONTRATO DE INVESTIMENTO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DEVER DE RESTITUIÇÃO INDENIZAÇÃO. – Pacífica a natureza consumerista do contrato com a instituição financeira (LC 105/2001), nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça. Complexidade e valores do contrato de valores mobiliários que não elide a vulnerabilidade do consumidor (presunção absoluta art. 4º, I, do CDC), nem mesmo capaz de afastar a hipossuficiência; – A fraude de terceiros é inserida na teoria do risco profissional da atividade da instituição financeira Súmula 479 do C. STJ responsabilidade objetiva e dever lateral de segurança. Atuação fraudulenta inserida no sistema oferecido pela corretora, cuja documentação timbrada e lastro deu credibilidade face o consumidor (vulnerável) inequívoca procedência do pedido indenizatória; RECURSO NÃO PROVIDO”).

adquirido (hipossuficiência jurídica); e (iii) do desconhecimento em relação à todas as características do produto ou serviço adquirido (hipossuficiência técnica).²⁰

Cláudia Lima Marques²¹ aponta que, além das hipossuficiências descritas acima, haveria uma quarta que é intrínseca ao consumidor, que seria a informacional, uma vez que muito dificilmente o consumidor terá acesso e conseguirá compreender todas as informações sobre determinado produto ou serviço.

A hipossuficiência do consumidor já foi objeto de inúmeras discussões em nossos tribunais pátrios, sendo possível afirmar que a inversão do ônus da prova foi a forma que o legislador pátrio encontrou para garantir o equilíbrio da relação e a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo.²²

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor foi a força motriz para elaboração das normas protetivas, sendo a vulnerabilidade uma condição inerente a ser consumidor, não admitindo declinação ou prova em contrário. A hipossuficiência, por sua vez, é uma condição específica do consumidor perante o fornecedor que terá a defesa do seu direito facilitada, quando necessário, com a inversão do ônus da prova.

Apesar da vulnerabilidade e da hipossuficiência não se confundirem, já que a primeira é um elemento posto e a hipossuficiência depende de análise do caso concreto, ambas têm um ponto em comum que é a busca e manutenção do equilíbrio da relação consumerista para que, uma vez equalizada a relação, o caso concreto possa ser apreciado, dando-se à controvérsia a solução mais justa, uma vez que, naquele momento, existirá a paridade entre as partes.

1.2.2. O princípio da transparência e o princípio da confiança

O princípio da transparência e o princípio da confiança têm em seu cerne a tutela da informação como pressuposto essencial para assegurar a solidez das relações e a garantia de que as expectativas que recaiam sobre a avença sejam satisfeitas.

²⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 90.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 88.

²² Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

O princípio da transparência e o princípio da confiança recaem sobre todas as relações humanas, não somente aquelas reguladas em Direito, pois a inobservância de qualquer um desses princípios importará na frustração da expectativa exercida por uma parte e, em muitos casos, o seu rompimento.

No que tange às relações contratuais, em especial às relações de consumo, a observância dos referidos princípios é de suma importância, porquanto, em regra, o consumidor está em uma posição de vulnerabilidade em comparação ao fornecedor, sendo premente que as informações sobre o produto ou serviço sejam prestadas com clareza, promovendo o completo esclarecimento sobre o objeto contratado, de maneira a equilibrar a relação de vulnerabilidade, colocando o consumidor em posição de segurança.

A informação, como assevera Alcides Tomasetti Junior, tem por escopo:

- i) consciencialização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; ii) possibilitação de que sejam averiguados, de acordo com critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; iii) criação e multiplicação de oportunidades para comparar os diversificados produtos; iv) conhecimento das posições jurídicas subjetivas próprias e alheias que se manifestam na contextualidade das séries infundáveis de situações de consumo; v) agilização e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora, ou decisória, de conflitos do mercado de consumo.²³

A informação clara e precisa, por permitir o equilíbrio da relação de vulnerabilidade entre consumidor e fornecedor, através do consentimento informado do consumidor com relação ao produto ou serviço adquirido, é elemento imprescindível a atender o princípio da transparência e o princípio da confiança.

Não por outro motivo, o princípio da transparência e o princípio da confiança são considerados como desdobramentos da incidência da boa-fé objetiva nas relações consumeristas²⁴ e a inobservância deles significaria o sancionamento de atos lesivos.²⁵

²³ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação das declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 52-90, 1992.

²⁴ Nesse sentido, Cláudia Lima Marques aponta que a ideia central dos referidos princípios é “possibilitar a aproximação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesma na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 594.

²⁵ Para Carlos Alberto Bittar, se não respeitado o princípio da transparência e o princípio da confiança estar-se-ia sancionando comportamentos lesivos, exercendo o Código de Defesa do Consumidor um papel de equilibrar as relações, principalmente, em uma sociedade que, pelas constantes transformações na forma de comunicação,

No âmbito jurídico, a informação tem dupla face, qual seja: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo este um direito constitucionalmente garantido e elevado à categoria de direito fundamental, consoante prescrito no artigo 5º, inciso XIV,²⁶ da Constituição Federal.

No Código de Defesa do Consumidor, são muitos os dispositivos que tratam sobre o direito do consumidor à informação clara e adequada acerca de um produto ou serviço e permitam equilibrar a relação de vulnerabilidade e conferir maior segurança ao consumidor,²⁷ uma vez que terá mais consciência sobre todas as questões atinentes ao bem que está sendo adquirido ou serviço contratado.

A informação foi elevada pelo Código de Defesa do Consumidor como um dos seus direitos básicos,²⁸ devendo esta ser prestada de forma adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, consoante

apresenta um constante déficit de informação, trazendo ainda mais desequilíbrio às relações de consumo. Nesse sentido, aponta que “o alto poder de que desfruta a publicidade na sociedade atual em razão da expansão de seu mais importante veículo, a televisão (que impõe gostos, hábitos e costumes a todos), indistintamente, encontra no Código normas de equilíbrio necessárias e com medidas de defesa do consumidor suscetíveis de, em caso de violação, restaurar sua posição ou sancionar comportamentos lesivos”. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 50.

²⁶ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

²⁷ A exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor, sob esse ângulo esclarece a razão de ser do direito à informação no seguinte sentido: “O acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer escolhas bem seguras conforme os desejos e necessidades de cada um”. *Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor*. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 3 de maio de 1989, p. 1663.

²⁸ O direito à informação não é trazido apenas como um direito básico do consumidor, constituindo, na realidade, a um dever do fornecedor, que se não observá-lo deverá arcar com as consequências de sua omissão, consoante prescrito nos artigos a seguir: Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. § 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto. Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

prescrito no artigo 6º, inciso III. A informação deverá ainda ser acessível à pessoa com deficiência, conforme prescrito no parágrafo único do referido artigo.

A informação deverá ainda ser prestada de forma clara e adequada²⁹ pelo fornecedor, sob pena de incorrer em crime,³⁰ cuja pena de detenção pode variar de três meses a um ano e, se veiculada com caráter publicitário, a publicidade ser tida como enganosa e o fornecedor incorrer em crime.³¹

No entanto, é no artigo 4º do código consumerista que a observância ao princípio da transparência resta positivado, uma vez que a transparência é reconhecida como uma das necessidades dos consumidores:

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

Nessa medida, considerando que a transparência da relação será garantida mediante a disponibilização de informações claras e adequadas ao consumidor imprescindíveis para colocá-lo em posição de igualdade e, conseqüentemente, adquirir determinado produto ou serviço conscientemente informado ou, como denomina Sérgio Cavalieri Filho,³² de consentimento informado, vontade qualificada ou, ainda, consentimento esclarecido.

²⁹ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével. Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

³⁰ Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º Se o crime é culposo; Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

³¹ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83.

O consentimento esclarecido também é considerado por Luiz Antonio Rizzatto Nunes³³ como a qualidade que permitirá ao consumidor fazer escolhas acertadas de acordo com a necessidade e desejos individuais e, não por outro motivo, colocá-lo em uma posição de igualdade perante o fornecedor, porquanto ambos saberão todas as condições que permeiam a relação que se pretende estabelecer.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 976.836/RS, de relatoria do Min. Luiz Fux, em 25 de agosto de 2010, concluiu pela proteção ao direito dos consumidores à informação, uma vez que somente dessa forma equilibrar-se-ia, como retratado acima, a relação de vulnerabilidade existente entre fornecedores e consumidores.³⁴

A clareza da informação e a vedação à utilização de termos técnicos que dificultem o entendimento do consumidor são há muito repelidas pelos tribunais pátrios, os quais já consideraram abusivas as cláusulas de um contrato securitário que impunham ao consumidor saber a diferença entre furto simples e furto qualificado,³⁵ bem como em contrato de saúde às que impunham ao beneficiário saber a diferença entre órteses e próteses.³⁶

³³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e a sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 295.

³⁴ STJ, REsp 976.836/RS, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.08.2010, DJe 05.10.2010 (“O direito do consumidor e, em contrapartida, o dever do fornecedor de prover as informações e o de obter aquelas que estão apenas em sua posse, que não são de conhecimento do consumidor, sendo estas imprescindíveis para colocá-lo em posição de igualdade, bem como para possibilitar a este que escolha o produto ou serviço conscientemente informado (...) A exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor, sob esse ângulo esclarece a razão de ser do direito à informação no sentido de que: “O acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer escolhas bem seguras conforme os desejos e necessidades de cada um”. Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 3 de maio de 1989, p. 1663 (...). ‘Deveras, é forçoso concluir que o direito à informação tem como desígnio promover completo esclarecimento quanto à escolha plenamente consciente do consumidor, de maneira a equilibrar a relação de vulnerabilidade do consumidor, colocando-o em posição de segurança na negociação de consumo, acerca dos dados relevantes para que a compra do produto ou serviço ofertado seja feita de maneira consciente’”).

³⁵ STJ, REsp 1.293.006/SP, 3.ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 21.06.2012, DJe 29.06.2012 (“Contrato de seguro. Cláusula abusiva. Não observância do dever de informar. A Turma decidiu que, uma vez reconhecida a falha no dever geral de informação, direito básico do consumidor previsto no art. 6º, III, do CDC, é inválida cláusula securitária que exclui da cobertura de indenização o furto simples ocorrido no estabelecimento comercial contratante. A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado (por arrombamento ou rompimento de obstáculo) exige, de plano, o conhecimento do aderente quanto às diferenças entre uma e uma outra espécie – qualificado e simples – conhecimento que, em razão da vulnerabilidade do consumidor, presumidamente ele não possui, ensejando, por isso, o vício no dever de informar. A condição exigida para cobertura do sinistro – ocorrência de furto qualificado –, por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, para cuja conceituação o próprio meio técnico-jurídico encontra dificuldades, o que denota sua abusividade”).

³⁶ TJSP, AC 0000735-92.2010.8.26.0160, 4.ª C. D. Priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10.02.2011, DJe 10.02.2011 (“Plano de saúde. Cláusula excludente da realização de cirurgias neurológicas, bem como da cobertura de colocação de próteses e órteses. Aplicação de prótese neurológica indispensável ao próprio ato cirúrgico, com a finalidade de evitar intervenção mais grave ao paciente e mais dispendiosa à operadora de plano de saúde.

Não obstante o entendimento exarado pelos tribunais pátrios de não relativizar a importância da observância do dever do fornecedor de informar o consumidor sobre os produtos e serviços que esse visa a adquirir, consoante será analisado mais adiante, há casos em que, apesar da dificuldade de compreensão, por exemplo, de alguns termos técnicos, eles são inerentes ao contrato que as partes visam a estabelecer.

A informação deve ser transmitida ao consumidor de forma clara e adequada, de modo a equilibrar a relação de vulnerabilidade. No entanto, há casos como nos contratos securitários e os contratos de saúde em que a utilização de termos técnicos é inerente, não sendo possível ao fornecedor deixar de empregá-los, sob pena de comprometer o objeto da avença.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.293.006/SP, entendeu que seria abusiva a cláusula que excluía da cobertura da indenização o furto simples ocorrido no estabelecimento comercial, prevendo cobertura securitária somente para os casos de furto qualificado, já que o consumidor precisaria saber a diferença entre as duas hipóteses.³⁷

Todavia, considerando tratar-se de um contrato securitário, estender a cobertura da apólice a todos os tipos de furtos significaria assumir um risco maior do que aquele assumido quando condicionada à ocorrência de furtos qualificados, o que influenciou diretamente no valor do prêmio pactuado entre as partes, porque, quanto maior o risco, maior o valor do prêmio.

Dessa forma, ao considerar abusiva a cláusula que excluía da cobertura a indenização por furtos simples, o contrato que antes apresentava um equilíbrio entre riscos assumidos e valor do prêmio, sofreu imediatamente um desequilíbrio, pois o fornecedor foi obrigado a estender a cobertura a um risco não contratado, qual seja: a subtração de item do substabelecimento mediante furto simples.

Por esse motivo, diversos contratos, principalmente quando os termos técnicos lhe são inerentes, trazem no seu preâmbulo um glossário buscando explicar de um modo simples o significado de cada uma das expressões que serão utilizadas, permitindo ao consumidor entender previamente o conteúdo de cada uma delas.

Obscuridade de termos prótese e órtese ao consumidor, que ferem princípio da transparência da oferta. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/1998 aos contratos relacionais celebrados antes da sua vigência, especialmente naquilo que consagra os princípios maiores do equilíbrio contratual e boa-fé objetiva. Ausência de prova negativa de adaptação do contrato à Lei 9.656/1998. Abusividade da cláusula excludente. Ação parcialmente procedente. Recursos improvidos”).

³⁷ STJ, REsp 1.293.006, 3.^a T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 21.06.2012, DJe 29.06.2012.

Não se pretende diminuir a importância da informação ou eximir o fornecedor de seus deveres, mas, por vezes, o próprio objeto contratado impõe ao fornecedor uma dificuldade maior com relação ao conteúdo e a forma de transmitir as informações. Dessa forma, por mais clara que uma informação seja prestada, é possível que ela não seja inteiramente compreendida por questões particulares do consumidor.

Nessa medida, o que se propõe é analisar a observância ao princípio da transparência não tomando como base a perspectiva subjetiva do consumidor, mas sim a partir da análise objetiva do instrumento contratual. Isso significa verificar se ele permitia que o consumidor sanasse eventuais dúvidas, soubesse desde o momento da contratação quais seriam as regras aplicáveis e o que significavam os termos técnicos empregados.

O princípio da transparência e o princípio da confiança até o presente momento foram tratados de forma única, mas com relação a esse último, é preciso ainda acrescentar que a confiança é um princípio de extrema importância ao tratamento dos contratos cativos de longa duração, porquanto, considerando que a relação entre as partes se protraí no tempo, é preciso que impere entre elas a confiança recíproca.

1.2.3. O princípio da boa-fé objetiva e a função social do contrato

O princípio da boa-fé objetiva é definido por Flávio Tartuce como o regramento vital do Código de Defesa do Consumidor, sendo considerado pelo autor o coração do sistema normativo consumerista.³⁸

A importância do referido princípio torna-se mais evidente ao se analisar o contexto histórico em que o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado e, principalmente, pelo fato de que essa foi a primeira vez que a boa-fé objetiva foi expressamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se ignora que o princípio da boa-fé estivesse presente no artigo 131, inciso I do Código Comercial de 1850,³⁹ no entanto, em virtude da influência exercida pelo Código Napoleônico, foram raras as vezes que o dispositivo exerceu a sua função de cláusula geral ou

³⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e direito processual*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 36.

³⁹ Art. 131. Sendo necessario interpretar as cláusulas do contracto, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. A intelligencia simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espirito e natureza do contracto, deverá sempre prevalecer a rigorosa e restricta significação das palavras.

foi aplicado de forma objetiva, como esclarece Judith Martins-Costa, a qual considera que o dispositivo legal em questão, na verdade, era “letra morta”.⁴⁰

A explicação para a não aplicação do referido dispositivo de forma objetiva, como regra para interpretação do contrato, deve-se ao fato de que, por ter sido considerado o diploma comercial produção legislativa à frente do seu tempo, a doutrina costumou dar à boa-fé conotação subjetiva, conforme feito por Carvalho de Mendonça.⁴¹ Dessa forma, a intenção do indivíduo no momento da celebração do contrato se sobrepunha à eventuais regras de conduta a serem observadas.

Não por outra razão, que o Código Civil brasileiro de 1916 não recepcionou o disposto no Código Comercial no que tange à aplicação da boa-fé objetiva e, tal qual o Código Napoleônico, somente aludiu, em passagens escassas,⁴² à boa-fé subjetiva.

A boa-fé subjetiva, como define Judith Martins-Costa, consiste na apreciação do estado de consciência, intenção, estado psicológico ou íntima convicção, sendo considerada má-fé a conduta adotada com a intenção de lesar outrem. A boa-fé objetiva, ainda de acordo com a autora, não consideraria as convicções íntimas do indivíduo, mas a sim a conduta por ele adotada durante a relação negocial, a qual deve demonstrar observância aos princípios da

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 36.

⁴¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. 6, Livro 4, Parte 1, p. 211.

⁴² Nesse sentido, podemos citar o disposto nos seguintes dispositivos: Article 549. Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement. Article 550. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus. Article 2009. Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi. Article 1935. L'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix. Em tradução livre: Artigo 549. Um simples possuidor só fará seus os frutos se os possuir de boa-fé. Caso contrário, ele é obrigado a devolver a receita com a coisa ao proprietário que a reclamar; se a referida receita não for encontrada em espécie, seu valor é estimado na data do reembolso. Artigo 550. O possuidor é de boa-fé quando possui como proprietário, em virtude de um título de transferência de propriedade do qual ele não tem conhecimento dos defeitos. Ele deixa de estar de boa-fé a partir do momento em que toma conhecimento de tais defeitos. Artigo 2009. Nos casos acima, os compromissos do agente serão cumpridos com respeito a terceiros de boa-fé. Artigo 1935. O herdeiro do fiador, que vendeu de boa-fé aquilo de que ignorava o depósito, será obrigado apenas a devolver o preço que recebeu, ou a ceder sua ação contra o comprador, caso não tenha recebido o preço.

honestidade, lealdade, probidade e principalmente a consideração dos interesses da contraparte, consoante já era empregado pela doutrina alemã.⁴³

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva já era há tempo positivo pelo direito alemão⁴⁴ e pelo direito italiano,⁴⁵ os quais aplicavam o referido princípio como regulador das condutas privadas contratuais, bem como mecanismo de interpretação de negócios jurídicos, já prevalecendo nesses países o entendimento de que a boa-fé objetiva era o fundamento unitário de toda obrigação, derivando dela todas as demais prescrições relacionadas ao direito das obrigações.⁴⁶

No Brasil, no entanto, o princípio da boa-fé objetiva, como exposto alhures, somente foi positivado com o advento do Código de Defesa do Consumidor, não sendo qualquer exagero o considerar o coração do sistema protetivo do consumidor. Posteriormente, foi incorporado pelo Código Civil de 2002,⁴⁷ restando positivado em suas três funções, quais sejam: (i) a boa-fé objetiva como cânone-interpretativo; (ii) a boa-fé objetiva como norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos e, por fim, (iii) como norma de conduta de criação de deveres anexos.⁴⁸

No sistema normativo de proteção ao direito do consumidor, o princípio da boa-fé objetiva pode ser sintetizado como o dever de cooperação, respeito e lealdade que deverá ser

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 411-412.

⁴⁴ § 157: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. § 242: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Em tradução livre: § 157: Os contratos devem ser interpretados conforme exige a boa-fé, levando-se em conta os usos. § 242: O devedor tem a obrigação de executar a prestação, tal como o exigem a confiança e a fidelidade levando em consideração os usos de tráfico.

⁴⁵ No direito italiano, o princípio da boa-fé restou positivado no Código Civil de 1942, conforme leciona Francesco Galgano: “Nas normas que regulam, em um modo analítico e detalhado, a formação e a execução do contrato é acompanhado por outras normas, as quais formulam um critério com a outra, segunda a boa-fé no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato (art. 1.337); boa-fé na interpretação do contrato (art. 1.336); boa-fé na execução do contrato (art. 1.375); boa-fé se se trata de contrato sujeito à condição suspensiva ou resolutiva, na pendência da condição (art. 1.358); boa-fé na oposição de exceção de não cumprimento (art. 1.460, parágrafo segundo); Boa-fé outra coisa não significa, nestas regras, senão correção ou lealdade” (tradução livre). GALGANO, Francesco. *Il contratto*. 2. ed. Milano: CEDAM, 2011, p. 581.

⁴⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1967, p. 608.

⁴⁷ Sobre o tema, foi aprovado o enunciado 27 na I Jornada de Direito Privado, o qual reconheceu que na aplicação do princípio da boa-fé objetivo deverá ser tomado em consideração não somente os regramentos contidos no código civilista como também aqueles contidos em outros estatutos normativos, como o Código de Defesa do Consumidor. Nessa senda, o enunciado 27 recomenda: “27 – Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 427-428.

observado pelas partes contratantes durante todas as fases contratuais, garantindo-se, assim, o equilíbrio negocial.

A menção ao princípio da boa-fé objetiva pode ser encontrada em diversas passagens do código consumerista, no entanto, ao analisar os dispositivos relacionados ao direito contratual, verifica-se a aplicação do referido princípio em todas as suas funções e a obrigatoriedade de sua obediência durante todas as fases do contrato, nos termos do Capítulo IV dedicado à proteção contratual.⁴⁹

A observância do princípio da boa-fé em todas as fases contratuais já foi objeto do enunciado 25, da I Jornada de Direito Civil e do enunciado 170, da III Jornada de Direito Civil:

25 – Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

170 – A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça já exarou entendimento sobre a importância do princípio da boa-fé objetiva e a sua observância em todas as fases negociais:⁵⁰

DIREITO DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. EMPREENDIMENTO DIVULGADO E COMERCIALIZADO COMO HOTEL. MERO RESIDENCIAL COM SERVIÇOS. INTERDIÇÃO PELA MUNICIPALIDADE. OCULTAÇÃO DELIBERADA DE INFORMAÇÃO PELO FORNECEDOR. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES E POR DANOS MORAIS DEVIDA. 1. O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual. 2. O princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos

⁴⁹ Nesse sentido, pode-se citar o disposto prescrito nos artigos 46 a 48 e no inciso IV do artigo 51, todos do Código de Defesa do Consumidor, os quais assim dispõem: Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Art. 48. 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. Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

⁵⁰ Nesse sentido, é possível conferir: STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.261.824, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.02.2012, DJe 09.05.2013; STJ, REsp 1.823.284, 3.ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.10.2020, DJe 15.10.2020; STJ, REsp 1.356.725/RS, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2014, DJe 12.06.2014; STJ, REsp 1.280.211/SP, 2.ª S., rel. Min. Marco Buzzi, j. 23.04.2014, DJe 04.09.2014.

contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor. 3. Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão (...) (STJ, REsp 1.188.442/RJ. 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.11.2012, DJe 05.02.2013).

O princípio da boa-fé objetiva tinha como cerne a promoção do dever de cooperação, respeito e lealdade a ser observado pelas partes contratantes durante todas as fases contratuais como forma de garantir o equilíbrio negocial, mas o equilíbrio pretendido somente poderia ser alcançado se, o código consumerista, ao revés do Código Civil vigente à época, relativizasse a aplicação do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Assim, ainda que não tivesse sido expressamente positivado no Código de Defesa do Consumidor, o princípio da função social do contrato estava implícito no referido estatuto, como observavam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery ao afirmar que a revisão das cláusulas contratuais tinha como fundamento a observância ao princípio da função social do contrato e ao princípio da boa-fé objetiva.⁵¹

Em consonância com o entendimento dos destacados juristas, o Superior Tribunal de Justiça exarou o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor representava a mitigação do *pacta sunt servanda* e a observância do princípio da função social do contrato como forma de garantir o equilíbrio do contrato:

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AGRAVO REGIMENTAL – CONTRATO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – APLICABILIDADE – AÇÃO REVISIONAL – CLÁUSULAS ABUSIVAS – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS REMUNERATÓRIOS, JUROS MORATÓRIOS E MULTA CONTRATUAL – INACUMULATIVIDADE – SÚMULAS 30, 294 E 296/STJ – DESPROVIMENTO. 1 – Com relação à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite que, ao se cumprir a prestação jurisdicional em Ação Revisional de contrato bancário, manifeste-se o magistrado acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*. Assim, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, admite-se a revisão de todos os contratos firmados com instituição financeira, desde a origem, ainda que se trate de renegociação. Precedentes. 2 – Quanto à cobrança da comissão de permanência, a Eg. Segunda Seção desta Corte já firmou posicionamento no sentido de ser lícita a sua cobrança após o vencimento da dívida, devendo ser observada a taxa média dos

⁵¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*: atualizado até 2 de maio de 2003. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 912.

juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, não sendo admissível, entretanto, seja cumulada com a correção monetária, com os juros remuneratórios, nem com multa ou juros moratórios. Incidência das Súmulas 30, 294 e 296 do STJ. Precedentes (REsp 699.181/MG, AgRg REsp nºs 688.627/RS e 712.801/RS). Face à previsão contratual de multa e juros moratórios em caso de atraso no pagamento, correta a vedação da cobrança da comissão de permanência. 6 – Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no REsp nº 767.771, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 05.09.2006, DJe 20.11.2006).

O princípio da função social do contrato está encerrado no disposto no artigo 6º, inciso V,⁵² artigo 47⁵³ e artigo 51,⁵⁴ todos do Código de Defesa do Consumidor, os quais garantiam a possibilidade de revisão do contrato e interpretação mais favorável ao consumidor, quando esses não estivessem cumprindo a sua função e como forma de garantir-se a manutenção do negócio jurídico.

A observância do princípio da função social do contrato por meio da aplicação dos dispositivos em cotejo foi reconhecida pelos nossos tribunais⁵⁵ em diversas oportunidades,

⁵² Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

⁵³ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

⁵⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III – transfiram responsabilidades a terceiros; IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V – (Vetado); VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

⁵⁵ TJSP, AC 1012465-65.2019.8.26.0161, 30ª C. D. Priv., rel. Des. Marcos Ramos, j. 23.06.2020, DJe 23.06.2020 (“Prestação de serviços educacionais – Ação de obrigação de fazer, com pleitos cumulados de reparação por danos morais e de tutela de urgência – Demanda de ex-aluna em face de empresas pertencentes a grupo educacional – Sentença de parcial procedência – Recursos da autora e das rés Parcial reforma do julgado, somente para melhor balizar o montante indenizatório – Cabimento – Programa “Uniesp Paga” Arguição das empresas rés no sentido de que a autora não aderiu ao programa Descabimento Autora que comprovou a entrega dos relatórios das atividades sociais exigidas em papel timbrado do programa – Interpretação do pacto em favor do consumidor e segundo os preceitos da boa-fé e da função social do contrato – Exegese do art. 47, do CDC, e dos arts. 421 e 422, do CC – Instituições obrigadas a arcar com o financiamento – Prejuízos morais configurados – Valor arbitrado, porém, que comporta majoração. Apelo da autora parcialmente provido. Recurso adesivo das rés desprovido”); TJSP, AC 1002897-54.2017.8.26.0077, 7ª C. D. Priv., rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, j. 15.08.2018, DJe 15.08.2018 (“APELAÇÃO. Plano de Saúde. Cancelamento unilateral. Sentença de improcedência. Sistema de coparticipação. Inadimplência do autor. Inconformismo. Plano de saúde cancelado durante tratamento médico. Tolhida a oportunidade do autor de purgar a mora. Reforma. A ré é responsável por guardar os deveres anexos da

sendo a aplicação do disposto no artigo 47 do código consumerista a maior expressão de observância do referido princípio, haja vista que autoriza a revisão do contrato para garantir-se a sua manutenção, sendo esse uma das aplicações do princípio da função social do contrato.⁵⁶

Sobre o tema, é importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor não autoriza a revisão ou anulação de toda e qualquer cláusula que tenha sido pactuada entre as partes, mas tão somente nos casos em que comprovada a abusividade ou prejuízo ao consumidor.

Nessa medida, tem-se, por fim, que o código consumerista privilegiará o que tiver sido contratado entre as partes, sendo certo que a revisão ou a nulidade da cláusula somente será aplicada no que ferir os princípios sociais desse estatuto normativo, mantendo-se tanto quanto possível a avença, garantindo-se a manutenção do negócio jurídico previamente pactuado,⁵⁷ em observância ao princípio da boa-fé objetiva e do princípio da função social do contrato.

boa-fé objetiva e função social do contrato. Inteligência do artigo 13, inciso II da Lei 9656/98, que veda a rescisão contratual durante tratamento médico, ainda que em sistema de coparticipação. Benefício custeado indiretamente pelo empregado porquanto considerado prestação “in natura”, que compõe o seu salário. Operadora de saúde que não se desincumbiu de provar a devida notificação por escrito ao beneficiário do plano. Restabelecimento devido. Prestações em atraso exigíveis. Dano moral inexistente. Ausência de abalo psicológico ou ofensa à honra do autor. Aplicação do art. 47 do CDC e Súmulas 94 e 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso a que se dá parcial provimento”); TJSP, AC 1043370-58.2019.8.26.0224, 15.^a C. D. Priv., rel. Des. Achile Alesina, j. 09.12.2020, DJe 09.12.2020 (“EMBARGOS À EXECUÇÃO – r. sentença de parcial procedência – recurso de ambas as partes. RECURSO DA EMBARGADA – incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários – Súmula 297 do STJ inaplicabilidade da Súmula 563 do STJ porquanto que não se trata de contrato previdenciário – contrato que contém cláusulas contraditórias a respeito da inadimplência cláusulas que preveem o vencimento antecipado da dívida e ao mesmo tempo a prorrogação da dívida aplicação do art. 47 do CDC interpretação mais favorável ao consumidor ademais, a cláusula que prevê a prorrogação da dívida foi declarada abusiva perpetuação da dívida que não pode ser aceita princípio da boa-fé e da função social do contrato exegese do art. 422 do Código Civil – r. sentença que decretou a prescrição de parte dos débitos alegação de inoccorrência possibilidade – prazo prescricional com observância da regra de transição do art. 2.028 do atual Código Civil nos contratos de execução continuada, o prazo prescricional para execução do título é contado da data do vencimento da última prestação precedentes do STJ e desse TJSP – ação ajuizada dentro do prazo quinquenal inoccorrência de prescrição – inteligência do artigo 206, §5º, I do CC/02 – sentença reformada em parte recurso da embargada parcialmente provido. RECURSO DO EMBARGANTE pretensão ao decreto de prescrição da totalidade da dívida e inversão da disciplina da sucumbência prejudicialidade do recurso, tendo em vista o parcial provimento do recurso da embargada quanto a esse aspecto recurso do embargante não conhecido. DISCIPLINA DA SUCUMBÊNCIA – alteração embargante que decaiu de maior parte de seus pedidos, a teor do art. 86, § único do CPC. DISPOSITIVO recursos da embargada parcialmente provido e recurso do embargante não conhecido”).

⁵⁶ Nesse sentido, o enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil e o enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil, os quais, estabelecem, respectivamente, que: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas” e “o princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.

⁵⁷ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

1.2.4. O princípio da equidade

O vernáculo equidade é mencionado por duas vezes no Código de Defesa do Consumidor. A primeira delas é no artigo 7º ao prescrever que “os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

A segunda delas é no artigo 51, inciso IV ao dispor que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade”.

A equidade, no entanto, é vocábulo de conceito amplo, a qual relaciona-se, desde os primórdios, com justiça, liberdade, igualdade, adequação, proporção, retidão e simetria, sendo correto afirmar, na lição de Sérgio Cavalieri Filho,⁵⁸ que a equidade é o valor inspirador do Direito, seu substrato ou sua própria essência, correspondente ao modelo ideal de justiça.

No direito do consumidor, contudo, a equidade foi positivada como cláusula geral, exercendo três de suas funções: a valorativa, a corretiva e a integrativa.

A equidade valorativa está intimamente ligada ao próprio conceito de Direito, que determina que o legislador, ao estabelecer uma norma jurídica, o faça tomando em consideração os meios adequados, necessários e proporcionais, a fim de integrar o Direito à realidade.

A equidade deverá ser necessariamente utilizada pelo legislador para que a lei surja no sentido da justiça,⁵⁹ sob pena de maculá-la de um dos piores vícios que é o afastamento do seu ideal.

A observância do princípio da equidade em sua função valorativa pelo legislador é de suma importância, porquanto, como assevera Ferreira Borges,⁶⁰ a lei sem equidade não é nada.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. A equidade no Código do Consumidor. *Revista Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 156, Ago. 2013. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-equidade-no-codigo-do-consumidor/>. Acesso em 20 mar. 2021.

⁵⁹ VENOSA, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

⁶⁰ BORGES, Ferreira. *Diccionario jurídico-comercial*. Pernambuco: Typographia de Santos e Companhia, 1843, v. 1, p. 150.

Nesse sentido, o legislador, ao elaborar o estatuto normativo de defesa ao consumidor, valeu-se abundantemente da função valorativa da equidade para estabelecer a vulnerabilidade do consumidor como pedra fundamental de todo sistema e garantir a revisão das cláusulas contratuais quando violem quaisquer dos direitos dos consumidores, ou promoverem o desequilíbrio da relação.

Por meio da aplicação do princípio da equidade em sua função valorativa, o legislador buscou tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais na proporção de sua desigualdade, o que, ao final, nada mais significa que garantir que a lei seja justa e se amolde com maior perfeição ao caso concreto.

A adequação da lei ao caso concreto é obtida pela aplicação da função corretiva do princípio da equidade, sendo essa uma das mais importantes aplicações do princípio em estudo.

Isso porque é por meio da aplicação corretiva que o juiz poderá ir além da lei para garantir a aplicação do justo. O juiz estará autorizado, diante das peculiaridades do caso concreto, a promover a correção da regra geral para que, ao aplicar a lei, o seu resultado não seja uma injustiça.

Isso significa dizer que ao aplicar a lei, o juiz deverá aplicá-la tomando em consideração todas as peculiaridades do caso concreto. No caso do Código de Defesa do Consumidor, o juiz poderá, em decorrência da função corretiva do princípio da equidade, declarar a abusividade de cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

O juiz, portanto, não decidirá por equidade, mas sim promoverá o restabelecimento do equilíbrio da relação contratual sempre que verificar que a presença de determinada cláusula contratual contraria o disposto no código consumerista ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

O juiz somente estará autorizado a julgar por equidade quando, diante da situação concreta, não houver regra em nosso ordenamento jurídico que se amolde à situação ali delineada.

Nesses casos, o juiz estará autorizado a suprir a lacuna legal e, aplicando a função integrativa do princípio da equidade, aplicar a regra mais justa ao caso, como se o legislador pudesse ter tido conhecimento dela quando da elaboração das normas atinentes àquele tema.

O princípio da equidade não autorizará o afastamento do direito positivado para aplicação de regra diversa ao caso concreto, mas permitirá que o juiz, no exercício das funções brevemente analisadas possa dar a solução mais justa à controvérsia considerando todas as suas peculiaridades.

O Superior Tribunal de Justiça, em interessante julgado sobre o tema, exarou entendimento que o juiz deve buscar a justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento e, quando evidenciada a desvantagem do consumidor, deve promover a revisão das cláusulas contratuais para garantir o reequilíbrio, de modo que o consumidor receba uma proteção compensatória.

Civil. Recurso especial. Contrato de compra e venda de imóvel regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Referência à área do imóvel. Diferença entre a área referida e a área real do bem inferior a um vigésimo (5%) da extensão total enunciada. Caracterização como venda por corpo certo. Isenção da responsabilidade do vendedor. Impossibilidade. Interpretação favorável ao consumidor. Venda por medida. Má-fé. Abuso do poder econômico. Equilíbrio contratual. Boa-fé objetiva. – A referência à área do imóvel nos contratos de compra e venda de imóvel adquiridos na planta regidos pelo CDC não pode ser considerada simplesmente enunciativa, ainda que a diferença encontrada entre a área mencionada no contrato e a área real não exceda um vigésimo (5%) da extensão total anunciada, devendo a venda, nessa hipótese, ser caracterizada sempre como por medida, de modo a possibilitar ao consumidor o complemento da área, o abatimento proporcional do preço ou a rescisão do contrato. – A disparidade entre a descrição do imóvel objeto de contrato de compra e venda e o que fisicamente existe sob titularidade do vendedor provoca instabilidade na relação contratual. – O Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva. – Basta, assim, a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a interpretação mais favorável ao consumidor, que não participou da elaboração do contrato, consideradas a imperatividade e a indisponibilidade das normas do CDC. – O juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento. – Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, restando, assim, ferido o princípio da equidade contratual, deve ele receber uma proteção compensatória. – Uma disposição legal não pode ser utilizada para eximir de responsabilidade o contratante que age com notória má-fé em detrimento da coletividade, pois a ninguém é permitido valer-se da lei ou de exceção prevista em lei para obtenção de benefício próprio quando este vier em prejuízo de outrem. – Somente a preponderância da boa-fé objetiva é capaz de materializar o equilíbrio ou justiça contratual. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 436.853/DF, 3.^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.05.2006, DJe 27.11.2006).

Considerando que deve ser dada ao concreto a solução mais justa, todos os consumidores deverão ser tratados de forma isonômica, o que significa dizer que é vedado o tratamento diverso para indivíduos que estejam na mesma condição.

Nesse sentido, é possível afirmar que, ao lado do princípio da equidade, que garante a correção dos desequilíbrios e a aplicação justa da lei considerando as peculiaridades do caso concreto, encontra-se o princípio da equiparação.

O princípio da equiparação é de extrema importância, principalmente no que tange aos contratos de consumo, porque assegura que aos consumidores deverá ser dado tratamento igualitário em condições isonômicas nas contratações, excetuando-se os casos em que os consumidores sejam hipervulneráveis.⁶¹

O referido princípio determina, em atenção ao disposto no artigo 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, que aos consumidores deverá ser dispensado tratamento igualitário, fornecendo condições iguais a todos em todas as fases contratuais.

Nessa medida, considerando o quanto prescrevem os princípios ora estudados, é necessário atentar-se, como será exposto mais a frente, aos impactos da revisão e/ou anulação de cláusulas contratuais consideradas abusivas no caso concreto. Tais impactos se verificam não somente na esfera de direitos dos fornecedores, mas também na de todos os outros consumidores que estejam na mesma posição que daquele consumidor que recorreu ao Poder Judiciário e não terão seus contratos revistos.

1.3. O conceito de consumidor

O objeto presente estudo será a análise das relações de consumo, sendo de suma importância o estudo dos sujeitos jurídicos que as compõem, quais sejam o consumidor e o fornecedor.

O consumidor é definido no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”,

⁶¹ Dentre os consumidores que demandam maior proteção, podemos citar os idosos, portadores de deficiência e as crianças e adolescentes. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 229-238.

sendo possível, de acordo com o parágrafo único, “equiparar-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Isso significa dizer, de forma simplória, que será considerado consumidor todo aquele que utilizar o produto ou serviço na qualidade de destinatário final. Entretanto, a simplicidade da definição vai cedendo espaço às complexas relações de consumo que impõem a mitigação da aplicação da teoria finalista para que relações inequivocadamente de consumo sejam tuteladas pelas normas consumeristas.

Não somente a complexidade das relações impõe a mitigação da aplicação da teoria finalista como também a realidade fática, na medida em que o consumidor nem sempre será apenas aquele que utilizou o produto ou serviço como destinatário final, mas também aquele que foi obrigado a suportar os danos causados pelo vício do produto ou do serviço.

Por todas essas razões, há intensa divergência doutrinária e jurisprudencial acerca dos limites da aplicação das normas consumeristas tomando-se como base a destinação conferida ao produto ou serviço. Há três teorias que ampliam ou restringem o conceito de consumidor a depender da utilização que será conferida ao bem e que serão abordadas a seguir.

1.3.1. Teoria finalista

O artigo 2.º do Código de Defesa do Consumidor prescreve que será considerado consumidor todo aquele que utilizar um produto ou serviço como destinatário final, aplicando-se, essencialmente, o quanto defendido pela teoria finalista.

Em conformidade com a teoria finalista, deve-se analisar a destinação final conferida ao produto ou serviço e, dessa forma, excluir a proteção conferida pelas normas consumeristas daquelas relações em que o bem é utilizado como insumo ou para o desenvolvimento de atividades empresariais, ainda que o elemento vulnerabilidade esteja presente na relação.

Nessa senda, a proteção das normas consumeristas seria conferida a todo aquele que utilizasse o bem como destinatário final fático, sendo ele o último da cadeia de consumo e que não destine o bem para obtenção de lucro, repasse ou transmissão onerosa.

Assim, foi aprovado na I Jornada de Direito Comercial, realizada em outubro de 2012, enunciado⁶² doutrinário excluindo da proteção das normas consumeristas as relações que tenham como objeto a aquisição de produtos ou serviços destinados à aquisição de insumo para as atividades de produção, comércio ou prestação de serviços.

A teoria finalista, portanto, é aquela que foi adotada pelo legislador quando da elaboração das normas consumeristas, sendo adotado categoricamente pelos tribunais pátrios e, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo de extrema importância o entendimento exarado quando do julgamento do REsp 541.867/BA, em 23 de junho de 2004, cuja ementa segue transcrita a seguir:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca (STJ, REsp nº 541.867, 2ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 10.11.2004, DJe 16.05.2005).

Nessa oportunidade, foi realizado o cotejo entre a teoria finalista e a teoria maximalista, decidindo-se pela adoção da teoria finalista para excluir da proteção das normas consumeristas as relações de consumo em que o bem ou serviço seria aplicado como insumo para o desenvolvimento de atividade empresarial.

O Min. Jorge Scartezzini expôs em seu voto as razões que o convenceram a adotar essa corrente, as quais podem ser resumidas em duas: (i) se todos forem considerados consumidores, inclusive empresas produtoras, perder-se-ia a finalidade de tutelar de modo especial o consumidor; e (ii) o conceito de amplo de consumidor esvaziaria a finalidade do código consumerista, devendo ser considerado consumidor todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família (ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele), adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição

⁶² Enunciado 20. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços.

por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica que exerça tal atividade com habitualidade.

O entendimento exarado no julgamento do acórdão do REsp nº 541.867/BA balizou o entendimento adotado em tantos outros casos,⁶³ contudo, em que pese a adoção da teoria finalista pelo Código de Defesa do Consumidor, é fato que limitar a aplicação das normas consumeristas somente àqueles casos em que o produto ou serviço seja utilizado pelo indivíduo como destinatário final não se mostrou a melhor alternativa.

Isso porque, ao limitar a aplicação das normas consumeristas somente àqueles consumidores que utilizam os bens como destinatário final, acabou-se por excluir aqueles que, apesar de adquirirem os bens para fomentar a sua atividade empresarial, apresentam-se em situação de vulnerabilidade perante a contraparte. Sendo certo que a vulnerabilidade é o elemento basilar de toda a norma consumerista, a extensão das normas protetivas a esses casos é de rigor, consoante defendido pelos filiados à teoria maximalista ou finalista aprofundada.

1.3.2. Teoria maximalista

Os adeptos da teoria maximalista defendem que as normas consumeristas sejam aplicadas indistintamente a todas as relações de consumo sem importar a finalidade que será conferida ao produto ou serviço adquirido.

Para os adeptos da teoria maximalista, o conceito de consumidor direto, adotado pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, é de índole objetiva, porquanto define o consumidor, tão-somente, em atenção à destinação dada à fruição do bem ou serviço adquirido ou utilizado, a qual deve ser final, isto é, capaz de consumi-lo ou utilizá-lo de forma a depreciar, invariavelmente, o seu valor como meio de troca.

Nesse sentido, para os maximalistas, desde que o bem seja consumido integralmente, ainda que como insumo, é suficiente para que a relação havida entre as partes seja considerada de consumo, atraindo a aplicação das normas consumeristas, porquanto o importante é a retirada

⁶³ Nesse sentido, pode-se citar os acórdãos proferidos somente no ano de 2020 pelo Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: STJ, AgIn no Ag em REsp 1.712.612, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.12.2020, DJe 10.12.2020; STJ, AgIn no Ag em REsp 1.667.736, 4.ª T., rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 14.09.2020, DJe 22.09.2020; STJ, AgIn no Ag em REsp 1.611.588, 3.ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.08.2020, DJe 01.09.2020; e STJ, AgIn no Ag em REsp 1.480.596, 3.ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 17.02.2020, DJe 19.02.2020.

do bem de mercado (ato objetivo) sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo).

A finalidade a ser conferida ao produto ou ao serviço perde importância, uma vez que a finalidade a ser satisfeita pelo ato de consumo não interfere na definição de relação de consumo. Em outras palavras, verificada a aquisição ou utilização para destinação final, pouco importa se a necessidade a ser suprida com o consumo será de natureza pessoal ou profissional e, não por outro motivo, o Código de Defesa do Consumidor não exclui da sua proteção a pessoa jurídica, desde que ela seja a destinatária final do produto ou serviço adquirido.

Em consonância com os adeptos da teoria maximalista, o uso profissional do bem ou serviço adquirido ou utilizado pela pessoa jurídica que exerce atividade econômica apenas afastará a existência de relação de consumo se tal bem ou serviço compor, diretamente (revenda) ou por transformação, beneficiamento ou montagem, o produto ou serviço a ser fornecido a terceiros. Isso porque, em tais hipóteses, a destinação não será final, mas apenas intermediária, ou seja, a pessoa jurídica que exerce atividade econômica será consumidora sempre que o bem ou serviço for adquirido ou utilizado para destinação final, tornando-se desnecessária, na hipótese, a demonstração de ser, a pessoa jurídica, parte vulnerável ou hipossuficiente (em sentido fático ou econômico, técnico ou jurídico) perante o fornecedor.

A teoria maximalista também foi adotada pelos nossos tribunais, sendo autorizada a aplicação das normas consumeristas pelo Superior Tribunal de Justiça mesmo à relação envolvendo a compra de insumos para desenvolvimento da atividade produtiva, o que significa dizer que o consumidor não seria o destinatário final do bem, consoante verifica-se a seguir:

CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE RECURSOS – MATÉRIA DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA. I – O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. III – Afirmando pelo acórdão recorrido que não ficou provada a captação de recursos externos, rever esse entendimento encontra óbice no enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte. IV – Ausente o prequestionamento da questão federal suscitada, é inviável o recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF). Recurso especial não conhecido, com ressalvas

quanto à terminologia (STJ, REsp 445.854/MS, 3.^a T., rel. Min. Castro Filho, j. 02.12.2003, DJe 19.12.2003).⁶⁴

Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes. 1. A expressão “destinatário final”, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento. 2. Estando o contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor a prescrição é de cinco anos. 3. Deixando o Acórdão recorrido para a liquidação por artigos a condenação por lucros cessantes, não há prequestionamento dos artigos 284 e 462 do Código de Processo Civil, e 1.059 e 1.060 do Código Civil, que não podem ser superiores ao valor indicado na inicial. 4. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2000, p. 1) (STJ, REsp 208.793/MT, 3.^a T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes, j. 18.11.1999, DJe 01.08.2000).

Não se olvida que a teoria maximalista ampliaria sobremaneira o espectro de incidência do Código de Defesa do Consumidor ao defender a sua incidência a todas as relações que envolvam atos de consumo.

Tal ampliação culminaria no desvirtuamento do sistema protetivo consumerista, porquanto ele seria aplicado às relações privadas em que nenhuma das partes ostentaria a posição de vulnerável perante a outra, tratando-se de relações que atraem a aplicação das regras de direito privado para regular as controvérsias porventura existentes.⁶⁵

Nessa linha, mostrou-se imprescindível o sopesamento entre as duas teorias, porquanto aplicar as normas protetivas somente com base na finalidade que seria conferida ao produto ou serviço pelo consumidor acabaria por excluir da proteção aquele que, apesar de utilizar o bem dentro do seu processo produtivo ou como insumo para o desenvolvimento de suas atividades, ostenta posição de vulnerabilidade perante a contraparte, demandando a aplicação das normas consumeristas.

Com base nessas razões, é crescente a aplicação pelos nossos tribunais da teoria finalista aprofundada ou maximalista mitigada, as quais conferem às normas consumeristas aplicação adequada ao tomarem como pressuposto a presença ou não do elemento vulnerabilidade, não importando tão somente a finalidade conferida ao bem.

⁶⁴ Nesse mesmo sentido: STJ, REsp 142.042/RS, 4.^a T., rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 11.11.1997, DJe 19.12.1997; STJ, REsp 231.208/PE, 4.^a T., rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 07.12.2000, DJe 19.03.2001; e STJ, REsp 611.872/RJ, 4.^a T., rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 02.10.2012, DJe 23.10.2012.

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 278-280.

1.3.3. Teoria finalista aprofundada

A teoria finalista aprofundada, também conhecida como teoria maximalista mitigada, visa à temperança entre as restrições impostas pela adoção da teoria finalista e a ampliação desmedida da teoria maximalista, propondo que as normas consumeristas sejam aplicadas a todos que, apesar de não utilizarem o produto ou serviço como destinatário final, mostrem-se vulneráveis perante o fornecedor.

Em conformidade com o asseverado por Cláudia Lima Marques, a teoria finalista aprofundada promoveria uma interpretação mais madura das normas protetivas, porquanto executaria uma interpretação mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais finalista e objetiva com relação à atividade ou papel do agente na sociedade, apreciando a presença do elemento-motor de todo sistema protetivo: a vulnerabilidade.

Com efeito, a adoção irrestrita da teoria finalista acabaria por impor a exclusão da proteção das normas do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas. Se esse fosse o desejo do legislador, é certo que ele o teria deixado expresso no texto legal, mas, ao invés disso, previu expressamente que consumidor será toda pessoa física ou jurídica.

Ademais, a adoção irrestrita da teoria maximalista transformaria todos em consumidores, inclusive as empresas produtoras, tornando impraticável proteger de modo especial o consumidor.

Roberto Senise Lisboa foi o autor de importante obra sobre o tema, defendendo que a pessoa jurídica deve ser considerada consumidora sempre que o produto ou serviço por ela adquirido não venha a ser diretamente recolocado no mercado, ainda que mediante especificação ou transformação.⁶⁶

O professor Roberto Senise Lisboa critica aqueles que excluem a pessoa jurídica da proteção conferida pelas normas consumeristas,⁶⁷ sintetizando em cinco argumentos a extensão da proteção consumerista às pessoas jurídicas:

⁶⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 190.

⁶⁷ “A utilização do bem no exercício da atividade profissional torna-se suficiente para que o adquirente ou utente não seja considerado consumidor. Isso ocorre mesmo que o bem não seja reinserido no mercado de consumo, mas sim o resultado elaborado a partir do uso dessa coisa. Tanto a coisa reintroduzida no mercado como aquela utilizada como instrumento do exercício da atividade profissional é, para teoria da análise econômica, adquirida sem os benefícios conferidos pela legislação consumerista. (...) Além de preceituar a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em prol do consumidor profissional, a defesa da pessoa jurídica, como consumidora, e de forma

Há várias razões previstas no Código de Defesa do Consumidor para a adoção da teoria da causa final, em detrimento das teses minimalistas existentes. São elas:

- a) não é correta a afirmação segundo a qual a expressão “destinatário final” equivale à distinção puramente econômica entre o bem de insumo e de consumo;
- b) o legislador consumerista adotou a teoria da causa final na aquisição do produto ou serviço;
- c) a pessoa jurídica pode ser consumidora pela lei, ante a adoção da teoria da finalidade causal, desde que não proceda à recolocação do produto ou serviço no mercado de consumo, ainda que especificado ou transformado;
- d) aquele que transforma o bem para uso posterior próprio é consumidor, pois não o recolocou no mercado de consumo;
- e) o Código de Defesa do Consumidor não adotou, portanto, a definição do consumidor como sendo tão somente o não profissional que se encontra presente em algumas legislações europeias, inclusive a espanhola de 1984.⁶⁸

A teoria finalista aprofundada foi amplamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se a aplicação das normas consumeristas a todas as relações em que o consumidor – profissional ou não – esteja em posição de vulnerabilidade.⁶⁹

1.3.4. Teoria minimalista

A teoria minimalista teve entre os seus adeptos os juristas Ives Gandra da Silva Martins e Arnoldo Wald, os quais defenderam que o Código de Defesa do Consumidor não deveria ser aplicado às relações de consumo, em especial aquelas envolvendo operações de crédito e, por consequência, contratos bancários.

Os aludidos juristas foram, inclusive, signatários da ADI 2.591/DF, buscando declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º, §2º do Código de Processo Civil, o qual prescreve que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração,

mais estrita que as correntes maximalista extremadas”. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 191-192.

⁶⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 196-197.

⁶⁹ STJ, REsp 1.195.642/RJ, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, DJe 21.11.2012. Somente no ano de 2020 é possível citar os seguintes acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça que adotaram a teoria finalista aprofundada: STJ, REsp 1.798.967/SP, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.10.2020, DJe 10.12.2020; STJ, AgIn no REsp 1.865.765, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.09.2020, DJe 24.09.2020; STJ, AgIn nos EDcl no Ag em REsp 615.888, 4.ª T., rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 14.09.2020, DJe 22.09.2020; STJ, AgIn no REsp 1.808.284, 3.ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 10.08.2020, DJe 17.08.2020; STJ, AgIn no REsp 1.845.075, 4.ª T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 18.05.2020, DJe 21.05.2020; STJ, AgIn no REsp 1.415.864, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.05.2020, DJe 07.05.2020; STJ, e AgIn no REsp 1.476.190, 4.ª T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 10.03.2020, DJe 17.03.2020.

inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.⁷⁰

Tal Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente, em parte, para afastar da aplicação das normas consumeristas a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

As referidas operações deveriam ser controladas pelo Banco Central do Brasil e estariam sujeitas ao controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, nos casos de abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros, consoante ementa transcrita abaixo:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS.

⁷⁰ Para afastar a aplicação das normas consumeristas aos contratos bancários, alegou-se a: (i) necessidade de impugnar tão somente a expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, pois isso “fará com que nenhuma outra disposição constante desse diploma possa ser aplicada às atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, sem necessidade de impugnação específica de cada uma de suas disposições; (ii) violação ao artigo 192, incisos II e IV, da Constituição Federal, uma vez que somente a lei complementar, que regulará o Sistema Financeiro Nacional, tem competência “para conformar tanto o perfil organizacional dos órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do setor financeiro, como o complexo de normas disciplinadoras da própria atividade financeira, para conferir-lhe maior rigidez”; (iii) distinção implícita na Constituição Federal entre consumidor e cliente de instituição financeira, porquanto o artigo 170, que consagra o princípio da defesa do consumidor, encontra-se em capítulo referente à “Ordem Econômica”, estando em outro capítulo a disciplina do Sistema Financeiro Nacional, de modo que o texto da lei complementar a ser elaborada de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade, necessariamente abrangerá a proteção do cliente de instituições financeiras, justificando-se a distinção entre as duas categorias de usuários de serviços em virtude de razões de ordem constitucional e pelas situações peculiares de ordem econômica existente em cada caso; (iv) violação ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, visto que o legislador ordinário “onerou os integrantes do sistema financeiro com o conjunto de obrigações previstas na Lei nº 8.078/90, incompatíveis com as peculiaridades do setor financeiro” e ampliou o rol de legitimados a questionar, em nome próprio ou alheio, a atuação das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional, sendo certo que tratar a atividade bancária, financeira, de crédito e securitária da mesma maneira que as demais atividades econômicas, que não ostentam a mesma peculiaridade, “não se mostra razoável, quer em face dessa sistema constitucional, quer sob o aspecto material das operações celebradas no âmbito do sistema financeiro, violando o princípio do devido processo legal substantivo”, sob o aspecto da proporcionalidade; e (v) inadequação das disposições da Lei nº 8.078/90 em face de atividades desenvolvidas no âmbito do sistema financeiro, especialmente aquelas referentes à defesa dos direitos dos usuários, tendo em vista que a segurança jurídica e o respeito aos contratos são condições de um sistema saudável, sendo certo que já existem resoluções do Conselho Monetário Nacional, respaldadas pela Lei nº 4.595/1964, que “cuidam da defesa dos usuários de serviços de instituições financeiras de forma compatível com a materialidade desses serviços”; ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que as operações praticadas com instituições de crédito, públicas ou privadas, funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil.

DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa – a chamada capacidade normativa de conjuntura – no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade (STF, ADI 2591, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 07.06.2006, DJe 29.09.2006).

O entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal em 7 de junho de 2006 estava em consonância com o que vinha sendo aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual editara, em 8 de setembro de 2004, a Súmula 297, a qual prescrevia que “[o] Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

No entanto, apesar do entendimento exarado pelas Cortes Superiores, a teoria finalista passou a ser aplicada pelos nossos tribunais em casos envolvendo justamente contratos bancários, sendo proferido entendimento pela inaplicabilidade das normas consumeristas:

CONTRATO BANCÁRIO – RELAÇÃO DE CONSUMO – DESTINATÁRIO FINAL – ART. 2º DO CDC – NÃO CARACTERIZAÇÃO – TEORIA MINIMALISTA OU FINALISTA. Não caracterizada a condição de destinatário final, não há que se falar em aplicação das regras contidas na Lei do Consumidor. Negócios jurídicos bancários que tinham por finalidade fomentar as atividades empresariais desenvolvidas pela empresa coapelante. Inexistência de relação de consumo. Negócios bancários que não foram celebrados por empresa na qualidade de destinatária final. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA CONTRATAÇÃO. Limitação dos juros remuneratórios à taxa média do mercado à época da contratação. Precedentes do STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Possibilidade de cobrança desde que não cumulada com outros encargos. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DO CONTRATO. Possibilidade. Autores que não demonstraram a intenção de impedir a renovação da avença. Sentença mantida. Recursos não providos (TJSP, AC 0008514-82.2008.8.26.0576, 37.^a C. D. Priv., rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 10.02.2011, DJe 10.02.2011).

É preciso destacar, contudo, que a teoria minimalista foi utilizada como se equivalente à teoria finalista, porquanto o ponto crucial para decidir-se pela inaplicabilidade das normas consumeristas não foi a suposta inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, mas sim o fato de o consumidor não ter sido o destinatário final do bem e de os valores terem sido destinados à sua atividade comercial.

O equívoco com relação às teorias minimalista, maximalista, finalista e finalista aprofundada, infelizmente, é bastante comum, sendo preciso destacar que, apesar de confundí-las, não há como ignorar o fato que cada vez mais, para caracterização do sujeito como consumidor, os magistrados estão deixando de apreciar tão somente se ele é o destinatário final do produto ou serviço. Analisa-se também se, apesar do bem ser destinado ao fomento de atividade comercial, verifica-se a presença do elemento vulnerabilidade.

As mudanças percebidas em nossos tribunais são bastante positivas, pois, à luz do já defendido por Cláudia Lima Marques, a análise não somente da destinação do bem, como também da presença da vulnerabilidade, elemento-motor do sistema protetivo do consumidor, demonstra um amadurecimento dos julgadores e, conseqüentemente, promove a melhor aplicação das normas consumeristas.

1.3.5. O conceito de consumidor por equiparação

A definição de consumidor é trazida pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor⁷¹. Todavia, o próprio código prevê que o conceito de consumidor será estendido àquele que também for vítima do fato do produto ou do serviço, nos termos do artigo 17 e a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas nos Capítulos V e VI do código, nos termos do artigo 29.

O Código de Defesa do Consumidor estenderá o conceito de consumidor às vítimas de um evento danoso ou que a ele tenham sido expostas, visando a proporcionar a facilitação da defesa da vítima com a concessão dos benefícios previstos nas normas consumeristas. Trata-se de um mecanismo para obter a mais justa e mais completa possível reparação pelos responsáveis, consoante leciona José Geraldo Brito Filomeno sobre os consumidores por equiparação.⁷²

O legislador foi muito sábio ao promover a extensão do conceito de consumidor às vítimas do evento danoso, porquanto a defesa dos seus interesses é facilitada e existe uma maior probabilidade de ser obtida a integral reparação dos danos sofridos, protegendo-se também as vítimas em potencial.

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques assevera que o artigo 29 do código consumerista superou os estreitos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir, então, uma definição de política legislativa e, dessa forma, “harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais”.⁷³ Dessa forma, permite-se que aquele que foi exposto a uma prática abusiva utilize-se das normas protetivas contidas no referido código, seus princípios e sua ética de responsabilidade social no mercado para combater eventuais abusos.

⁷¹ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁷² “É a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos e serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possa obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis”. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38.

⁷³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 752-753.

Outro entendimento não poderia ser tolerado, haja vista a multiplicidade das relações consumeristas e o grande número de consumidores de fato ou potenciais de eventual produto ou serviço, bem como o dos expostos a publicidade enganosa.

Nessa senda, os tribunais pátrios têm exarado entendimento pela equiparação do conceito do consumidor às vítimas do fato danoso, sendo empossado pelo Superior Tribunal de Justiça igual entendimento:⁷⁴

O conceito de consumidor, portanto, poderá ser estendido para facilitar a obtenção da justa reparação dos danos eventualmente causados a todas as vítimas do evento, sendo inequívoco que a extensão do conceito representa, nesses casos, a estrita observância ao elemento-motor do sistema protetivo consumerista, qual seja a vulnerabilidade.

1.4. O conceito único de fornecedor

O conceito de fornecedor é definido no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, o qual prescreve que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

A definição de produtos e serviços, por sua vez, consta nos parágrafos subsequentes, sendo definido como produto “qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial” e serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

O conceito de fornecedor é, portanto, bastante amplo, permitindo abarcar o maior número de pessoas que podem ocupar essa posição dentro da relação jurídica de consumo. Para definir se há o preenchimento ou não dos requisitos prescritos no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, o critério adotado é o da habitualidade do exercício da sua atividade (o que determinará, por sua vez, a aplicação das normas do código consumerista ou do Código Civil).

⁷⁴ Nesse sentido também podemos citar: STJ, REsp nº 997.993/MG, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.06.2012, DJe 06.08.2012; STJ, REsp nº 1.787.318/RJ, 3.ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16.06.2020, DJe 18.06.2020; e STJ, AgIn nos EDcl no Conflito de Competência nº 132.505, 2.ª T., rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 23.11.2016, DJe 28.11.2016.

O Código de Defesa do Consumidor não fez qualquer diferenciação entre pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, sendo certo que, sempre que alguma delas, até mesmo os entes despersonalizados, exercerem qualquer uma das atividades descritas no estatuto consumerista, dever-se-á aplicar as disposições atinentes à matéria.

Isso significa dizer que, independentemente de as atividades visarem à obtenção de lucro, uma vez que o sujeito for reconhecido como fornecedor, as normas do Código de Defesa do Consumidor serão aplicadas.

Nessa medida, considerando não haver limitação prévia para que um sujeito jurídico possa ser reconhecido como fornecedor, o que importará para sua caracterização é a atividade desenvolvida e a sua habitualidade.

Logo, para que o sujeito seja reconhecido como fornecedor é preciso que sejam preenchidos dois requisitos, quais sejam: (i) atividade que se enquadre em uma das hipóteses prescritas no *caput* do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, e (ii) habitualidade.

Não basta, portanto, o cometimento de um ato que, isoladamente, possa ser enquadrado dentre as atividades descritas no estatuto consumerista, é preciso que essa atividade seja exercida com habitualidade. Nos casos em que um sujeito se proponha a realizar eventuais atos de comercialização de bens ou de prestação de serviços e houver controvérsias sobre a habitualidade, não será aplicável o estatuto consumerista, mas sim o Código Civil.

A habitualidade é o ponto fulcral para entender pela aplicação do estatuto consumerista ou do estatuto civilista à controvérsia. Com efeito, é preciso fazer a referida distinção, porquanto as normas a serem aplicadas nos casos, por exemplo, em que um veículo automotor apresente defeitos após a aquisição, deverão ser diferentes no caso de o bem ter sido adquirido de uma concessionária ou de um particular.

Da mesma forma, o caso de roupas adquiridas em uma loja ou encomendadas de um profissional que se dedica a essa atividade e aquelas adquiridas, por exemplo, em sítios eletrônicos para aquisição de peças usadas que são colocadas à venda pelos próprios usuários.

Atualmente, é importante destacar, há diversos sítios eletrônicos em que é possível promover a comercialização de uma gama imensa de produtos que podem ser colocados à venda tanto pelos seus usuários – pessoas que adquiriram os itens que não lhe são mais úteis no

momento – como por lojas ou empresários individuais que se utilizam dessa plataforma para divulgação.

Em caso de controvérsia, seja por um defeito do produto adquirido ou pelo inadimplemento de alguma das obrigações do contrato, as normas a serem aplicadas serão distintas, importando, nessa senda, a habitualidade com que é realizada a atividade em questão.

O tema já foi analisado pelos tribunais pátrios, os quais sempre se pautam pelo preenchimento do requisito da habitualidade para determinar as normas a serem aplicadas. Em outras palavras, a verificação do preenchimento dos requisitos para o sujeito jurídico ser definido como fornecedor é o que determinará as normas aplicáveis ao caso.⁷⁵

Importante consignar que o estatuto consumerista, visando a ampliar a proteção conferida aos consumidores, prevê expressamente a possibilidade de que aquele que apenas intermediou a relação entre o consumidor e o fornecedor do serviço contratado ou produto adquirido também seja responsabilizado, pois considerado fornecedor por equiparação.

Em virtude do avanço do comércio eletrônico e das plataformas digitais que facilitam a negociação entre consumidores e fornecedores, a equiparação dessas plataformas de intermediação a fornecedores se tornou cada vez mais recorrente.

Nesse sentido, como já asseverado por Cláudia Lima Marques, a figura do fornecedor equiparado amplia com justiça a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A razão para tanto é que permite que as normas protetivas sejam aplicadas às relações com “aquele que não é fornecedor do contrato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro, ou estipulante, hoje é o ‘dono’ da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação com o consumidor”.⁷⁶

Sobre o tema, os nossos tribunais já se manifestaram no sentido de equiparar ao fornecedor as plataformas de intermediação entre os sujeitos da relação jurídica consumerista, bem como os órgãos de cadastro à instituição financeira em relação de consumo nos casos em que os dados do consumidor são inseridos equivocadamente em seus cadastros.⁷⁷

⁷⁵ TJSP, Ag 2113098-31.2020.8.26.0000, 34.ª C. D. Priv., rel. Des. Costa Wagner, j. 18.12.2020, DJe 18.12.2020; TJSP, AC 1003446-09.2015.8.26.0506, 9.ª C. D. Priv., rel. Des. Pollice Nogueira, j. 29.05.2018, DJe 30.05.2018.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 105

⁷⁷ STJ, EDcl no REsp 1.737.428, 3.ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06.10.2020, DJe 19.11.2020; e STJ, REsp 1.654.221/SP, 3.ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.10.2019, DJe 28.10.2019.

A extensão da aplicação das normas consumeristas para alcançar também aqueles que são intermediários na relação de consumo tornou-se importante, principalmente, com a evolução do comércio eletrônico e das plataformas exclusivas, uma vez que detêm todos os dados dos consumidores e qualquer vazamento desses dados pode causar danos severos.

No entanto, como será abordado nesse estudo, a aplicação das normas do estatuto consumerista de forma indistinta a todos os fornecedores, sem o necessário sopesamento das suas atividades, é indesejável. Deve-se levar em consideração os impactos que poderão ser causados principalmente naqueles contratos em que a relação entre consumidores e fornecedores se perpetua no transcorrer do tempo e a observância do princípio da cooperação e confiança essenciais é essencial para garantir o equilíbrio da relação, porquanto um fornecedor também pode ser colocado em uma posição de vulnerabilidade.

2. TEORIA CONTRATUAL: A EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O contrato, principal negócio jurídico existente, é uma das figuras jurídicas mais presentes na vida de todo e qualquer cidadão, porquanto, ainda que de forma inconsciente, a cada passo dado, o indivíduo ingressa em relações comerciais a fim de satisfazer as suas necessidades e desejos.

Não por outro motivo, o contrato se apresenta como um instituto jurídico atrelado de forma indissociável à evolução histórica das sociedades e, por essa razão, estudar-se-ão nesse capítulo os princípios norteadores dos contratos no Código Civil de 1916, Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor a fim de analisar-se as alterações sofridas pelo instituto no transcorrer do século XX.

2.1. Os princípios norteadores do contrato no Código Civil de 1916

Em 1º de janeiro de 1916, foi promulgada a Lei nº 3.071 – Código Civil de 1916 – que, após quase um século de elaboração e dedicação de grandes civilistas, foi recebido como a grande esperança de, após três séculos de normas estrangeiras, ter-se um código genuinamente brasileiro, que se amoldasse aos anseios de nossa sociedade.

Entrementes, apesar de o Código Civil de 1916 poder ser considerado um instrumento impecável do ponto de vista dogmático, logo se percebeu que o Código já nascera “velho”, porquanto, em decorrência do tempo despendido com a sua elaboração, antigos conceitos continuaram a ser aplicados, fortemente influenciados pelo excessivo individualismo predominante no século XIX.⁷⁸

No que tange à matéria ora em destaque, pode-se afirmar que, no Código Civil de 1916 os princípios regentes da teoria contratual eram: (i) liberdade contratual; (ii) obrigatoriedade dos efeitos contratuais – *pacta sunt servanda*; e (iii) relatividade dos efeitos contratuais.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil*. 24. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. III, p. 71.

2.1.1. O princípio da liberdade contratual

O princípio da liberdade de contratar é previsto em nossa Carta Magna, mas, desde os idos do século XVIII, importantes acontecimentos político-sociais⁷⁹ asseguraram e fortaleceram a proteção dos direitos individuais. Dentre eles, a liberdade que não significava meramente a liberdade de associação ou reunião, mas sim a liberdade do indivíduo sem que sejam impostas limitações pelo Estado que, no campo da teoria contratual, resultam na liberdade de contratar.

A liberdade de contratar, nas palavras de Orlando Gomes,⁸⁰ pode ser observada em sete acepções, quais sejam: (i) liberdade de contratar ou deixar de contratar, (ii) liberdade de negociar e determinar o conteúdo do contrato, (iii) liberdade de celebrar contratos atípicos, (iv) a liberdade de escolher outro contratante, (v) a liberdade de modificar o esquema legal do contrato, (vi) a liberdade de agir por meio de substitutos, e (vii) a liberdade de forma.

A liberdade de contratar, contudo, não era ilimitada, como também pontua Orlando Gomes, uma vez que os ordenamentos jurídicos autorizavam a manifestação da vontade e o exercício da referida faculdade dentre os princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio e que de nenhuma forma pudessem significar a violação aos demais princípios e preceitos.

Sobre o tema, o autor afirma que a liberdade de contratar era limitada pela ordem pública e os bons costumes; todavia, perante a imprecisão dos referidos conceitos e a valorização da vontade do indivíduo, o que se verificou, na prática, foi a ineficácia desses conceitos como forma de limitar a vontade de contratar e coibir abusos:

A liberdade de contratar propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons

⁷⁹ Dentre os acontecimentos históricos, pode-se citar a Declaração Americana de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sobre a qual José Afonso da Silva afirma: “A declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, mas “universalizante” de onde seus três caracteres fundamentais, consoante Jacques Robert: a) intelectualismo, porque a afirmação de direitos imprescindíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das ideias; é que, para os homens de 1789, a Declaração dos direitos era antes de tudo, um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; b) mundialismo, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar um valor universal; c) individualismo, porque só consagra a liberdade dos indivíduos; não menciona a liberdade de associação nem de liberdade de reunião, preocupa-se em defender o indivíduo contra o Estado. É por isso o documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direito dos séculos XIX e XX, com evoluções que analisarem a seu tempo”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 157-158.

⁸⁰ GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81-82.

costumes. Entendia-se como ainda se pensa, que as pessoas podem autorregular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites. Essas limitações gerais à liberdade de contratar, inseridas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão (...), concluindo mais à frente que “(...) essas limitações à autonomia privada, que sempre existiram, não eram suficientes para impedir a prática de abusos. Pois consentiram o exercício da liberdade de contratar com uma desenvoltura que tornara excessivo o poder da vontade, como, afinal, se veio a reconhecer”.⁸¹

O ordenamento jurídico não impunha, portanto, severas restrições à liberdade contratual, limitando-se a assegurar que a vontade dos contratantes fosse respeitada.

As normas contratuais eram aplicadas de forma supletiva e somente quando se verificava que, ante eventual abuso ou vício de consentimento, o negócio jurídico anteriormente celebrado não poderia subsistir.

Nesse sentido, Enzo Roppo afirmava que se tratava de “duas regras – poderá dizer-se – com as quais o sistema, informado pelo cânone fundamental da liberdade contratual, se autolimita, para reagir contra comportamentos que correriam o risco de limitá-lo ainda mais gravemente, ou até de negá-lo”.⁸²

A limitação da vontade de contratar era uma norma supletiva e almejava, em última instância, proteger a vontade dos contratantes, garantindo que o consenso de vontades continuassem sendo o elemento fulcral para gerar obrigações.

Nessa senda, é importante consignar que as normas limitadoras não almejavam garantir a justiça contratual – uma vez que prevalecia à época o princípio do *pacta sunt servanda* – mas sim garantir o princípio da liberdade de contratar.

O ideal de justiça que vigorava à época era o da justiça comutativa, em que todos eram considerados iguais entre si e não o da justiça social que prepondera nos dias de hoje, em que os indivíduos são tratados igualmente na medida de sua desigualdade, como discorre Orlando Gomes:

O princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu logicamente à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato. No pressuposto dessa igualdade meramente teórica presumia-se que os interessados em contratar precediam o contrato qualquer que fosse, de livre discussão, na qual seus interesses divergentes encontravam, afinal, denominador comum. Como toda a obrigação importa limitação da liberdade individual, o contratante

⁸¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 27-28.

⁸² ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 33.

que assumisse estaria praticando o ato livre de todo constrangimento, já que tinha a liberdade de celebrar ou não o contrato. Por princípio, a limitação da liberdade haveria de ser voluntária e os efeitos jurídicos do contrato realizado, fossem quais fossem, presumiam-se queridos pelas partes. A omissão da lei na determinação do conteúdo dos contratos justificava-se diante do princípio que assegurava a liberdade dos contratos na sua formação. Partes iguais e livres não precisavam da interferência legislativa para impedir a estipulação de obrigações onerosas ou vexatórias. O poder de contrai-las livremente, após a discussão das condições contratuais, foi tido como um dos aspectos fundamentais da liberdade de contratar, tanto que os primeiros passos para evitar que um dos contratantes, por sua posição mais favorável, impusesse ao outro sua vontade, eliminando as negociações preliminares sobre o conteúdo do contrato, foram consideradas intoleráveis restrições à liberdade.⁸³

O princípio da liberdade contratual atrelado à observância do princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais fazia com que se acreditasse à época que eventual desequilíbrio contratual seria corrigido naturalmente, não sendo necessária a aplicação de normas limitadoras, a não ser aquelas que corrigissem eventual vício de consentimento.

2.1.2. O princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais (*pacta sunt servanda*)

A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências – princípio da liberdade contratual – exigindo em contraprestação que os seus termos sejam cumpridos, não admitindo-se, em regra, a sua revisão – princípio da obrigatoriedade dos efeitos do contrato.

O princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais, não por outro motivo, pode ser reduzido ao prescrito no artigo 1.134 do Código Civil francês, qual seja: o contrato faz lei entre as partes.

A força da palavra empenhada, em conformidade com a lei, é tão profunda que, após ganhar vida, não comporta mera retratação, sendo defeso até mesmo ao Estado, a não ser em casos excepcionais, intervir com o propósito de mudar o curso dos seus efeitos.

Isso significa dizer que, a partir do momento que as partes contratantes manifestaram livremente a sua vontade, desde que não tenha havido eventual vício de consentimento, a cada um dos participantes restará somente observar os seus termos, sendo vedado furtarem-se do seu cumprimento. Isso porque, conforme observa Orlando Gomes,

[u]ma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de se forrarem às suas consequências, a não ser com

⁸³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 30.

a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar, e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade, salvo a intercorrência de causa adiante minudenciada.⁸⁴

O princípio da obrigatoriedade dos efeitos do contrato é um dos corolários máximos dos ideais de individualismo que perseverava nos idos da elaboração do Código Civil francês de 1804 e que foi incorporado pelo Código Civil brasileiro de 1916, não admitindo-se a revisão dos contratos ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas aos contratantes, porquanto prevalecia a crença de que a relação retomaria naturalmente o equilíbrio de outrora.

Caio Mário da Silva Pereira sintetiza a força do princípio em estudo com brilhantismo ao afirmar: “[I]lícito não lhes é arrependem-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes”.⁸⁵

O desequilíbrio contratual e a eventual necessidade de revisar os termos anteriormente contratados não eram ignorados pelos aplicadores do Direito. Todavia, o princípio da obrigatoriedade dos efeitos do contrato era útil à classe burguesa em ascensão, na medida em que os termos do contrato somente poderiam ser revistos se houvesse consenso entre as partes. Somente de forma excepcional o Estado poderia se imiscuir nas relações contratuais.

Não por outro motivo – servir aos interesses da classe burguesa em ascensão – que um dos princípios prescritos desde o Direito Canônico fora ignorado, qual seja: a cláusula *rebus sic stantibus*.

A cláusula *rebus sic stantibus* autoriza que, nos contratos de longa duração ou de prestação diferida no tempo, em caso de desequilíbrio, os termos do pacto sejam revistos, porque a sua exigibilidade estaria condicionada à manutenção das condições de quando a promessa fora feita, o que significa dizer que “os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas” (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*).

O princípio da obrigatoriedade dos efeitos do contrato prescrevia, assim que o contrato fazia lei entre as partes, mas uma lei com âmbito de atuação restrito, haja vista que somente os

⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 13.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil*. 24. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. III, p. 13.

contratantes estavam sujeitos ao seu cumprimento. Ou seja, suas disposições imperativas não vinculavam terceiros que não houvessem participado da formação do contrato ou anuído com os seus termos, em atenção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, o qual será estudado a seguir.

2.1.3. O princípio relatividade dos efeitos contratuais

“O ato concluído entre certas pessoas nem prejudica nem aproveita aos outros” (*res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*)⁸⁶ é o corolário que melhor representa o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, uma vez que prescreve que os efeitos do contrato se restringem especificamente às partes, sendo correto afirmar que o contrato somente fará lei entre aqueles que se relacionaram e manifestaram a sua vontade em assumir determinada obrigação.

Os limites das obrigações assumidas – como analisado anteriormente – ficam restritos às partes e, em consonância a tudo o que já foi exposto, outro princípio não poderia vigorar, uma vez que constituiria uma violação do princípio da liberdade de contratar impor àquele que não participou da celebração do contrato o cumprimento de determinados deveres aos quais não anuiu.

A não transposição dos limites do contrato para obrigar terceiros que não participaram da avença trata-se da relatividade subjetiva que diz respeito aos efeitos do contrato perante terceiros.⁸⁷ Contudo, há ainda a relatividade objetiva que prescreve que as obrigações limitar-se-ão estritamente ao que tiver sido pactuado entre as partes.

A relatividade objetiva determina os limites da obrigação contraída, a qual deverá restringir-se ao pactuado, sendo defesa a interpretação extensiva ou restritiva das obrigações contratadas, devendo-se, ao final, respeitar e observar a palavra empenhada.

⁸⁶ Tradução de RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: a autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais Online*. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/DOUTRINA-DO-TERCEIRO-CUMPLICE-OLRJ.pdf>, p. 1. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁸⁷ Consoante ensina Pontes de Miranda, “os efeitos tinham de ser entre A e B, figurantes, ou A para B, ou B para A, como dominação de A, ou de B, do que como sujeição”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das Obrigações*: Conseqüências do inadimplemento. Exceções de contrato não adimplido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protetiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 26, p. 209, § 3.153.

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato pode ser considerado uma decorrência lógica do princípio da liberdade de contratar e da obrigatoriedade dos efeitos contratuais, haja vista que ambos gravitam em torno do princípio da autonomia da vontade.

Nessa senda, conforme leciona Otavio Luiz Rodrigues Júnior,⁸⁸ o princípio da autonomia da vontade deve ser considerado um dogma que veda que se exija daquele que for estranho ao contrato o conhecimento da sua existência ou de seu conteúdo, não sendo possível, conseqüentemente, exigir-se desse terceiro uma atuação positiva ou negativa, devendo somente respeitar a produção dos seus efeitos.

A manifestação da vontade – mais uma vez – é o ponto fulcral para delimitar-se os limites do contrato quanto a terceiros, admitindo-se que somente aquele que participou da celebração da avença e manifestou-se quanto à assunção de obrigações é que estará sujeito ao seu cumprimento, sendo certo que conclusão diversa significaria a invasão na esfera de direito alheia e a violação ao princípio *solus consensus obligat*.

De outra banda, o fato de os efeitos do contrato não se estenderem a terceiros não significa, contudo, que fosse vedado que as partes contratantes elegeassem um terceiro como beneficiário da avença, haja vista que a lei expressamente autorizava a celebração de contratos em favor de terceiros. O maior exemplo de contrato em favor de terceiro é o seguro de vida, em que, no caso de falecimento do estipulante, um terceiro será agraciado com o recebimento do prêmio.

O terceiro – beneficiário da avença celebrada – se ela assim o determinar, poderá exigir o cumprimento da obrigação, o que poderia ser considerado como uma exceção ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais à medida que um terceiro que não participou da celebração do contrato poderia promover a sua execução.

No entanto, como era facultado ao terceiro aceitar ou não o benefício que lhe seria concedido, nos parece mais acertado afirmar que não se trataria de uma exceção ao princípio, porquanto é imprescindível o consentimento do terceiro para que o contrato possa estender os seus efeitos a todos aqueles que se pretendia.

⁸⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: a autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais Online*. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/DOUTRINA-DO-TERCEIRO-CUMPLICE-OLRJ.pdf>, p. 1. Acesso em: 20 mar. 2021.

A autonomia da vontade do terceiro resta preservada e os limites objetivos do contrato também, uma vez que o terceiro pode anuir ao contrato, mas não pode alterar o quanto fora pactuado entre as partes e somente poderá exigir a obrigação dentre os limites contratados.

O nosso ordenamento jurídico, prevê, ainda, outras duas modalidades que poderiam ser consideradas como exceção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato e que restam expressamente positivadas no Código Civil de 2002, quais sejam: promessa de fato de terceiro,⁸⁹ figura negocial pela qual uma pessoa promete que determinada conduta seja praticada por outrem, sob pena de responsabilização civil e o contrato com pessoa a declarar,⁹⁰ o qual permite que, no momento da conclusão do contrato, uma das partes reserve a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.

Em ambos os casos, tal qual ocorre com o contrato em favor de terceiro, aquele que não participou da avença no momento de sua celebração e, portanto, não manifestou a sua vontade quanto às obrigações e ônus que estavam sendo assumidos, não poderá ser prejudicado.

O mesmo se aplicará aos contratos com pessoa a declarar, em relação ao qual se prevê expressamente no artigo 468⁹¹ do Código Civil que o terceiro deverá ser comunicado expressamente no prazo de cinco dias e terá a faculdade de aceitar ou não o encargo, sendo certo que a manifestação de vontade do terceiro anuindo aos termos do contrato celebrado por outros que não é cláusula *sine qua non* para que a avença tenha eficácia perante a pessoa nomeada, sob pena de o contrato ter eficácia somente entre as partes contratantes, nos termos do inciso I do artigo 470.⁹²

Isso porque o contrato celebrado *inter partes* não poderá prejudicar terceiros, porquanto somente é permitido que a avença seja celebrada em favor de terceiro, sendo vedado exigir dele qualquer contraprestação.

⁸⁹ Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar. Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens.

Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação.

⁹⁰ O contrato com pessoa a declarar está positivado nos artigos 467 a 471 do Código Civil de 2002.

⁹¹ Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado. Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato.

⁹² Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários: I – se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la; II – se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação.

Em nosso ordenamento, o Código Civil de 1916 – apesar das fortes influências do direito francês, não previa expressamente o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, fazendo-o de forma implícita no artigo 928, o qual prescrevia que “[a] obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros”.

O Código Civil de 2002, por sua vez, dado o seu caráter mais social – como será analisado adiante – igualmente não positivou o princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Isso não significa que não seja exigida a sua observância, uma vez que se trata de um dos corolários do princípio da autonomia da vontade, resguardando a esfera de direitos dos indivíduos, os quais não serão forçados a cumprir obrigações com as quais não se comprometeram.

A inovação trazida pelo novo Código Civil dar-se-á quanto à interpretação e aplicação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, que deixará de ser realizada de forma absoluta e literal para ser realizada em conjunto com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

2.2. Os princípios norteadores da teoria contratual no Código Civil de 2002

O Código Civil brasileiro foi promulgado em 10 de janeiro de 2002 e, em consonância com os novos anseios da sociedade que não mais se alinhavam os preceitos oitocentistas, foram incorporados os princípios que melhor se coadunavam com uma sociedade recém redemocratizada e que não mais desejava um código tradicional que somente assegurasse a manutenção dos poderes adquiridos.

Era necessário, pois, que fossem incorporados pelo novo código os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impunham às relações privadas e aos direitos particulares, de modo a evitar a fragmentação do ordenamento, fazendo prevalecer o sistema, por meio da constitucionalização do direito civil.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 é marcado por três grandes princípios: o da socialidade,⁹³ o da eticidade⁹⁴ e o da operabilidade⁹⁵ e, não por outro motivo, diversamente do código anterior, o Código Civil vigente positivou expressamente o princípio da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio econômico do contrato.

A aplicação irrestrita dos princípios vigentes no Código Civil brasileiro de 1916 não mais encontrava guarida em nosso ordenamento jurídico, sendo correto afirmar que os princípios oitocentistas (liberdade de contratar, força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos contratuais) iluminados pelos novos princípios vigentes (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico do contrato) foram os responsáveis pelo resgate da justiça contratual.

A presente seção será dedicada ao estudar o princípio da função social do contrato e o princípio do equilíbrio econômico contratual. Entretanto, não há como negar-se o papel de destaque que é exercido pelo princípio da boa-fé objetiva, na medida em que norteia toda a teoria contratual do Código Civil de 2002.

Dessa forma, dada a importância do tema, mas ciente de que este já fora objeto de estudo, dedicar-se-á o presente estudo a analisar, ainda que de forma breve, os cânones que são

⁹³ Os dispositivos do Código Civil de 2002 e que exprimem a aplicação do princípio da socialidade são: (i) artigo 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito, parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade; e (ii) artigo 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha., §4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

⁹⁴ O princípio da eticidade pode ser encontrado, por exemplo, nos seguintes dispositivos do Código Civil de 2002: (i) artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.; (ii) artigo 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; e (iii) artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁹⁵ Sobre as alterações promovidas pelo Código Civil de 2002, Rui de Figueiredo Marcos destaca que o Código Civil “a) manteve, o mais possível, regras do Código Civil de 1916, portanto, não caiu na tentação de inovar simplesmente por inovar; b) introduziu novos institutos no ordenamento jurídico, por exigência dos novos tempos; c) redistribuiu as matérias (com relação ao código anterior), adotando sistemática mais moderna; d) unificou o direito das obrigações, no que seguiu a linha propugnada por Teixeira de Freitas e Inglês de Sousa; e) incluiu em seu corpo muitas matérias disciplinadas em leis extravagantes, advindas após 1916; f) excluiu as matérias referentes ao direito dito adjetivo, exceto naquelas poucas hipóteses em que, por natureza, esteja a regra processual mais intimamente ligada ao próprio direito material, g) aproveitou, como subsídios e contribuições, projetos anteriores e trabalhos e estudos críticos de diversos e importantes juristas; h) revogou toda a primeira parte do Código Comercial; i) consagrou um direito de empresa, e j) procurou ser um código à altura do seu tempo.” MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 571.

a representação máxima do princípio da boa-fé objetiva em sua função integrativa, a qual é tão cara ao direito contratual.

2.2.1. O princípio da boa-fé objetiva e os cânones da função integrativa

O princípio da boa-fé objetiva, tal como no Código de Defesa do Consumidor, é o coração do Código Civil de 2002 e influenciou sobremaneira todo o seu conteúdo, principalmente o voltado à teoria contratual.

O princípio da boa-fé objetiva, como pontado anteriormente, exerce três funções, quais sejam: função interpretativa, função de controle e função integrativa. Nessa última função que a boa-fé exerce merece papel de grande destaque, porquanto é a responsável pela congregação das duas funções anteriores para, dessa forma, garantir o equilíbrio contratual e os resultados almejados pelas partes com o contrato.

A boa-fé objetiva norteará a conduta dos contratantes, os quais deverão não somente agir de boa-fé, como também observar os deveres anexos que são originados do referido princípio e que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, sendo desnecessário haver expressa previsão a esse respeito nos instrumentos contratuais.

Para o jurista Clóvis do Couto e Silva⁹⁶ entusiasta do tema, os deveres secundários, também conhecidos como deveres anexos,

comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o de dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, assistência.⁹⁷

Para o autor, a obrigação é um processo de colaboração entre as contratantes, sendo certo que a sua inobservância implicará a violação positiva do contrato e a responsabilização civil daquele que desrespeitá-la.⁹⁸

⁹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 113.

⁹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 113.

⁹⁸ Sobre a boa-fé e os deveres anexos, foram aprovados vários Enunciados nas Jornadas de Direito Civil sobre o tema, sendo possível destacar: (i) Enunciado 24. “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”; (ii) Enunciado 168. “O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação”; e (iii) Enunciado 363. “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

Os deveres anexos, apesar de não terem sido expressamente positivados e não demandarem a menção expressa nos instrumentos contratuais, podem ser sintetizados em sete deveres, em consonância com os ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva e Judith Martins da Costa, quais sejam: (i) o dever de cuidado em relação à outra parte negocial; (ii) o dever de respeito; (iii) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; (iv) o dever de agir conforme a confiança depositada; (v) o dever de lealdade e probidade; e (vii) o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.⁹⁹

O princípio da boa-fé objetiva, como não poderia deixar de ser, deverá ser observado em todas as fases do negócio jurídico e norteará a sua interpretação, sendo alçada, portanto, a uma cláusula geral de conduta.

Nessa medida, para que o princípio da boa-fé objetiva alcance os fins almejados, mostra-se necessário, em alguns casos, recorrer-se ao Direito Comparado com a aplicação de institutos parcelares que permitem ao julgador suprir as lacunas do contrato e evidenciar os deveres implícitos das partes. A sua importância, inclusive, foi reconhecida na V Jornada de Direito Civil, sendo aprovado o Enunciado 412.¹⁰⁰

2.2.2. O princípio da função social do contrato

O princípio da função social do contrato é um dos norteadores do Código Civil de 2002 e, não por outro motivo, cuidou o legislador de inaugurar o título dedicado ao direito contratual prescrevendo como a primeira das regras a regular a matéria que “[a] liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Nesse sentido, é certo que a validade dos negócios e demais atos jurídicos celebrados sob a égide do Código Civil brasileiro de 1916 somente estariam aptos a produzir efeitos se não contrariassem os preceitos do novo código, assegurando a função social da propriedade e dos contratos,¹⁰¹ o que levou, inclusive, a uma discussão sobre eventual inconstitucionalidade do preceito.

⁹⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 3, p. 114

¹⁰⁰ Enunciado 412. “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como supressio, tu quoque, surrectio e venire contra factum proprium, são concreções da boa-fé objetiva”.

¹⁰¹ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

À época da promulgação do Código Civil de 2002, muito se discutiu sobre a eventual inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 2.035 no novo código, porquanto permitia que os seus efeitos retroagissem às avenças celebradas sob a égide do Código Civil de 1916.

Entretanto, prevaleceu o entendimento de que a disposição em discussão estava em consonância com a Carta Magna, uma vez que o princípio da função social do contrato estava em harmonia com aqueles que visavam a assegurar a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade sem implicar violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e coisa julgada.¹⁰²

Nessa senda, o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil não poderia ser considerado inconstitucional à medida que operava como um limitador da autonomia da vontade e assegurava que valores muito caros ao ordenamento jurídico. Dessa forma, não era admissível que um contrato que violasse valores tão caros como a dignidade da pessoa humana e a boa-fé continuassem reverberando os seus efeitos sob a égide do novo código civil.

Sobre o tema, acórdão do Superior Tribunal de Justiça de relatoria do Min. João Otávio de Noronha sintetiza com maestria a discussão, determinando que deve ser observado o disposto no artigo 2.035 do Código Civil quando a manutenção da avença, tal qual fora celebrada, significar o comprometimento do princípio da boa-fé objetiva e da função social, ambas tuteladas pela lei civil e pela Constituição:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBRE-ESTADIAS DE CONTAINERS (DEMURRAGES). NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA. INDENIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DESÍDIA DO DEVEDOR. LIMITAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. PACTA SUNT SERVANDA. 1. É descabida a alegação de negativa de entrega da plena prestação jurisdicional se a Corte de origem examinou e decidiu, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitaram a controvérsia. 2. As demurrages têm natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal, o que afasta a incidência do art. 412 do Código Civil. 3. Se o valor das demurrages atingir patamar excessivo apenas em função da desídia da parte obrigada a restituir os containers, deve ser privilegiado o princípio pacta sunt servanda, sob pena de o Poder Judiciário premiar a conduta faltosa da parte devedora. 4. Recurso especial conhecido e provido. (...) “consoante se extrai do art. 2.035 do CC, a intangibilidade do contrato compreende integralmente os planos de sua existência e validade, mas, apenas parcialmente, o plano de sua eficácia,

¹⁰² Nesse sentido, Maria Helena Diniz aponta que, “se o princípio da função social do contrato e da propriedade são limitações de ordem pública ao contrato, sempre deverão ser aplicados pelos juízes e tribunais, sem que isso seja uma aceitação da retroatividade da lei”. DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil*. In: MIRANDO, Custódio Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184 e 1.634.

podendo sua força obrigatória vir a ser mitigada. E essa mitigação terá lugar quando a obrigação assumida, diante das circunstâncias postas, mostrar-se inaceitável do ponto de vista da razoabilidade e da equidade, comprometendo a função social do contrato e a boa-fé objetiva, valores expressamente tutelados pela lei civil e pela própria CF” (STJ, REsp 1.286.209/SP, 3.^a T., rel. Min. João Otávio Noronha, j. 08.03.2016, DJe 14.03.2016).

O princípio da função social do contrato opera, portanto, como um limitador da autonomia da vontade privada, sendo esse um dos objetivos do novo código civil que condicionou o exercício da liberdade contratual à observância dos fins sociais do contrato, boa-fé objetiva e probidade.¹⁰³

Os contratos, portanto, à luz do novo Código Civil deverão ser interpretados de “acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro”.¹⁰⁴

Em consonância com o princípio da função social do contrato, dever-se-á também valorizar-se a equidade, a razoabilidade e o bom senso, afastando a possibilidade de enriquecimento sem causa, exercendo o papel de proteção à parte vulnerável da relação contratual.

A proteção a ser concedida, contudo, como já advertia Miguel Reale,¹⁰⁵ não tem como objetivo a proteção excessiva do mercado, mas sim dos interesses da pessoa humana à medida que é o conteúdo negocial – a liberdade contratual – que está limitado pelo princípio da função social do contrato e não a liberdade em contratar.

Sobre a diferença entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁰⁶ assinala que:

¹⁰³ Sobre o princípio da função social do contrato, Miguel Reale afirmava na Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil, datado de 16 de janeiro de 1975, que o referido princípio tinha como objetivo “tornar explícito como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica”. REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71.

¹⁰⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 3, p. 77.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71.

¹⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 18 mar. 2021.

[A] função social do contrato é um limite para a liberdade contratual, e efetivamente é. Não um limite à liberdade de contratar, como consideramos antes (...) a liberdade de contratar será exercida em razão da função social. Ora. Nem se trata de liberdade de contratar, nem deverá ser exercida em razão da função social do contrato. Na verdade, trata-se de liberdade contratual, aquela pertinente à limitação do conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, e não de liberdade de contratar, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, ilimitada.

Isso significa que, uma vez que o conteúdo do negócio jurídico viole as normas de ordem pública, o princípio da função social deverá ser aplicado, anulando-se o negócio antes celebrado, e eventualmente preservando sua eficácia,¹⁰⁷ considerando que o referido princípio busca a proteção do interesse do contratante em situação de maior vulnerabilidade.

A eficácia interna do princípio da função social do contrato, considerando a função de proteger a parte contratante, pode ser percebida:

a) pela mitigação da força obrigatória do contrato; b) pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes; c) pela vedação da onerosidade excessiva; d) pela tendência de conservação contratual, mantendo a autonomia privada; e) pela proteção de direitos individuais relativos à dignidade humana; f) pela nulidade de cláusulas contratuais abusivas por violadoras da função social; e g) pela tese da frustração do fim da causa.¹⁰⁸

A eficácia externa, por sua vez, está atrelada à possibilidade de os contratos gerarem efeitos na esfera de direitos de terceiros e à proteção conferida aos direitos metaindividuais. Diz respeito também a situações em que a conduta adotada por um terceiro possa repercutir dentro da relação contratual à qual ele não pertence. É preciso que os efeitos causados estejam em consonância com o princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

2.2.3. O princípio do equilíbrio econômico do contrato

O princípio do equilíbrio contratual, por vezes, é relacionado a noções de caráter geral como justiça contratual ou justiça material e outras noções de caráter genérico que, ao final, estão atreladas ao próprio conceito de equilíbrio, equivalência e a proteção do contratante em situação de vulnerabilidade.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Nesse sentido, leia-se o Enunciado 22 aprovado na I Jornada de Direito Civil: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas e o Enunciado 360 aprovado no IV Jornada de Direito Civil: “o princípio da função social dos contratos também tem eficácia interna entre as partes contratantes”

¹⁰⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 3, p. 87.

¹⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 56.

O princípio do equilíbrio contratual, na tentativa de encontrar-se a melhor definição, já foi vinculado a outros princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Entretanto, ainda que sejam muitas as definições dadas pela doutrina brasileira ao princípio do equilíbrio contratual, é certo que todas possuem um ponto em comum, qual seja: a preocupação em concretizar, de algum modo, nas relações contratuais os valores constitucionais, em especial a igualdade substancial e a solidariedade social.

Com efeito, ainda que um contrato apresente desproporção entre as obrigações avençadas, é possível que, por motivos de foro íntimo, o contratante desejou assumir riscos maiores e, ao final, deslumbra benefício que pode não ser notado ou valorizado pelo julgador.

É preciso, pois, ter em mente que o princípio do equilíbrio econômico do contrato não autoriza a incursão aleatória sobre o seu objeto e as prestações avençadas entre as partes, não se tratando de um mecanismo de redistribuição de riquezas que permita ao intérprete reordenar, de acordo com sua própria concepção de justiça, as transferências patrimoniais que integram o contrato.¹¹⁰

O princípio do equilíbrio econômico do contrato não se trata também de reequilibrar posições subjetivas dos contratantes, porque isso permitiria a análise discricionária para majorar ou minorar os riscos que, pressupõe-se, foram analisados pela parte contratante e que, como exposto anteriormente, pode incluir questões de foro íntimo que não seria dado ao intérprete analisar.

O princípio do equilíbrio do contrato é, na realidade, uma garantia das contrapartes de que a tutela dos contratos restará permanentemente condicionada à verificação de que seu objeto se afigura em equilíbrio.

O princípio em estudo não será analisado somente no momento da celebração do contrato, sendo necessário que, constantemente, a sua observância seja verificada, uma vez que, no curso da relação contratual, é possível que fatores não previstos pelas partes possam ocorrer e alterar substancialmente o que fora avençado inicialmente ou ainda a capacidade da parte em cumprir o quanto fora pactuado.

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

Interessa destacar que o intérprete não apenas analisará as prestações avençadas entre as contrapartes,

mas todo o complexo conjunto de direitos, faculdades, obrigações, ônus e outras situações jurídicas derivadas do contrato – direitos e obrigações em sentido lato –, com vistas a identificar o seu reflexo concreto sobre os contratantes. O que ao princípio em tela interessa não são as situações jurídicas em si, mas as suas consequências econômicas, ou seja, os sacrifícios econômicos suportados e os benefícios econômicos auferidos pelas partes em virtude dos direitos e obrigações, sempre *lato sensu*, que compõem o contrato.¹¹¹

O princípio do equilíbrio econômico do contrato cuidará de garantir a equivalência das prestações tanto verticalmente quanto horizontalmente.

O equilíbrio vertical trata-se da garantia de que um contratante não sofra sacrifício desproporcional ao benefício que será auferido por ele, sendo classificado como vertical porque é fruto da comparação entre as dimensões econômicas dos direitos e obrigações recíprocas que compõem o objeto do contrato.¹¹²

O equilíbrio horizontal, por sua vez, também garantirá que o contratante não sofra sacrifício econômico desproporcional ao benefício econômico auferido, mas a sua aplicação partirá da análise do agravamento econômico imposto a uma das contrapartes no transcorrer do tempo e que tenha alterado o equilíbrio existente quando da celebração da avença.¹¹³

É importante destacar que o princípio do equilíbrio econômico deverá ser observado durante toda a relação contratual, sendo possível que o contrato nasça em desequilíbrio – desequilíbrio originário – como também que, no transcorrer da relação, a equivalência antes existente seja quebrada contra a vontade das partes, devendo incidir o princípio do equilíbrio econômico do contrato, a fim de garantir a conservação do negócio jurídico e a observância aos demais princípios que regem a moderna teoria contratual.

¹¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 54.

¹¹² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 70.

¹¹³ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 70.

2.3. Os princípios norteadores da teoria contratual no Código de Defesa do Consumidor

O Código Civil brasileiro foi promulgado em 1º de janeiro de 1916 e, desde então, vivia à luz dos princípios oitocentistas, os quais preconizavam, como visto acima, ideais que valorizavam a liberdade individual e sobretudo a autonomia da vontade.

As transformações vivenciadas pela sociedade no transcorrer do século XX modificaram os ideais até então em voga, almejando-se a adoção de princípios e conceitos que melhor se amoldassem ao mundo atual, o qual clamava por maior equilíbrio nas relações, já que nem sempre a observância irrestrita do princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais produzia resultados justos (ou mesmo desejados) pelas partes contratantes.

Nessa medida, não é possível desprezar o momento histórico em que o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado, porquanto ele influenciou sobremaneira em sua promulgação e na adoção de princípios que buscavam a promoção da justiça distributiva.

Como aponta Luiz Antonio Rizzatto Nunes, “uma lei de proteção ao consumidor pressupõe entender a sociedade a que nós pertencemos”¹¹⁴ e essa é uma sociedade que – dito de forma bastante simplória – observou, principalmente no transcorrer do século XX, um aumento populacional nas metrópoles, deixando-se a vida no campo.

O movimento de deixar a vida outrora no campo, promoveu o aumento na demanda por bens e serviços já no início do século, mas foi “a partir da Primeira Guerra Mundial houve um incremento na produção, que se solidificou e cresceu em níveis extraordinários a partir da Segunda Guerra Mundial com o surgimento da tecnologia de ponta, do fortalecimento da informática, do incremento das telecomunicações”,¹¹⁵ sendo que, a partir da segunda metade do século XX, esse movimento começou a avançar sobre todo o globo, surgindo, dessa forma, a sociedade de massa.

A sociedade se desenvolveu e um novo modelo de contrato foi implementado sem, contudo, que o nosso ordenamento jurídico tivesse normas para melhor regulamentar essas relações, haja vista que as normas dispostas no Código Civil de 1916 – pela prevalência do pensamento oitocentista – não conseguiam garantir que a melhor solução fosse conferida a todas as controvérsias.

¹¹⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 42.

¹¹⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 41.

Não por outro motivo, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor que, dentre todos os princípios e normas regentes, dispensou especial tratamento aos contratos de consumo e principalmente aos contratos de adesão, sendo o primeiro estatuto normativo brasileiro a dedicar-se ao tema.¹¹⁶

Os princípios regentes da teoria contratual não mais podiam ser aplicados de forma integral aos contratos de consumo, haja vista os equívocos cometidos e a incapacidade de abarcar todas as peculiaridades da relação, sendo preciso eleger novos princípios que não somente norteariam a interpretação dos contratos consumeristas como também promoveriam o reequilíbrio contratual.

Nesse sentido, dentre todos os princípios que regem que o Direito do Consumidor, os mais importantes em matéria contratual são: o princípio da conservação e o princípio da boa-fé.

2.3.1. O princípio da conservação

O princípio da conservação garante ao consumidor que, em caso de desequilíbrio ou de cláusulas que estabeleçam obrigações desproporcionais, essas poderão ser revistas para que o negócio jurídico celebrado seja mantido.

O legislador previu no inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor que o consumidor terá direito à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, buscando, dessa forma, a conservação do negócio jurídico, haja vista que é previsto expressamente no §2º do artigo 51 que a “nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando da sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Isso significa dizer que deverão os aplicadores do Direito empreender os melhores esforços para, ocorrendo uma situação de desequilíbrio contratual, buscar por meio da revisão

¹¹⁶ Conforme aponta Luiz Antônio Rizzatto Nunes o tratamento conferido pelo Código de Defesa do Consumidor aos contratos de adesão trouxe muita margem à discussão, porquanto durante todo o século XX ainda havia uma resistência em interpretar os contratos de consumo com base tão somente nos princípios consumeristas, deixando-se de lado, por exemplo, o *pacta sunt servanda*. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 42-43.

e até mesmo anulação de cláusulas contratuais a integração dos anseios de cada uma das partes com o fim de manter-se a avença.¹¹⁷

É importante destacar que, quando se fala em revisão das cláusulas contratuais, não se está aplicando a cláusula *rebus sic stantibus* que foi abordada anteriormente, mas sim a revisão pura.

Nos contratos paritários, na ocorrência de um fato imprevisível que torne excessivamente oneroso o cumprimento do contrato, permite-se a revisão de suas disposições considerando o *status* das partes no momento da formação do contrato, sendo certo que a revisão somente será possível para fatos que as partes não pudessem prever a ocorrência no momento da celebração da avença.

Retoma-se, portanto, o passado das partes para, na situação presente, entender pelo cabimento ou não das cláusulas contratuais frente à ocorrência de fatos não previstos e que tornaram excessivamente oneroso o cumprimento da avença.

Quando estamos diante do direito consumerista, o *status* das partes no momento da celebração da avença deixa de ter importância, bastando que – no momento presente – haja um desequilíbrio e este torne o cumprimento do contrato excessivamente oneroso.

Nesse sentido, consoante leciona Rizzatto Nunes, esse princípio seria fundamental para garantir os fins pretendidos pela norma consumerista, porquanto o princípio da conservação “tem por base as características da relação de consumo, fruto da proposta do fornecedor, que assume integralmente o risco de seu negócio e que detém o conhecimento técnico para implementá-lo e oferecê-lo no mercado”.¹¹⁸

2.3.2. O princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé foi abordado anteriormente como um dos princípios basilares do sistema protetivo do consumidor e, nesse momento, nos dedicaremos a analisá-lo sob o prisma contratual e, em particular, da sua aplicação aos contratos de consumo.

¹¹⁷ Nesse sentido, leciona Luiz Antônio Rizzatto Nunes: “O princípio do inciso V do art. 6º volta como norma de declaração de nulidade da cláusula desproporcional no art. 51 (inciso IV e § 1º), mas a nulidade não significa que o contrato será extinto. Como o inciso V garante a modificação, pelo princípio da conservação do contrato, o magistrado que reconhecer a nulidade deve fazer a integração das demais cláusulas e do sentido estabelecido no contrato, em função de seu objeto, no esforço de mantê-lo em vigor. Como dissemos, o princípio da conservação, que é implícito no princípio do inciso V do art. 6º, está explicitado no § 2º do art. 51”. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 680.

¹¹⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 191.

Com efeito, não é exagero afirmar que o princípio da boa-fé objetiva é de suma importância para o sistema protetivo do consumidor, restando positivado em nosso ordenamento jurídico em suas três esferas, quais sejam: (i) a boa-fé objetiva como cânone-interpretativo; (ii) a boa-fé objetiva como norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos e, por fim, (iii) como norma de conduta de criação de deveres anexos.¹¹⁹

No sistema normativo de proteção ao direito do consumidor, o princípio da boa-fé objetiva pode ser sintetizado como o dever de cooperação, respeito e lealdade que deverá ser observado pelas partes contratantes durante todas as fases contratuais, garantindo-se, pois, o equilíbrio negocial, nos termos do Capítulo IV dedicado à proteção contratual.¹²⁰

O equilíbrio negocial almejado com a aplicação do princípio da boa-fé não se restringe ao viés meramente econômico, sendo buscado o equilíbrio das posições negociais. Na medida em que há um presumido desequilíbrio de forças no momento da celebração das avenças, é preciso reequilibrá-las sem, contudo, buscar pela má-fé subjetiva de qualquer dos contratantes.

Isso porque é possível que nenhum dos contratantes tenha agido de má-fé e mesmo assim a relação entre as partes apresente um desequilíbrio que, dentre os padrões de conduta a serem observados, implique a violação ao princípio da boa-fé objetiva.

O padrão de comportamento imposto pelo princípio da boa-fé objetiva busca garantir que, da análise global do contrato, atinja-se o equilíbrio real da relação, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes.

O princípio da boa-fé objetiva assumirá, portanto, múltiplas facetas, sendo correto afirmar que, no Direito do Consumidor, pelas peculiaridades da matéria, a boa-fé não se limita a determinar um padrão de conduta e nem mesmo poderá ser transposta a outras relações

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 427-428.

¹²⁰ Nesse sentido, pode-se citar o disposto prescrito nos artigos 46 a 48 e no inciso IV do artigo 51, todos do Código de Defesa do Consumidor, os quais dispõem que: art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance; art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor; art. 48. 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; e art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

jurídicas, porquanto os fins almejados com a aplicação do referido princípio divergem daqueles pretendidos em outras áreas do Direito.

Não por outro motivo, Judith Martins-Costa afirma que os direitos do consumidor abrigam normas inderrogáveis destinadas a sancionar situações que, mesmo na inexistência de violação ao princípio em estudo, não são validamente admitidas, imprimindo à boa-fé uma feição muito particular.¹²¹

A particularidade impressa ao princípio em análise decorre de duas ideias-força¹²² que o distinguem da interpretação a ele conferida em outras áreas do Direito, quais sejam o equilíbrio e a transparência.

O princípio da boa-fé objetiva, quando associado à ideia-força de equilíbrio, possibilitará tanto a revisão quanto a invalidação do conteúdo contratual quando constatar-se eventual abusividade em desfavor do consumidor e, conseqüentemente, um desequilíbrio na relação havida entre as partes.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor traz um rol de cláusulas que podem ser consideradas abusivas e que deverão ser declaradas nulas de pleno direito.

No entanto, o rol não é taxativo e, embora sejam amplas as possibilidades de revisar ou invalidar uma cláusula contratual em desfavor do consumidor, elas não são ilimitadas,¹²³ devendo estar sinalizadas pelo conjunto de regras e princípios do sistema, sob pena de onerar-se excessivamente a contraparte.

Como ponderado pela jurista Judith Martins-Costa, não se pode esquecer que a *ratio* do contrato é um fim econômico de obtenção de lucros e não de promover atividades beneficentes,

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 323-324.

¹²² Expressão cunhada em: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 324.

¹²³ Nesse sentido assevera Judith Martins-Costa: “Porém, embora amplas, não constituem possibilidades ilimitadas. A abusividade há de estar configurada como tal nos quadros sinalizados pelo conjunto de regras e princípios do sistema. Não há e nem poderia haver – por ser desconforme com a própria noção de «Ordenamento jurídico» – uma abusividade como resultante de um sentimento de injustiça. Toda abusividade é relativa a elementos (princípios e regras) do próprio sistema jurídico. O juiz deve motivar a decisão com base na prova produzida e nas hipóteses do art. 51 do CDC, cujo parágrafo primeiro indica, aliás, presunções de abusividade em razão da «vantagem exagerada» conferida ao fornecedor. Há de ater-se, igualmente, à *ratio* da operação econômica subjacente, isso significando dizer que, embora os esforços de integração, se essa *ratio* restar prejudicada, ocasionando ônus excessivo a qualquer das partes, outra solução não resta senão invalidar o contrato, e não apenas a cláusula abusiva”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 325.

sendo preciso sempre analisar o contrato como um todo para que ele não perca a sua *ratio*, qual seja a econômica.¹²⁴

O princípio da boa-fé econômica enquanto ideia-força de equilíbrio deverá possibilitar a revisão e invalidação de cláusulas sem, contudo, esquecer do propósito final do contrato.

Um dos elementos para garantir o equilíbrio das relações e evitar a revisão das avenças celebradas entre as partes é a aplicação do princípio da boa-fé objetiva associada à ideia-força de transparência.

A transparência das informações que são transmitidas aos consumidores diminui a possibilidade de haver vício de consentimento, porque aqueles tomarão decisões de forma consciente e ponderada.

Não se ignora, ademais, que os obstáculos causados pela falta de clareza das informações não se restringem somente às relações de consumo. No entanto, somente no sistema protetivo consumerista a transparência das informações decorre de um dever legal, sendo considerado como o mais básico dos direitos.¹²⁵

A falta de clareza com relação aos elementos que permeiam a avença será dissipada pela informação adequada e que não apenas informará o consumidor, como também terá outras funções, dentre elas, a de vincular ao contrato, esclarecer contra riscos e/ou indenizar em caso de propaganda enganosa.

A análise quanto à eventual violação ao dever legal de informar não será realizado considerando-se apenas o indivíduo em particular, sob pena de cometer injustiças, sendo recomendável combinar dois raciocínios: o raciocínio *in concreto* que analisará os elementos do caso específico e o raciocínio *in abstracto* que tomará como base o padrão esperado para aquele seguimento de consumidores.¹²⁶

A combinação desses dois raciocínios diminuiria a possibilidade de serem cometidas eventuais injustiças ao fornecedor à medida que o fato de um indivíduo em particular não ter compreendido corretamente a oferta não significará, desde que a informação tenha sido

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 531.

¹²⁵ STJ, REsp 586316/MG, 2.^a T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.04.2007, DJe 09.03.2009.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 327-328.

transmitida de forma clara, que a oferta poderia induzir o consumidor a erro ou que tenha havido a intenção de prejudicar o consumidor.

O não entendimento de uma oferta ou de uma cláusula contratual por um indivíduo particularmente considerado não será suficiente para invalidar-se o todo, sendo premente que na aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos contratos consumeristas se considere não somente os elementos do caso em concreto, mas sim a intenção e a forma com que o fornecedor se dirigiu aos consumidores daquele seguimento.

O princípio da boa-fé objetiva, quando aplicado à teoria contratual, deverá auxiliar no reestabelecimento do equilíbrio das posições negociais entre as partes e possibilitar a revisão ou invalidade de cláusulas que, a partir de uma análise do todo, se mostrem abusivas, sendo vedado aplicar-se indistintamente o referido princípio, sob pena de esvaziar o seu conteúdo e de cometer injustiças perante o fornecedor.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO

O contrato, como demonstrado, é uma das figuras jurídicas mais presentes na vida de todo e qualquer cidadão e, com o alavancar das relações de consumo, faz-se premente debruçar-se sobre os principais contratos consumeristas e analisar as suas particularidades à luz dos princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

3.1. A nova realidade contratual aplicada às relações de consumo

Na concepção tradicional de contrato, como assevera Cláudia Lima Marques,¹²⁷ a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade, o qual se denomina contrato paritário.

Enzo Roppo leciona que, com base na ideia da liberdade de contratar, “a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados”,¹²⁸ o que significaria que os contraentes, na sua soberania individual de juízo e escolha, deveriam decidir pela celebração ou não de eventual avença e, juntamente à contraparte, determinar com plena autonomia as cláusulas que irão reger o pacto.

Os contratos paritários, contudo, são cada vez mais raros em grandes empresas, haja vista que o desenvolvimento das relações comerciais com o seu sistema de produção e distribuição em grande quantidade promoveu a despersonalização do comércio jurídico.

Isso significa dizer que, pelo maior volume e velocidade das transações comerciais, os contratos paritários cederam lugar aos métodos de contratação em massa, os quais predominam em quase todas as relações comerciais entre empresas e consumidores. Dentre eles, pode-se destacar os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos, os contratos a distância no comércio eletrônico e os contratos cativos de longa duração.

Os métodos de contratação em massa ou estandardizados permitem tanto a empresas como ao Estado promover um sem-número de contratos preservando a homogeneidade de seu

¹²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 72.

¹²⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32.

conteúdo e, assim, garantindo que os contratantes de um mesmo produto ou serviço sejam tratados de forma isonômica.

Sobre a importância dos métodos de contratação em massa, Enzo Roppo afirma que em uma sociedade caracterizada pela produção, distribuição e consumo em massa, a padronização dos contratos tornou-se imprescindível, pois garante a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações.¹²⁹

O autor destaca, contudo, que o fenômeno da padronização dos contratos demanda o emprego de condições gerais, módulos e formulários predispostos antecipadamente por uma parte para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes e que, pela sua natureza, podem promover o “abuso de poder econômico que a parte “forte” (predisponente) exerce em prejuízo das partes “débeis”, a si contrapostas no mercado (“aderentes”)”.¹³⁰

No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques compara essa predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados, o qual, nas palavras da autora, é um

poder que, legitimado pela economia e reconhecido no direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da *lex privada* e os que a ele se submetem, podendo apenas aderir à vontade manifestada pelo outro contratante.¹³¹

Entretanto, apesar do desequilíbrio causado entre aqueles que detêm o poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados e os que a ele se submetem, é inegável que esse fenômeno de predisposição de cláusulas e condições gerais dos contratos é inerente à sociedade industrializada moderna.

O dinamismo das relações comerciais demanda também maior dinamismo contratual, sendo certo que, nas relações em massa, nem sempre os contratos serão celebrados por escrito ou a declaração de vontade será manifestada oralmente. Com o desenvolvimento do comércio eletrônico, muitos contratos são celebrados com o silêncio ou mediante condutas sociais típicas, sendo substituída a aceitação antes oral ou escrita por imagens, números, cartões, senhas, toques e *clicks*.

¹²⁹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 298.

¹³⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 302-303.

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 73.

O desenvolvimento do comércio eletrônico acarretou, no entendimento de Cláudia Lima Marques, a desumanização e a desmaterialização dos contratos, os quais passaram a caracterizar-se pela autossuficiência e despersonalização.¹³² Autossuficiência, pois o conteúdo contratual é definido de forma unilateral e prévia pelo fornecedor. Despersonalização, pois muitas das vezes o fornecedor sequer é conhecido, sendo representado única e tão somente por uma marca ou símbolo.

Sobre esse fenômeno, Enzo Roppo afirma que, nas mais variadas relações contratuais, a vontade das partes desempenharia um papel não mais decisivo e ficaria à sombra de uma declaração válida de vontade. A razão para tanto é que prevaleceria a declaração de vontade manifestada por meio de comportamentos sociais valorados de modo típico por aquilo que eles exprimem socialmente, abstraindo-se as atitudes psíquicas dos seus autores.¹³³

O autor exemplifica o fenômeno por meio do que ele chamava de exemplo mais eloquente do automatismo contratual, qual seja a máquina distribuidora de pequenos bens de consumo. Isso porque a oferta ao público seria constituída pela presença de uma máquina e a aceitação da oferta¹³⁴, se confirmaria com a mera inserção de uma moeda. Nos tempos atuais, algo semelhante é realizado mediante simples *clicks*.

A sociedade de consumo impôs a adoção de novas formas de contratar, as quais devem se adequar à velocidade das relações comerciais, bem como à crescente desmaterialização e despersonalização dos contratos.

O contrato, nas palavras de Enzo Roppo, assumiu nova função, transformando-se em “instrumento objetivo e impessoal, para adequar-se à objectividade e impessoalidade do moderno sistema de relações económicas”,¹³⁵ sobre os quais nos dedicaremos a estudar brevemente, para, ao final, nos debruçarmos sobre os contratos cativos de longa duração, ponto fulcral do presente estudo.

¹³² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 75.

¹³³ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 302.

¹³⁴ A aceitação da forma consistiria na aprovação pelo consumidor da proposta, no caso, um produto específico, como uma lata de refrigerante, por determinado valor.

¹³⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 309.

3.1.1. Os contratos de adesão

O contrato de adesão, nas palavras de Enzo Roppo, consiste num mecanismo para quem, pela sua posição e pelas atividades econômicas desenvolvidas, precisaria estabelecer uma série indefinida de relações negociais homogêneas no seu conteúdo com uma série, igualmente indefinida, de contrapartes. Tal se operacionalizaria por meio de um complexo de cláusulas aplicadas indistintamente a todas as séries de relações.¹³⁶

Dessa forma, as partes contratantes que desejassem adquirir os bens ou serviços oferecidos pelo proponente não poderiam discutir ou negociar singularmente os termos e condições de cada operação, limitando-se a aceitar em bloco as cláusulas unilateral e uniformemente predispostas pela contraparte, cabendo-lhe tão somente aderir ao proposto.¹³⁷

Os contratos de adesão têm como principais características a sua pré-elaboração pelo proponente, cujas cláusulas e ofertas serão apresentadas de maneira uniforme e de caráter geral para um número indeterminado de futuras relações contratuais. Uma vez que cabe à contraparte tão somente optar por aderir à vontade manifestada pelo proponente ou recusá-la, os doutrinadores anglo-americanos denominam os contratos de adesão como sendo *take it or leave it basis*.¹³⁸

Nesse sentido, anota Orlando Gomes¹³⁹ que um dos traços distintivos do contrato de adesão – imposição da vontade de um contratante sobre outro – importaria na deformação da estrutura do contrato à medida que o consentimento se manifestaria pela mera adesão a um conteúdo pré-determinado.

Importa destacar, contudo, que os contratos de adesão – apesar da discussão com relação acerca da imposição de cláusulas de uma parte a outra – é instrumento de inegável importância para as sociedades modernas.

Tais contratos – conforme expressão utilizada por Orlando Gomes¹⁴⁰ – são moeda corrente na vida moderna e estão presentes para regular os mais diversos tipos de contratação

¹³⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 311-312.

¹³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1095

¹³⁸ FURMSTON, Michael P. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. 14. ed. Oxford: Oxford University, 2005, p. 21.

¹³⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 104.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 106.

de produtos e serviços,¹⁴¹ sendo que, por vezes, decorre da natureza do serviço que o proponente não pode negar-se a contratar.

Com efeito, alguns serviços – por exemplo, o fornecimento de água – são de contratação compulsória, por serem essenciais e prestados sob monopólio, sendo concedido ao proponente estabelecer as condições contratuais.

Nessa esteira, considerando que não é possível deixar de contratar serviços essenciais, bem como que os contratos de adesão estão presentes na grande maioria dos acordos celebrados ordinariamente entre fornecedores e consumidores, resta a dúvida de como garantir a todos um tratamento isonômico.

Em outras palavras, é preciso assegurar que todos aqueles que contrataram um determinado produto ou serviços o façam sobre as mesmas condições para evitar que um consumidor tenha um benefício maior do que outro e, ao final, imponha aos demais aderentes os ônus dessa disparidade de tratamento.¹⁴²

Como forma de trazer maior segurança jurídica às partes contratantes, os contratos de adesão nem sempre terão as cláusulas pré-estabelecidas tão somente pelos proponentes, haja vista que há contratos cujo conteúdo é ditado por uma lei ou regulamento.

No Brasil, dentre os contratos citados, é possível citar aqueles oferecidos por administradoras de consórcio, que são ditados mediante portarias ministeriais, bem como os contratos de planos de saúde, em que algumas cláusulas são estabelecidas pela Lei 9.656/1998.

Não por outra razão, o Código de Defesa do Consumidor define em seu artigo 54 que os contratos de adesão não são somente aqueles cujas cláusulas são pré-estabelecidas por um dos proponentes como também aqueles cujo conteúdo é pré-definido pelas autoridades competentes, *in verbis*:

¹⁴¹ São exemplos dos produtos e serviços contratados ordinariamente por meio de contratos de adesão: o contrato de seguro, o de transporte, os de fornecimento de luz, força, gás e água, prestação dos serviços de telefones e telégrafos, determinados contratos bancários, contratos de direito marítimo e venda de certas mercadorias.

¹⁴² Apenas a título de exemplo, todos os meses são julgados centenas de controvérsias envolvendo a discussão das cláusulas inseridas em contratos de adesão. Nesse sentido, ao promover pesquisa perante o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que no ano de 2020 foram julgados 4.315 (quatro mil trezentos e quinze) processos envolvendo a matéria pelas Câmaras de Direito Privado. No mesmo período, os Colégios Recursais promoveram o julgamento de outros 125 (cento e vinte e cinco) processos envolvendo a discussão das cláusulas contratuais presentes em contratos de adesão. Para alcançar os resultados apresentados, utilizou-se como critério de busca as expressões “contratos de adesão” e “revisão” e “cláusulas”, limitando os julgamentos entre 01.01.2020 até 31.12.2020.

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

Ainda como forma de trazer maior segurança às relações, o contrato de adesão tem por características: (i) a uniformidade, (ii) a predeterminação; e (iii) a rigidez, que podem ser classificadas como a tríade de elementos que garantem a isonomia das relações.

Os elementos em cotejo garantem que os consumidores sejam tratados de forma isonômica. Considerando que o intento do predisponente é obter um número indeterminado de aderentes, é preciso que todos estejam submetidos às mesmas condições, sendo a uniformidade uma exigência para atingir-se a racionalização da atividade econômica.

Não por outra razão, as condições contratuais são trazidas em cláusulas predeterminadas que não poderão ser livremente alteradas, sob pena de o contrato de adesão perder um dos seus traços distintivos que é rigidez. Como assevera Orlando Gomes, as cláusulas dos contratos de adesão são rígidas porque devem ser uniformes e não seria possível flexibilidade, porque desfiguraria a espécie.¹⁴³

O legislador, contudo, não deixou de prever remédios para eventuais abusos. A propósito, deve-se destacar que o fato de o consumidor aderir a um conjunto de condições predeterminadas não pode ser considerado – por si só – como a inserção deste em uma relação abusiva ou retirar do contrato de adesão o seu caráter contratual.

Como pondera Cláudia Lima Marques, apesar de não haver igualdade de forças entre os contratantes, não pode ser negado o seu caráter contratual, haja vista que a manutenção do vínculo, na maioria das vezes, é benéfica à contraparte que aceitou o conteúdo contratual pré-estabelecido.¹⁴⁴

A manifestação da contraparte ao que fora ofertado pelo proponente é de suma importância para formação do vínculo contratual, porquanto sem a adesão ao contrato esse não deixaria de apenas um “pedaço de papel”.

O consumidor deverá, portanto, declarar expressamente sua vontade de aderir a determinada oferta que, por se revestir em um bloco de cláusulas pré-estabelecidas, deve ser

¹⁴³ GOMES, Orlando *Contratos*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 113.

¹⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 82.

apresentada ao consumidor pelo fornecedor de maneira clara e, precipuamente, na forma escrita.

O fornecedor deverá apresentar por escrito o bloco de cláusulas pré-estabelecidas para que o consumidor tenha a oportunidade de, querendo, se debruçar sobre elas. Caso não deseje ler os termos do contrato em sua integralidade – o que acontece com bastante frequência –, ao menos terá tido a oportunidade de fazê-lo. Por essa razão, o contrato de adesão deverá observar a forma escrita e o consentimento – declaração de vontade – do consumidor também deverá seguir a forma escrita.

É preciso, pois, que o consumidor tenha a oportunidade de analisar as cláusulas constantes no contrato de adesão para evitar tanto quanto possível dúvidas sobre as disposições que o regem.

Nos contratos de adesão, a regra geral prescreve que, nos casos de cláusulas dúbias, dever-se-á interpretá-las em favor do aderente, prevalecendo, portanto, a interpretação *contra proferentem*.¹⁴⁵

A regra geral de interpretação das cláusulas dúbias em contratos de adesão foi positivada no Código Civil, o qual dispõe que, “[q]uando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente”.¹⁴⁶

Tal regra geral de interpretação dos contratos de adesão foi estendida aos contratos paritários por intermédio da Medida Provisória nº 881/2019, restando prescrito no parágrafo único do artigo 423 que, “[n]os contratos não atingidos pelo disposto no *caput*, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida”.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, concede ao consumidor um espectro mais abrangente de proteção contra cláusulas dúbias, tanto assim que prescreve desde sua

¹⁴⁵ Nesse sentido, conforme leciona Orlando Gomes: “A questão da natureza jurídica do contrato de adesão tem importância prática para sua interpretação. Indaga-se, com efeito, se deve ser interpretado como a lei, ou como o contrato. Tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou.” GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120.

¹⁴⁶ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

promulgação em 11 de setembro de 1990, em seu artigo 47, que as cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor.

A interpretação mais benéfica ao consumidor ainda é concedida nos casos em que o consumidor pode, apesar de se tratar de contrato de adesão, discutir algum de seus termos. Com efeito, o parágrafo 1º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que “a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato”, promovendo-se, conseqüentemente, a aplicação da regra geral, a qual garante a interpretação mais favorável ao consumidor em caso de dúvida.

Importante destacar que o fato de as cláusulas terem sido predeterminadas não autoriza que a intervenção judicial na sua aplicação seja livre, sob pena de a insegurança tornar-se a marca preponderante dos contratos de adesão.

O poder do juiz – poder moderador – deverá ser utilizado com parcimônia, devendo-se apreciar os contratos à luz do princípio da boa-fé – um dos pilares do sistema protetivo do consumidor – coibindo-se abusos de ambas as partes contratantes.

Nesse sentido, Orlando Gomes, indo ao encontro do defendido por Judith Martins-Costa, prescreve que

a exagerada tendência para negar força obrigatória às cláusulas impressas é, de todo em todo, condenável, até porque não deve o juiz esquecer que certas cláusulas rigorosas são necessárias à consecução dos fins perseguidos pelos contratos de adesão em série.¹⁴⁷

Judith Martins-Costa assevera que não se pode esquecer o fim econômico do contrato, sendo defesa a interpretação das cláusulas contratuais à luz de uma suposta violação ao princípio da boa-fé quando tal interpretação trazer inequívoco desequilíbrio ao contrato anteriormente celebrado, em que as condições estavam prescritas de forma clara. Pela clareza dos seus argumentos, mostra-se conveniente trazer importante trecho de sua obra sobre o tema:

Não está fundamentado no que teria consistido a violação da boa-fé, nem como «crença legítima» (boa-fé subjetiva), nem como norma de conduta (boa-fé objetiva), nem como pauta hermenêutica do contrato, pois não se interpretou o contrato, mas a lei, que pautava a justa solução. Quanto a uma suposta função solidarista que seria derivada da boa-fé o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu, em outros julgados, não se poder desconsiderar o «papel primário e natural» do contrato, «que é o econômico». Este não pode ser este ignorado, «a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente», pois ao contrato não incumbe função «de assistência social». Conseqüentemente, «[p]or mais que o

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120.

indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador». Também não se pode falar em «legítima expectativa» se o contrato consignava com todas as letras a existência de período de carência: que expectativa «legítima» se poderia ter, senão a que o pactuado fosse observado? Por igual, há sérias dúvidas em qualificar-se os ajustes dessa natureza como «aleatórios», pois o fornecedor de seguro promete desde logo a garantia.¹⁴⁸

Isso significa dizer que o poder do juiz deverá ser exercido com parcimônia, porquanto, na elaboração das cláusulas da avença, os riscos do negócio foram calculados pelo fornecedor que os distribuiu pelo contrato, almejando não somente a obtenção de lucro, mas também tornar a obrigação exequível.

Não pode o julgador –no afã de atender ao pleito de consumidor – imiscuir-se nas cláusulas contratadas sem que essas mostrem-se abusivas e coloquem o consumidor em extrema desvantagem. Deve-se, pois, respeitar o conteúdo contratual que foi livremente aceito pelo consumidor.

A ocorrência de fatos supervenientes, que coloquem o consumidor em eventual desvantagem, não são suficientes para promover a revisão do contrato celebrado, se o seu objeto e limites da contratação estavam delineados de forma clara e era possível ao consumidor conhecê-los.¹⁴⁹

O mesmo entendimento é válido para os casos em que, apesar de não haver previsão contratual expressa, a aplicação das normas atinentes à matéria for capaz de pôr fim a

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 531.

¹⁴⁹ STJ, REsp 1.002.445/SP, 4.ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 25.08.2015, DJe 14.12.2015 (“RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. I - RECURSO DO BANCO PROMOVIDO: CONTRATO BANCÁRIO. LEASING. INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM CASO DE COBRANÇA EXTRAJUDICIAL. ÔNUS DECORRENTE DA MORA. RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR. LEGALIDADE (CC/2002, ARTS. 389, 395 E 404). CONTRATO DE ADESÃO (CDC, ART. 51, XII). EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RECURSO PROVIDO. II – RECURSO DO PROMOVENTE: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PREJUDICADO. 1. Inexiste abuso na exigência, pelo credor, de honorários advocatícios extrajudiciais a serem suportados pelo devedor em mora em caso de cobrança extrajudicial, pois, além de não causar prejuízo indevido para o devedor em atraso, tem previsão expressa nas normas dos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002 (antes, respectivamente, nos arts. 1.056, 956 e 1.061 do CC/1916). 2. Nas relações de consumo, havendo expressa previsão contratual, ainda que em contrato de adesão, não se tem por abusiva a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais em caso de mora ou inadimplemento do consumidor. Igual direito é assegurado ao consumidor, em decorrência de imposição legal, nos termos do art. 51, XII, do CDC, independentemente de previsão contratual. 3. Recurso especial da instituição financeira provido, prejudicado o recurso do Ministério Público”).

controvérsia sem que isso implique a inclusão de cláusulas genéricas contra o fornecedor, em flagrante violação aos princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade das partes:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS ATESTADA PELA ORIGEM. IMPOSIÇÃO DE MULTA MORATÓRIA EM CONTRATOS DE ADESÃO. ENTREGA DE PRODUTOS E RESTITUIÇÃO DE VALORES PELO EXERCÍCIO DO ARREPENDIMENTO. LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL. 1. Ação ajuizada em 14/4/10. Recurso especial interposto em 23/10/14. Autos atribuídos ao gabinete em 25/8/16. Julgamento: CPC/73. 2. Ação civil pública em que se pretende impor obrigação à recorrente de incluir, em seus contratos de consumo, multa de 2% sobre o valor da venda, caso seja descumprido prazo de entrega, bem como na hipótese de não devolução imediata do preço pelo exercício do direito de arrependimento. 3. O propósito recursal consiste em definir: i) a configuração de cerceamento de defesa; ii) a imposição judicial de multa moratória contra o fornecedor em contrato de adesão de venda de produtos nas relações do comércio varejista. 4. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, quando as instâncias ordinárias reputarem suficientemente instruído o processo, declarando ser desnecessária a produção de outras provas diante daquelas já existentes nos autos. 5. A imposição de multa moratória para a hipótese de atraso no pagamento da compra é revertida, sobretudo, em favor da instituição financeira que dá suporte à compra dos produtos adquiridos a prazo pelo consumidor. Sob este ângulo, sequer há reciprocidade negocial a justificar a intervenção judicial de maneira genérica nos contratos padronizados da recorrente. 6. O vendedor do produto está obrigado a prestar seu serviço no tempo, lugar e forma contratados, e acaso incorra em mora deverá responder pelos respectivos prejuízos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado (arts. 394, 395, do CC). 7. É indevida a intervenção estatal para fazer constar cláusula penal genérica contra o fornecedor de produto em contrato padrão de consumo, pois além de violar os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, a própria legislação já prevê mecanismos de punição daquele que incorre em mora. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (STJ, REsp 1.656.182/SP, 2.^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.09.2019, DJe 14.10.2019).

Os contratos de adesão, como exposto alhures, são a moeda corrente da sociedade moderna e, conseqüentemente, pelo expressivo número de avenças que são celebradas diariamente, muitas controvérsias decorrem ao longo de sua execução. Como será apreciado mais adiante, se não for realizada com extrema parcimônia, a intervenção judicial nos contratos poderá colocar o fornecedor em extrema desvantagem.

3.1.2. As condições gerais dos contratos

O contrato, como já consignado anteriormente, pode ser caracterizado como um acordo de vontades celebrado entre as partes, resultando em obrigações e direitos. As obrigações e direitos contraídas por cada uma das partes contratantes pode ser livremente pactuada, bem

como as suas cláusulas podem ser preestabelecidas unilateralmente por uma das partes sem que o outro parceiro possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato.

A esse conjunto de cláusulas preestabelecendo as obrigações e direitos que caberão a cada uma das partes contratantes, a doutrina dá o nome de cláusulas gerais dos contratos, sendo considerada uma técnica de pré-elaboração do conteúdo contratual.

O entendimento de que as cláusulas gerais dos contratos seriam uma espécie de técnica de pré-elaboração do conteúdo dos contratos é defendida por Cláudia Lima Marques,¹⁵⁰ para a qual as cláusulas gerais dos contratos seriam uma lista de condições elaboradas previamente para ser inserida, ou não, em múltiplos contratos.

No mesmo sentido, Federico Costa y Bravo¹⁵¹ aponta que as cláusulas gerais do contrato seriam um conjunto de regras particulares que são estabelecidas e fixadas pelos proponentes, os quais poderão ou não as inserir em um número indeterminado de contratos que futuramente serão celebrados. Dessa forma, os três elementos ínsitos aos contratos de adesão são: a uniformidade, a predeterminação e a rigidez.

Às características das cláusulas gerais dos contratos deverão somar-se, ainda, outras três características, sendo: a contratualidade, a unilateralidade e a indeterminação.

A contratualidade, como o próprio nome remete, significa que as condições gerais devem ser destinadas a incorporar-se em um contrato que será firmado futuramente.

A unilateralidade significa que as cláusulas gerais dos contratos serão elaboradas tão somente pelo proponente e, assim, não serão estabelecidas em conformidade com a vontade de todos os envolvidos na relação contratual e os aderentes tão somente poderão optar por aceitar ou não o proposto. Por sua vez, a indeterminação diz respeito ao fato de que o conteúdo contratual se dirige a um número indefinido de aderentes.

Sobre as características das cláusulas gerais dos contratos, Inocêncio Galvão Telles afirma que aquele que recebe um contrato com a presença das cláusulas gerais recebe um contrato contendo cláusulas “pré-fabricadas (...), e quem queira fechar o correspondente

¹⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 86.

¹⁵¹ BRAVO, Federico de Castro y. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Madrid: Civitas, 2016, p. 12.

contrato não pode, em princípio, discuti-las, porque se encontram fora de negociação: tem de se limitar a aderir a elas”.¹⁵²

É importante, contudo, esclarecer que as cláusulas gerais do contrato, apesar de terem características comuns aos contratos de adesão, não se confunde com essa categoria.

Com efeito, as cláusulas gerais dos contratos são juridicamente irrelevantes antes de serem incluídas em um contrato individual. A transcendência jurídica somente tem início quando o seu conteúdo passa a ser a manifestação da vontade das partes, o que se opera por meio dos contratos de adesão.¹⁵³

Insta destacar que a presença de cláusulas gerais não é imprescindível para a celebração dos contratos de adesão, porquanto é possível a existência de contratos de adesão cujas cláusulas – apesar de terem sido preestabelecidas – faltem-lhe os requisitos da generalidade e da indeterminação.¹⁵⁴

A presença de cláusulas gerais não é condição *sine qua non* para a existência de contratos de adesão, mas a inserção das cláusulas gerais em contratos de adesão, normalmente, é condição *sine qua non* para que elas venham a produzir efeitos.¹⁵⁵

O contrato de adesão é, portanto, o grande instrumento de concretização das condições gerais do contrato, as quais, antes dele, existem apenas num plano abstrato e ainda não suscetíveis de produzir efeitos jurídicos, embora apresentem relevância jurídica.

Para que as cláusulas gerais dos contratos sejam consideradas válidas, é necessário que (i) o consumidor tenha sido informado pelo fornecedor de que as condições gerais serão usadas em contrato futuro, (ii) seja oportunizado ao consumidor tomar conhecimento do conteúdo real das condições gerais do contrato antes da celebração do contrato, e (iii) as cláusulas gerais do contrato sejam tácita ou expressamente aceitas pelo consumidor.¹⁵⁶

¹⁵² TELLES, Inocêncio Galvão. Das condições gerais dos contratos e a directiva europeia sobre as cláusulas abusivas. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Coimbra, n. 2, p. 7-21, 1995, p. 7.

¹⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 108.

¹⁵⁴ MONTEIRO, Antonio Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. Disponível em: http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/contratos_adesao_clausulas_contratuais_gerais.pdf, p. 8. Acesso em 20 fev. 2021.

¹⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 89.

¹⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 91-92.

As cláusulas gerais do contrato, por suas características, são interpretadas em consonância com a regra geral, a qual dispõe que, nos casos de cláusulas dúbias, dever-se-á interpretá-las em desfavor daquele que as redigiu, prevalecendo, portanto, a interpretação *contra proferentem* e, nos casos envolvendo contratos consumeristas, aplicar-se-á o disposto no artigo 47¹⁵⁷ do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.3. Os contratos a distância no comércio eletrônico

Os contratos a distância no comércio eletrônico merecem, dentre as técnicas de contratação de massa na sociedade atual, grande destaque. Isso porque desde a popularização da internet, no transcorrer da década de 1990, a forma de contratação sofreu profundas transformações, o que culminou na celebração diária de um número indeterminado de contratos de consumo utilizando a rede mundial de computadores para a aquisição de produtos ou contratação de serviços de fornecedores que, muitas vezes, o consumidor sequer conhece.

O uso da internet foi largamente popularizado e tornou-se tão essencial no cotidiano da sociedade que, em 23 de abril de 2014, foi promulgada a Lei nº 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet, a qual estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, os quais seguem prescritos nos artigos 2.º ao 4.º¹⁵⁸ da referida norma.

A Lei nº 12.965/2014, apesar de ter promovido a regulação do uso da internet, deixou de disciplinar os contratos de consumo celebrados em ambiente virtual, os quais deverão ser regulados Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 3.º, parágrafo único.

¹⁵⁷ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

¹⁵⁸ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I – o reconhecimento da escala mundial da rede; II – os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III – a pluralidade e a diversidade; IV – a abertura e a colaboração; V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI – a finalidade social da rede. Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II – proteção da privacidade; III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV – preservação e garantia da neutralidade de rede; V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII – preservação da natureza participativa da rede; VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos; II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

As normas consumeristas deverão, portanto, ser utilizadas para regulamentação das relações de consumo celebradas dentro dessa nova modalidade – contratação a distância – a qual introduz dois novos elementos no fenômeno dos contratos de massa: o espaço e a virtualidade.

Os novos elementos advindos dos contratos de massa e da sua celebração em ambiente virtual promoveram a despersonalização do contrato, sendo esse um fator de vulnerabilidade para a relação consumerista à medida que os fornecedores, por vezes, tornam-se desconhecidos e a observância dos princípios regentes das normas protetivas brasileiras deixam de ser observadas pelos *players* internacionais.¹⁵⁹

Os novos elementos advindos da contratação em massa por meio eletrônico não retiraram, contudo, a bilateralidade que é imprescindível para a celebração dos contratos. A manifestação da vontade do consumidor continua sendo condição indispensável para que haja a formação do vínculo contratual.

A inovação se dá, no entanto, pela forma de manifestação da vontade. Isso porque, se antes era necessário – em regra – a assinatura do contrato, na modalidade de comércio eletrônico a aceitação pode ser realizada através de um simples *click*.¹⁶⁰

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques aponta que a contração por meio eletrônico promoveria a coexistência do antigo, do atual e do novo, culminando na renovação da teoria contratual.

Com efeito, nas palavras da autora, o antigo seria representado pelo contrato – conhecido instrumento para celebração de avenças. Por sua vez, o atual seria representado pelo meio de contratação – o meio eletrônico – e o novo seria a forma de cumprir obrigações imateriais.¹⁶¹

¹⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 118-121.

¹⁶⁰ Nesse sentido, é importante consignar que o *click*, no comércio eletrônico, pode ser diversos significados e consequências muito mais complexas do que aquelas pensadas inicialmente. Sobre as diferentes formas de concordância e aceitação através de um bater de teclas (“*click*”), ver MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 126-127.

¹⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 120-121.

Os contratos a distância no comércio eletrônico geraram novos fenômenos, os quais foram motivados pela fluidez, complexidade, distância, simultaneidade ou atemporalidade, desterritorialidade e objetividade ou autonomia.

O fenômeno da fluidez ou da desmaterialização decorre do fato de o fornecedor não aparecer mais materializado em um vendedor. O fornecedor não tem mais um rosto, sendo reconhecido e atraindo a confiança através de uma marca, um nome comercial, uma campanha de *marketing*. O fornecedor real é desconhecido e tal fato não impede a celebração do contrato, haja vista que o consumidor é atraído por outros fatores que lhe geram confiança na aquisição de determinado produto ou serviço.

O fenômeno da complexidade decorre das transformações técnicas e jurídicas que a contratação a distância trouxe consigo, uma vez que, para conseguir navegar em determinados sítios eletrônicos, os consumidores são obrigados a aceitar termos e condições sem a devida ciência das consequências que poderão decorrer disso.

O fenômeno da distância relaciona-se à diminuição e, em alguns casos, até mesmo eliminação de eventuais obstáculos decorrentes da localização de cada uma das partes contratantes. Isso porque, como os contratos são celebrados em meio eletrônico, as distâncias são automaticamente eliminadas, dependendo-se tão somente para conclusão do negócio que o serviço contratado possa ser prestado em determinada localidade ou, na aquisição de um produto, que haja meios de promover a entrega do bem.

A desterritorialidade está intimamente ligada ao fenômeno supramencionado, mas enquanto neste último elimina-se a distância física entre as partes, o fenômeno da desterritorialidade decorre do fato de que o negócio jurídico é celebrado em ambiente virtual.

O fenômeno da simultaneidade ou atemporalidade decorre do momento da celebração do contrato, uma vez que oferta e aceitação operam simultaneamente e o aceite do consumidor à oferta realizada é feito de forma objetiva, exteriorizando a sua vontade diante de uma máquina mediante um simples apertar de botão ou inserção de uma senha eletrônica.

Em decorrência dos fenômenos decorrentes dessa nova modalidade de contratação, há duas importantes questões a serem debatidas, quais sejam: o momento de formação do vínculo contratual e a legislação que será aplicada em caso de controvérsia, haja vista o fenômeno da desterritorialização.

A formação do contrato, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, corresponde a “uma série de momentos ou fases, que às vezes se interpenetram, mas que em detida análise podem se destacar: negociações preliminares, proposta, aceitação”.¹⁶²

No caso dos contratos a distância celebrados no meio eletrônico, a fase de negociações preliminares é suprimida em grande parte das avenças, haja vista que a maioria delas é concretizada quando o consumidor manifesta a vontade de aceitar a oferta nos termos propostos.

O ponto crucial nessa espécie de contratos é a determinação do momento da formação do vínculo contratual, sendo possível elencar quatro vertentes, quais sejam formação do vínculo mediante: (i) a troca de proposta de aceitação, (ii) a oferta ao público ou convite a ofertar, (iii) o silêncio, e (iv) o comportamento concludente.¹⁶³

No contrato formado mediante a troca de proposta e aceitação, o vínculo contratual será formado com o envio de uma proposta pelo proponente e a aceitação de seus termos pelo aceitante com relação a todos os termos ofertados.

O vínculo contratual apenas será formado com o atingimento de consenso entre as partes com relação aos termos da proposta ofertada, sendo esse o modelo clássico de formação dos contratos.

O modelo clássico de formação dos contratos em decorrência da proposta e aceitação é mais aplicado aos contratos paritários. Não há, contudo, um impedimento a que os contratos consumeristas tenham o seu vínculo contratual formado por meio do modelo clássico de proposta e aceitação, entretanto, em decorrência da ordinária supressão da fase de negociações preliminares, o vínculo contratual tende a ser formado com a adesão do consumidor à oferta proposta sem uma fase de tratativas para discussão dos seus termos.

O vínculo contratual pode ser formado, ainda, por meio de oferta ao público ou convite a ofertar.

A oferta ao público assemelha-se à proposta; todavia, diferente da proposta, que tem um destinatário certo, a oferta ao público se destina a pessoa incerta, podendo conter reservas. A oferta ao público diferencia-se, também, da promessa ao público, porquanto essa última, apesar

¹⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil 15. ed. São Paulo: Forense, 2011, v. 3, p. 33.

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil 15. ed. São Paulo: Forense, 2011, v. 3, p. 33-41.

de também ser dirigida a pessoa incerta, tem caráter vinculante e obriga o promitente que somente poderá revogar a promessa se houver justa causa.

O convite a ofertar, por sua vez, não possui caráter vinculante tal qual a oferta ao público, sendo considerado tão somente uma simples expressão da vontade de negociar e, eventualmente, dependendo das tratativas a serem realizadas, concluir o negócio jurídico.

No comércio eletrônico, pode-se afirmar que os fornecedores, ao disponibilizarem seus produtos e serviços em seus *websites*, promovem uma oferta ao público, sendo possível incluir reservas à referida oferta, tais como o prazo de duração e o número de produtos em estoque.

A oferta, contudo, vinculará o fornecedor ao seu cumprimento, devendo o fornecedor assegurar que o consumidor tenha o bem ou serviço contratado à sua disposição até a finalização de eventual cadastro ou inserção de dados para pagamento.

A disponibilização do bem ou serviço não será por tempo indeterminado, haja vista que traria grande ônus ao fornecedor, mas o bem ou serviço deverá ficar à disposição do cliente pelo tempo razoável que o consumidor permanecer navegando pelo website, preenchendo cadastro ou inserindo os dados para pagamento, sendo certo que o vínculo contratual somente será formado no momento que o pagamento for efetivado.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques manifesta a sua concordância com Ricardo Luis Lorenzetti quando afirma que “a prática negocial de ofertar produtos e serviços pela internet, em seus diversos modos, interativos e estáticos, é oferta de consumo, que pode ser aceita pelo consumidor a qualquer momento, nas condições da oferta realizada”¹⁶⁴.

Contudo, a jurista ressalta que, independentemente da forma que nascer o contrato – meio físico ou eletrônico, os princípios basilares que regem as normas protetivas do direito do consumidor deverão ser observados, tais como a boa-fé, a observância do dever geral de informação e o dever legal de guarda e proteção dos dados pessoais dos consumidores.¹⁶⁵

¹⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 130.

¹⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 131-132.

A formação do contrato mediante o silêncio, por sua vez, é um modelo pelo qual o vínculo contratual formar-se-á através da aceitação tácita, “por atos mímicos ou simbólicos, ou por atos concludentes, positivos ou negativos”.¹⁶⁶

O silêncio, no entanto, nem sempre pode ser considerado como aceitação tácita. Com efeito, existem três posicionamentos acerca do silêncio e os seus efeitos na formação dos contratos, quais sejam: (i) o silêncio indicando tão somente a vontade de permanecer em uma situação, sendo necessária a manifestação de vontade para interrompê-lo, como nos casos de renovação automática do contrato, em que é necessário que o consumidor manifeste a sua vontade de não mais renovar; (ii) o silêncio não indicando nenhuma declaração; e (iii) o silêncio significando a aceitação, como nos casos de doação em que o donatário simplesmente aceita o bem ou, ainda, no caso do direito das sucessões, em que o silêncio pode significar a aceitação de herança.

O silêncio, contudo, somente poderá ser considerado conclusivo¹⁶⁷ quando as normas ou os usos e costumes assim autorizarem, consoante prescrito no artigo 111 do Código Civil.¹⁶⁸ O silêncio do consumidor não será considerado como aceitação nos casos em que o fornecedor enviar um produto ou serviço não contratado, não sendo obrigado, portanto, a realizar o pagamento. O consumidor, entretanto, será obrigado a restituir o produto anteriormente enviado, caso assim seja solicitado pelo fornecedor.¹⁶⁹

¹⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Negócios Jurídicos*. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. São Paulo: RT, 2012, t. 3, p. 210.

¹⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Forense, 2011, v. 3, p. 31-32.

¹⁶⁸ Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

¹⁶⁹ TJSP, AC 0001313-47.2015.8.26.0300, 25.^a C. D. Priv., rel. Des. Cláudio Hamilton, j. 16.02.2017, DJe 21.02.2017 (“DANO MORAL Indenização Inscrição indevida do nome da autora junto ao cadastro de inadimplentes do SCPC, em razão de suposto débito pela aquisição de produtos fabricados pela ré Prova testemunhal a corroborar a devolução das mercadorias que a autora recebeu, embora não solicitadas – Ônus da prova que incumbia à ré, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil Responsabilidade objetiva, a teor do Código de Defesa do Consumidor Dano moral configurado Indenização que comporta majoração para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) Incidência de atualização monetária a contar do arbitramento (Súmula 362 do STJ) Juros moratórios desde o evento (Súmula 54 do STJ) Sentença reformada em parte RECURSO DE APELAÇÃO DA RÉ NÃO PROVIDO E RECURSO ADESIVO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO” (TJSP, AC 0023113-06.2010.8.26.0269, 10.^a C. D. Priv., rel. Des. Élcio Trujillo, j. 26.11.2013, *DJe* 26.11.2013); “OBRIGAÇÃO DE FAZER – DANO MORAL – Aquisição de curso de aperfeiçoamento para cabeleireiros, via telefone - Insurgência sob alegação de recebimento de material diverso ao oferecido por vendedora - Alegação de tentativa de devolução do produto, não comprovado – Relação de consumo – Impossibilidade de inversão do ônus da prova, haja vista a impossibilidade da ré realizar prova negativa em relação ao exercício do direito de arrependimento da consumidora – Invocação ao direito de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor – Ausência de comprovação de tentativa do exercício ao direito de arrependimento pela autora - Dano moral, afastado – Sentença mantida – Recurso desprovido”).

O fato de o silêncio não implicar aceitação pelo consumidor não é uma regra em matéria consumerista. Isso porque o silêncio poderá significar aceitação, quando couber ao consumidor manifestar a sua vontade de encerrar a contratação de determinado produto ou serviço e não o fizer, sendo certo que o fornecedor deverá informar expressamente que do silêncio do consumidor decorrerá a continuidade da relação contratual.¹⁷⁰

A celebração de contratos tornou-se mais uma das principais formas de contratação de produtos e serviços, sofrendo um aumento exponencial durante a pandemia causada pelo coronavírus e que impôs a milhares de pessoas em todo o mundo manter-se, preferencialmente, em suas residências, elevando o consumo por meio de plataformas online ante o fechamento de diversas lojas físicas.

A pandemia deixou claro o que há muito tempo vinha-se observando: o crescimento do comércio online e os problemas advindos da falta de regulamentação. No presente estudo, dedicar-se-á a analisar as implicações negativas que a aplicação das normas consumeristas – já ultrapassadas – podem causar principalmente aos fornecedores de serviços que são contratados por longos períodos, os quais serão objeto de análise a seguir.

3.1.4. Os contratos cativos de longa duração

Os contratos de longa duração não são um fenômeno atual. Por exemplo, os contratos de prestação de serviços e fornecimento de produtos de forma continuada são instrumentos contratuais utilizados há muitas décadas.

Entretanto, com o advento da sociedade informacional¹⁷¹ e a nova realidade contratual massificada,¹⁷² a conformação social tornou-se cada vez mais necessária principalmente no tange à celebração de contratos perenes.

¹⁷⁰ TJSP, AC 1009380-42.2019.8.26.0009, 17.^a C. D. Priv., rel. Des. Paulo Pastore Filho, j. 19.03.2021, *DJe* 19.03.2021 (“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZATÓRIA – Contrato de assinatura de revista – Cláusula de renovação automática – Validade – Consumidor que, além de não haver solicitado o cancelamento no prazo ajustado, fez uso do serviço oferecido pela ré após a renovação – Regularidade da cobrança – Débito exigível – Danos materiais e morais inexistentes – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido, com fixação de honorários recursais (art. 85, §§ 1º e 11, do CPC)”).

¹⁷¹ “L’emersione di un Mercato dell’informazione segna una tracia ulteriore nel complesso delle tipologie contrattuali, poiché è di intuitiva evidenza che le transazioni tipiche del cd. Capitalismo digitale hanno caratteri distintivi rispetto a quelle che rimangono legate alla produzione e distribuzione di servizi e di beni materiali”. GRANIERI, Massimiliano. *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 63.

¹⁷² Nas palavras de Cláudia Lima Marques: “Vivemos, portanto, um momento de mudança: da acumulação de bens materiais para a acumulação de bens imateriais: dos contratos de dar para os contratos de fazer; do modelo imediatista da compra e venda para um modelo de relação contratual continuada, reiterada; da substituição,

Isso porque, consoante sustenta Rachel Sztajn, seria mais eficiente recorrer a contratos de longo prazo em substituição a seguidas contratações, inclusive como forma de evitar custos da transação,¹⁷³. Dentre os custos a serem evitados, é possível destacar os custos de informação, porquanto os contratos de longo prazo tornam supérfluas novas pesquisas de preço, qualidade, confiança e crédito da contraparte, entre outros aspectos.¹⁷⁴

Outro elemento de redução dos custos é a confiança depositada entre os contratantes, diminuindo a necessidade de busca de informação, bem como os custos com a busca de elementos artificiais que supram a ausência de confiança.

A confiança, no entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, é um elemento essencial para a perenização dos contratos de longa duração. No seu entendimento, “a economia moderna se desenvolve intensamente por meio desses contratos de duração: a complexidade das novas situações que vão surgindo favorece esses contratos que têm cláusulas abertas ou não-rígidas”.¹⁷⁵

O dever de cooperação, por sua vez, é alçado como uma obrigação anexa ao contrato, haja vista que, em decorrência da perpetuação desse contrato no transcorrer do tempo, as condições contratuais poderão tornar-se ultrapassadas ou incompletas, sendo esperado que as partes adotem postura diversa daquela esperada em contratos de execução instantânea.

Nesse sentido, Carneiro da Frada sustenta que o contrato de longa duração consiste em um “amplo programa de cooperação entre sujeitos com vista a objetivos comuns”,¹⁷⁶ dada a

privatização ou terceirização do Estado como prestador de serviços; de relações meramente privadas para relações particulares de eminente interesse social ou público. O momento é de uma crescente importância da fase pré-contratual, onde nascem as expectativas legítimas das partes, e de uma exigente fase contratual de realização da confiança despertada, com o aparecimento mesmo de alguma pós-eficácia dos contratos já cumpridos”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 104.

¹⁷³ SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 171-179, 2006, p. 177.

¹⁷⁴ HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete Contracts and Renegotiation. *The Review of Economics Studies*, v. 56, n. 4, p. 755-785, July 1988, p. 755.

¹⁷⁵ O jurista afirma, ainda, sobre a importância dos contratos cativos de longa duração que “a visão padronizada dos “momentos contratuais”, conclusão e execução dos contratos, não cobre essa nova realidade, porque, nessas hipóteses, os contratos vão se fazendo e refazendo, à medida que o tempo passa, respeitadas diretrizes gerais fixadas de início entre as partes. A nova categoria é extremamente útil para a prática jurídica”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não-verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100.

¹⁷⁶ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 560.

importância que os princípios da cooperação e da confiança têm para a formação e manutenção dos contratos de longa duração.

A cooperação entre as partes contratantes demanda igualmente que o conteúdo contratual não apresente a rigidez comum a outros modelos contratuais. Em decorrência das transformações que poderão ser percebidas no transcorrer do tempo, o conteúdo contratual rígido poderá significar a inadequação ou incompatibilidade com os contratos de longa duração, sendo necessário para a manutenção da avença que seja possível a flexibilização do seu conteúdo em face de novas circunstâncias.

Manuel A. Carneiro da Frada defende que “as relações duradouras contêm em si características específicas e marcantes que demonstram a necessidade de sua diferenciação e compreensão particular, face aos contratos instantâneos”.¹⁷⁷ Isso porque os vínculos contratuais formados por meio dos contratos de longa duração são, normalmente, relações de confiança e dependência, além de elevada complexidade, destacando-se pelo dinamismo e pelo efetivo desenrolar do programa contratual.

Dentre os contratos de longa duração, têm destaque os contratos cativos de longa duração, os quais, por sua natureza, são dotados de alta complexidade, em virtude do dinamismo das circunstâncias fáticas, bem como da dependência e confiança nutridas pelas partes contratantes.

Cláudia Lima Marques define os contratos cativos de longa duração como

uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de catividade ou dependência dos clientes, consumidores.¹⁷⁸

A autora destaca que os contratos cativos de longa duração somente poderão ser entendidos no contexto do mundo natural,¹⁷⁹ no qual em decorrência da indução ao consumo,

¹⁷⁷ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 560-562.

¹⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 98.

¹⁷⁹ Dentre os contratos cativos de longa duração, Cláudia Lima Marques cita como principais exemplos: “as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados (como os exercidos pelas empresas de consórcio e imobiliárias), os serviços de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os conhecidos

o consumidor passou a consumir uma centena de serviços que garantem a ele e à sua família *status*,¹⁸⁰ segurança, crédito renovado ou, ainda, moradia e formação universitária.¹⁸¹ A esses contratos, o realismo norte-americano denominou de contratos relacionais.

Os contratos relacionais¹⁸² podem ser definidos como aqueles marcados pela dependência e cooperação. Os contratos relacionais envolvem, em geral, relações complexas entre os contraentes, os quais, em decorrência do interesse comum de manutenção e perpetuação da relação no tempo, estabelecem rígidos padrões de confiança e cooperação, razão pela qual os contratos relacionais possuem cláusulas abertas, as quais permitem a sua modificação em decorrência das alterações circunstanciais.¹⁸³

Os contratos relacionais são, portanto, aqueles contratos duradouros, nos quais as partes mantêm um relacionamento mais intenso e próximo, sendo certo que a confiança, tal qual nos contratos de longa duração, é tida como primordial. Na medida em que o relacionamento entre as partes contratantes precisa ser diferenciado em virtude do desejo de que o contrato perdure por longos anos, torna-se fundamental a flexibilidade para alteração do conteúdo contratual em razão de circunstâncias fáticas ou necessidades específicas das partes contratantes.

serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone por entes públicos ou privados”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 98.

¹⁸⁰ Cláudia Lima Marques destaca que além do status que a aquisição de determinados serviços pode proporcionar, muitos deles podem trazer consigo um valor econômico, por significarem o acesso a determinado produto ou serviço ou, ainda, a participação em um seletivo grupo de consumidor. Esse fenômeno se dá, no entendimento da autora, em decorrência da desmaterialização da riqueza, sendo que o contrato poderá se tornar o símbolo da própria riqueza. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 105.

¹⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 98.

¹⁸² Para Ronaldo Porto de Macedo Junior, “[o]s contratos relacionais (como por exemplo, contratos de franquia, de trabalho, de cooperação tecnológica, fornecimento entre outras empresas, previdenciários e alguns tipos de contratos bancários), em contraste com os contratos descontínuos, são contratos de longa duração baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual. As primeiras diferenças entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos podem ser resumidas da seguinte maneira. Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, da sua mutabilidade constante. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. A sua indeterminação ultrapassa os limites das soluções neoclássicas, como o contrato aberto, que estipulava regras definidas (ainda que mais abertas em relação à teoria clássica) para os reajustes contratuais. A própria possibilidade do estabelecimento de um standard objetivo e prefixado para o reajuste tal como formalizado pela doutrina neoclássica começa a se demonstrar insuficiente face o aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no Direito Brasileiro. Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Porto Alegre, v. 1, p. 103-118, 1999, p. 107-108.

¹⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 106.

Dessa forma, a boa-fé possui papel de destaque em tais contratações, haja vista que deve assegurar a colaboração recíproca dos contratantes. Assim sustenta Antonio Junqueira de Azevedo:

Há no contrato relacional um contrato de duração que exige fortemente colaboração. (...) O princípio da boa-fé deve ser mais intensamente considerado nos primeiros (relacionais), tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo, para atingir os seus fins, muita lealdade entre as partes.¹⁸⁴

A cooperação dentro dos contratos relacionais assume uma importância crucial e, conforme defende Ronaldo Porto Macedo Junior, passa a ser analisada não apenas como um dever anexo ou lateral de conduta dentro das diretrizes traçadas pela boa-fé objetiva, mas como dever central dos contratantes, haja vista que, dadas as características inerentes a tais contratos, as partes são obrigadas a se comportarem com mais lealdade do que em avenças que não guardam as mesmas características.

No entendimento de Cláudia Lima Marques,

a teoria do contrato relacional contratual pode contribuir, especialmente, nos contratos de mútuo e em geral de fornecimento de serviços, para uma nova compreensão da confiança despertada pela atividade dos fornecedores e para a aceitação de uma readaptação constante das relações de longa duração de forma a não frustrar as expectativas legítimas das partes, apesar da limitada vontade manifestada inicialmente.¹⁸⁵

No campo do direito consumerista, os contratos cativos de longa duração foram impulsionados pelas transformações da sociedade que, em virtude de novos hábitos de consumo, passou a contrair obrigações que não se limitavam a meras obrigações de execução imediata – envolvendo obrigações de dar –, mas obrigações complexas que se protraem no tempo.

O número de contratos envolvendo a prestação de serviços apresentou um aumento expressivo, cujas obrigações não são de execução imediata, haja vista que “para atingir o objetivo contratual, os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos”,¹⁸⁶ o que obriga as partes contratantes – nesse caso,

¹⁸⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355-356.

¹⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 102.

¹⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014, p. 107.

fornecedores e consumidores – a guardarem na execução do contrato a capacidade de adaptar-se a eventuais alterações que a relação contratual venha a suportar, em observância aos princípios da cooperação e segurança.

Dessa forma, dada as especificidades das relações entre os fornecedores, ou entre fornecedores e consumidores, Cláudia Lima Marques recomenda que, em caso de controvérsia, tais questões sejam levadas à apreciação do Poder Judiciário para que seja promovido o reequilíbrio do contrato, uma vez que há poucos instrumentos para regular as longas relações estabelecidas.

Nesse ponto é que surge para os julgadores uma tarefa hercúlea, qual seja: como promover a revisão dos contratos cativos de longa duração sem conhecer-se – com profundidade – o *core business* do fornecedor e, ao mesmo tempo, garantir que ele não seja indevidamente prejudicado?

Acrescente a esse desafio a incidência dos princípios basilares do direito consumerista – princípio da vulnerabilidade e princípio da boa-fé – os quais impõem aos julgadores a difícil missão de rever contratos em que – pela garantia do equilíbrio contratual – seja imposto aos consumidores a assunção de maiores ônus para assegurar a conservação do negócio então entabulado.

Os contratos de plano de saúde são um dos maiores exemplos de contratos cativos de longa duração,¹⁸⁷ nos quais faz-se premente o constante sopesamento entre o princípio da vulnerabilidade dos consumidores e o princípio da equidade para promover o constante reequilíbrio dos contratos. Acrescente-se à equação a imprescindível observância aos princípios da confiança e da cooperação ante o dinamismo da relação entre consumidores e fornecedores.¹⁸⁸

¹⁸⁷ No período compreendido entre 01 de janeiro de 2021 a 26 de março de 2021 foram julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cinco processos envolvendo a revisão de cláusulas em contratos de plano de saúde – analisando-os sob a ótica dos contratos cativos de longa duração – sendo que em todos esses casos, a decisão proferida foi em favor do consumidor, mesmo nos casos em que o procedimento, cuja cobertura excluída contratualmente, não estava no rol da Agência Nacional de Saúde dentre os procedimentos de cobertura obrigatória. Pode-se conferir os julgamentos mencionados em: TJSP, AC 1088447-74.2019.8.26.0100, 7.^a C. D. Priv., rel. Des. Rômolo Russo, j. 26.03.2021, DJe 26.03.2021; TJSP, AC 1016316-56.2019.8.26.0309, 7.^a C. D. Priv., rel. Des. Rômolo Russo, j. 26.03.2021, DJe 26.03.2021; TJSP, AC 1032461-44.2019.8.26.0001, 7.^a C. D. Priv., rel. Des. Rômolo Russo, j. 08.03.2021, DJe 08.03.2021; TJSP, AC 1007949-98.2019.8.26.0100, 7.^a C. D. Priv., rel. Des. Rômolo Russo, j. 12.02.2021, DJe 12.02.2021; e TJSP, Ag 2251024-54.2020.8.26.0000, 7.^a C. D. Priv., rel. Des. Rômolo Russo, j. 03.02.2021, DJe 03.02.2021.

¹⁸⁸ Os contratos de plano de saúde não são os únicos “representantes” dos contratos cativos de longa duração, sendo possível encontrar a discussão envolvendo a revisão de cláusulas apostas em contratos de telefonia, contratos

O dinamismo das relações e a dificuldade de promover-se a revisão das cláusulas apostas nos contratos de planos de saúde já foi objeto do REsp 1.102.848/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES – PLANO EMPRESARIAL – CONTRATO FIRMADO ENTRE O EMPREGADOR E A SEGURADORA – NÃO-APLICAÇÃO DO CDC – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – E DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS CONTRATANTES – CONTRATO ONEROSO – REAJUSTE – POSSIBILIDADE – ARTIGOS 478 e 479 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I – Trata-se de contrato de seguro de reembolso de despesas de assistência médica e/ou hospitalar, firmado entre duas empresas. II – A figura do hipossuficiente, que o Código de Defesa do Consumidor procura proteger, não cabe para esse tipo de relação comercial firmado entre empresas, mesmo que uma delas seja maior do que a outra e é de se supor que o contrato tenha sido analisado pelos advogados de ambas as partes. III – Embora a recorrente tenha contratado um seguro de saúde de reembolso de despesas médico-hospitalares, para beneficiar seus empregados, dentro do pacote de retribuição e de benefícios que oferta a eles, a relação da contratante com a seguradora recorrida é comercial. IV – Se a mensalidade do seguro ficou cara ou se tornou inviável para os padrões da empresa contratante, seja por variação de custos ou por aumento de sinistralidade, cabe ao empregador encontrar um meio de resolver o problema, o qual é de sua responsabilidade, pois é do seu pacote de benefícios, sem transferir esse custo para a seguradora. A recorrida não tem a obrigação de custear benefícios para os empregados da outra empresa. V – A legislação em vigor permite a revisão ou o reajuste de contrato que causa prejuízo estrutural (artigos 478 e 479 do Código Civil – condições excessivamente onerosas). Não prospera o pleito de anulação da cláusula de reajuste, pois não se configura abusividade ou reequilíbrio contratual. VI – Recurso especial improvido (STJ, REsp 1.102.848/SP, 3.^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.08.2010, DJe 25.10.2010).

No referido caso, discutia-se a legalidade de cláusula que previa a possibilidade de o fornecedor rescindir unilateralmente o contrato e a anulação de cláusula que autorizava o fornecedor a reajustar o preço inicialmente contratado independentemente da anuência da contraparte.

Apesar de, equivocadamente, ter sido aplicado o Código de Defesa do Consumidor pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando do julgamento do recurso de apelação, os princípios aplicados ao direito consumerista permearam toda a decisão, principalmente, no que

de distribuição, contratos de seguro, contratos de previdência privada e contratos de fiança bancária, sendo certo que o ponto comum a todos eles é que a relação a ser disciplinada mediante tais contratos é, em regra, de longa duração, impondo-se ao julgador levar em consideração outros princípios que não somente o princípio da vulnerabilidade do consumidor e o princípio da boa-fé, porque, ao fazê-lo, nem sempre se alcança a solução mais justa para todas as partes envolvidas.

tange à revisão das cláusulas contratuais inseridas nos contratos cativos de longa duração e que serão estudados com maior detalhe a seguir.

3.2. A dicotomia entre contratos de lucro e contratos existenciais e as implicações na revisão das cláusulas contratuais

Os princípios norteadores dos contratos paritários, apesar das inovações trazidas pelo novo Código Civil, continuam sendo o princípio da autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), os quais, contudo, deverão observar os cânones dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico do contrato.

O princípio da autonomia da vontade, como explorado anteriormente, consiste na prerrogativa conferida aos sujeitos de direito de estabelecerem relações jurídicas, a qual pode ser traduzida na liberdade de contratar, que, nos termos do artigo 421 do Código Civil, deverá ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A liberdade de contratar permite ao sujeito de direito que, na sua soberania individual de juízo e de escolha, decida se irá celebrar ou não determinado contrato, possuindo plena autonomia para determinar o seu conteúdo. O conteúdo do contrato, por sua vez, vinculará os contratantes, os quais deverão obedecer ao quanto fora estabelecido.

A força vinculante das convenções é traduzida pelo princípio do *pacta sunt servanda*, o qual significa que “os pactos devem ser cumpridos”, podendo ser traduzido na “irreversibilidade da palavra empenhada”¹⁸⁹ ou, ainda, nas palavras de Orlando Gomes, como a máxima de que o “contrato deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”.¹⁹⁰

A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, reafirmou a prevalência do princípio do *pacta sunt servanda* sobre os princípios contratuais já estudados ao determinar que “[n]as relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Isso significa dizer que, nos contratos paritários ou interempresariais, prevalecerá o que tiver sido convencionado entre as partes, não sendo permitido ao Poder Judiciário, sem

¹⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 38.

¹⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36.

justificativa plausível, imiscuir-se no que fora até então acordado.¹⁹¹ Por outro lado, nos contratos consumeristas, bem como nos contratos existenciais,¹⁹² em caso de eventual desequilíbrio contratual, as cláusulas anteriormente acordadas poderão ser revistas, devendo-se observar eventual estipulação contratual sobre hipóteses de revisão ou, então, proceder-se à resolução do contrato.

Nesse ponto, é importante destacar que consoante defendido originalmente por Antonio Junqueira de Azevedo e seguido por Marco Fábio Morsello, deve-se dar tratamento diferenciado aos contratos, em consonância com a sua natureza existencial ou de lucro.

Marco Fábio Morsello define os contratos existenciais como aqueles celebrados entre não empresários ou em que uma das partes não é empresária, desde que não tenha por finalidade auferir lucro com a transferência do referido contrato a terceiros,¹⁹³

Os contratos existenciais são destinados à contratação de bens ou serviços considerados essenciais, isto é, aqueles bens ou serviços vitais para que o indivíduo possa sobreviver e que satisfaçam a dignidade humana.¹⁹⁴

Nesse tocante, esclarecedora é a lição de Antonio Junqueira de Azevedo, precursor da dicotomia entre contratos existenciais e contratos de lucro:

Dentre os contratos existenciais encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria

¹⁹¹ Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Junior discorre sobre a importância da distinção entre os contratos interempresariais e os contratos existenciais, porquanto nesses últimos é admitida a maior participação do juiz na apreciação de seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social, enquanto nos contratos empresariais (de lucro) essa intervenção heterônoma seria de menor força. A reduzida intervenção judicial nesse caso deriva da própria atividade de risco, que possui o escopo de lucro com finalidade patrimonial. Assim, incumbe às partes os cuidados que devam adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 45, p. 91-111, jan./mar. 2011, p. 101-102.

¹⁹² Para Antonio Junqueira de Azevedo, o critério de distinção entre contrato interempresarial e existencial é exclusivamente subjetivo, se possível, ou não, subjetivo-objetivo, sendo considerados existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008, p. 304-305.

¹⁹³ MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 297.

¹⁹⁴ MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 297.

e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana.¹⁹⁵

Os contratos de consumo, em consonância com a dicotomia desenvolvida por Antonio Junqueira de Azevedo, são considerados contratos existenciais por destinam-se à contratação de bens ou serviços existenciais.

Os contratos de lucro podem ser definidos como aqueles celebrados entre empresários ou entre um empresário e uma pessoa natural visando à obtenção de lucro, devendo considerar-se, portanto, não o objeto contratual, mas sim a finalidade ou função econômica a ser alcançada por intermédio da contratação.¹⁹⁶

Justamente por visarem ao lucro e buscarem alcançar determinada finalidade econômica, nos contratos de lucro a interferência estatal não é bem-vinda porque haveria intromissão no funcionamento do mercado, razão pela qual o *pacta sunt servanda* tem maior peso. Nos contratos interempresariais, não poderão ser aplicados os princípios que irão reger a revisão dos contratos existenciais, porquanto a finalidade dos referidos contratos é a obtenção do lucro e a relativização da palavra empenhada significaria ferir a lógica do mercado e o fluxo interempresarial, consoante apontam Fredie Didier Júnior e Daniela Santos Bonfim:

Como se vê, os contratos empresariais possuem racionalidade própria, que não se confunde com a racionalidade própria de determinados contratos existenciais, como os contratos de trabalho e os contratos de consumo. Não se pode pretender aplicar a ratio do sistema consumerista aos contratos empresariais, sob pena de ferir a lógica do mercado e atingir o fluxo interempresarial. É preciso reconhecer que, ao celebrar contrato empresarial, o agente econômico pondera custos e riscos, para que possa decidir por contratar com terceiros (e não produzir internamente). O agente procede à contratação naqueles termos porque lhe parece ser mais vantajoso do que desvantajoso, principalmente em termos de custo de transação. Os riscos do negócio e a possibilidade de erro ou insucesso econômico não são anomalias do sistema nem do contrato. Ao contrário, é o não cumprimento, a não observância do que foi pactuado, que deve ser coibido. A regra, aqui, com ainda mais força, é que os contratos são celebrados para que sejam cumpridos, para que os seus termos sejam respeitados. Os agentes econômicos precisam confiar no negócio celebrado, para que o mercado tenha credibilidade e que as suas relações possam fluir, sob pena de se romper toda a estrutura. A “confiança na palavra dada” revela ainda mais força no âmbito dos contratos empresariais. Nas relações contratuais interempresariais, não se há de, aprioristicamente, presumir uma espécie de fragilidade de qualquer das partes contratantes; daí por que

¹⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev. e atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 231-232.

¹⁹⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 12, v. 45. p. 91-110, jan./mar. 2011, p. 102-103.

também as normas do sistema consumeristas não serem idôneas para regular tais relações jurídicas.¹⁹⁷

Dessa forma, nos contratos paritários, se verificada a finalidade de obtenção de lucro, a avença será considerada, conseqüentemente, um contrato de lucro e prevalecerá o entendimento de que a relação contratual será regulada pelas normas estabelecidas entre as partes e a interferência externa somente será permitida em casos expressamente previstos em lei. Por exemplo, quando verificar-se a ocorrência de onerosidade excessiva, em que se facultará à contraparte a revisão da avença para evitar a sua resolução, nos termos do artigo 478 e artigo 479 do Código Civil:

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

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

A revisão do contrato, mesmo que verificada a onerosidade excessiva, é uma faculdade da contraparte, tanto assim que poderá ser solicitada a redução ou modificação da obrigação para evitar a onerosidade excessiva, cabendo a sua aceitação ou não pelo outro contratante, dada a supremacia do princípio do *pacta sunt servanda* nos contratos paritários ou interempresariais.

Nos contratos de lucro, a eventual vulnerabilidade de uma das partes não importará na revisão automática da avença, devendo-se verificar se o desequilíbrio ocorreu em virtude da alocação equivocada dos riscos do negócio, não cabendo a intromissão do Poder Judiciário sobre o contratado.

A autonomia das empresas privadas deve ser observada, sendo autorizada a revisão das cláusulas contratuais somente de forma excepcional:

APELAÇÃO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PRODUTOS CELEBRADA ENTRE DISTRIBUIDORA E SUPERMERCADO RELAÇÃO DE CONSUMO Não verificada Não há falar em hipossuficiência entre fornecedores, que integram a cadeia de consumo, nos termos do art. 3º do CDC Inaplicabilidade do princípio de proteção à parte mais fraca nos denominados contratos de lucro, em detrimento da circulação de riquezas e autonomia privada das empresas MORA Atraso de 12 dias que teria ensejado prejuízo à imagem

¹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Contrato empresarial. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. Possibilidade de denúncia vazia. Aviso prévio. Licitude. Enriquecimento sem causa (Parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, A. 4, p. 305-330, jan./mar. 2017.

da empresa autora junto a seus clientes DANOS MORAIS PESSOA JURÍDICA Ausência de afronta à honra objetiva da empresa Inocorrência Simples inadimplemento contratual que não enseja, em princípio, indenização por danos morais ÔNUS DA PROVA Dispensa-se a prova efetiva do dano moral desde que as circunstâncias fáticas revelem “per se” os alegados prejuízos junto ao mercado, depreendendo-se abalo, ainda que potencial, à honra objetiva Não é essa, contudo, a hipótese dos autos Não aplicação da Súmula 227 do STJ Negado provimento. (...) Por outro lado, ao contrário do que pretendia a parte autora ao invocar o “princípio da proteção à parte mais fraca” na exordial, requerendo a aplicação do regime protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor ao caso, não há falar em hipossuficiência entre fornecedores (artigo 3º da Lei 8.078/90) na aquisição de insumos através de “contrato de lucro”, vedada a aplicação de tal princípio salvo aos denominados “contratos existenciais” sob pena de se inviabilizarem as trocas e a circulação de riquezas que fundamenta o direito privado e implica “standard” de conduta ou padrão de boa-fé diferenciado em relação aos indivíduos que atuam no mercado (TJSP, AC 0005762-47.2012.8.26.0011, 25.^a C. D. Priv., rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 14.05.2015, DJe 14.05.2015).

Nos contratos consumeristas, diversamente do que ocorre nos contratos paritários ou interempresariais, o princípio do *pacta sunt servanda* é relativizado, sendo privilegiados o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da conservação do negócio jurídico, isso porque a norma consumerista consagra ampla possibilidade de revisão contratual.¹⁹⁸

Com efeito, o direito à revisão contratual foi elencado como um dos direitos básicos do consumidor consoante exposto no inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, o qual prescreve expressamente que são direitos básicos do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

O Código de Defesa do Consumidor por regular relações entre desiguais promove a relativização do princípio do *pacta sunt servanda* para priorizar a observância de outros princípios que, frente aos contratos existenciais, ganham diferentes espectros.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no julgamento da Apelação nº 0110211-17.2011.8.26.0100, discorreu sobre a alteração do espectro da função social do contrato quando aplicada aos contratos existenciais:

‘Ultra’ e ‘extra petita’ caracterização: hipótese em que a sentença avançou onde não devia, impondo obrigação diversa daquela descrita no pedido. Nulidade,

¹⁹⁸ Eros Roberto Grau leciona que “todas as normas de organização e de conduta, contidas no Código de Defesa do Consumidor, devem ser interpretadas teleologicamente, finalisticamente, não por opção do interprete, mas porque essa é a imposição do próprio Código” e o artigo 4º, contém três princípios básicos, embora enumere oito, quais sejam: (i) o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, (ii) o princípio da harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo e (iii) o princípio da coibição e repressão eficiente de todos os abusos.

contudo, não caracterizada, bastando eliminar a parte que constitui o excesso do julgado. Precedente do STJ. Recurso desprovido. Plano de Saúde. Empregado demitido sem justa causa. Manutenção do ajuste. Possibilidade pelo prazo máximo de 24 meses. Critério objetivo necessário. Precedentes desta Corte. Art. 30, caput, c.c. seu §1º da Lei nº 9.656/98. Contrato existencial em que o princípio da função social alça espectro diferenciado. Hipótese em que a notícia do câncer sobreveio no curso da prorrogação da cobertura, daí ser razoável modular os efeitos do resultado no intuito de preservar o que já se ultimou ao longo do tempo. Teoria do fato consumado a chancelar o tratamento que se dispensou com base em decisão judicial preclusa. Prevalência da dignidade da pessoa humana e da solidariedade constitucionalmente esperada. Consumidor que ainda pode aderir a outro ajuste, individual ou familiar, com dispensa de carência. Opção a ser exercida dentro de 30 dias do trânsito em julgado. Aplicação analógico da Res. nº 19/1999 do CONSU (artigos 1º e 2º). Busca do equilíbrio que atua como pedra angular das relações de consumo. Recurso parcialmente provido (TJSP, AC 0110211-17.2011.8.26.0100, 7.ª C. D. Priv., rel. Des. Ferreira da Cruz, j. 12.09.2012, DJe 17.09.2012).

Os princípios supramencionados, quando aplicados aos contratos existenciais, alcançam novos espectros, haja vista que visam à proteção do elo contratual considerado mais vulnerável, prevalecendo, inclusive, princípios sociais:

Ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse Compromisso de compra e venda celebrado no âmbito de programa habitacional da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU). Inadimplemento contratual. Mora ex persona. Contrato existencial que impõe a observância preponderante dos princípios sociais, notadamente a proteção ao direito à moradia – Notificação extrajudicial realizada em momento no qual a compradora, ora falecida e sucedida por seu espólio, encontrava-se em condições de invalidez permanente em decorrência de Acidente Vascular Cerebral. Direito à quitação contratual. Comunicação posterior do sinistro à autora, que não tem o condão de elidir a cobertura securitária, mas tão somente alterar o seu termo inicial para o momento em que houve ciência inequívoca, que, nos autos, ocorreu com a apresentação da contestação. Honorários advocatícios corretamente fixados pelo juízo a quo, à luz da complexidade e duração da demanda. Sentença mantida. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária. (...) Referida opção legislativa coaduna-se com a função social do contrato, máxime quando celebrado no âmbito de programas habitacionais populares, denotando caráter existencial por visar à proteção do direito à moradia daqueles que dispõem de escassos recursos financeiros. Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a categoria dos contratos existenciais implica a aplicação preponderante dos princípios sociais em detrimento da autonomia privada, com espeque na existência de relações jurídicas que dizem respeito à subsistência humana. (nesse sentido, cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco. *Contratos*, Orlando Gomes. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100) (TJSP, AC 0001201-30.2008.8.26.0169, 11.ª C. D. Priv., rel. Des. Marco Fábio Morsello, j. 24.10.2019, DJe 03.12.2019).

O princípio da vulnerabilidade do consumidor, atrelado ao princípio da boa-fé objetiva e ao princípio do equilíbrio contratual, irá orientar não somente a interpretação dos contratos

de consumo como também a interpretação das regras contidas no microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

A boa-fé, contudo, é o princípio que guiará o intérprete na interpretação dos contratos de consumo, sendo que os demais princípios exercerão papel secundário. Com efeito, a boa-fé exercerá função interpretativa, porquanto orientará o intérprete na seleção do resultado e na especificação do conteúdo das normas, devendo-se tomar em consideração as particularidades do caso concreto, sendo defeso aplicar-se o instituto de forma genérica.

A boa-fé é o princípio mestre na interpretação dos contratos, sendo certo que, a depender do tipo negocial ou do modelo de contratação, a sua aplicação será feita com maior ou menor intensidade, consoante o ensinamento de Antonio Junqueira de Azevedo:

É precisamente para conciliar a flexibilidade da boa-fé inerente à sua qualidade de princípio, com as necessidades práticas da sua concretização, que se devem respeitar tanto as peculiaridades da categoria e do tipo de contrato a que ela se aplica, quanto seus níveis e funções. Isto significa que, apesar de cogente, a regra da boa-fé tem aplicações mais ou menos intensas, especialmente conforme suas funções e os tipos negociais.¹⁹⁹

O Código de Defesa do Consumidor contemplou a boa-fé na função interpretativa ao dispor no inciso IV do artigo 51 que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou incompatíveis com a boa-fé ou equidade.

A boa-fé será o princípio mais importante na interpretação dos contratos. Contudo, é preciso destacar que, se considerarmos que os contratos de consumo não se limitam àqueles de execução imediata, a revisão contratual sem identificar eventuais ônus impostos ao fornecedor poderá ocasionar violação ao princípio da equidade.

Com efeito, se considerarmos os contratos cativos de longa duração, é certo que a eventual revisão de suas cláusulas, ainda que guiada pelo princípio da boa-fé, deverá atender também ao princípio da cooperação e ao princípio da confiança, uma vez que tais contratos, dada a sua perpetuação no tempo demandam tratamento diferenciado, conforme será exposto a seguir.

¹⁹⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

4. CONCEITO PLURAL DE FORNECEDOR: PROPOSTA DE APLICAÇÃO MITIGADA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO

O dinamismo das relações entre fornecedores e consumidores atrelado à velocidade das transformações na forma de consumir – veja-se nesse sentido o incremento da servicização – demanda que os juristas se debrucem sobre novas formas de entender e aplicar os ditames do código consumerista à medida que a aplicação da letra fria da lei – sem o devido sopesamento – poderá causar injustiças e perpetuar situações de flagrante insegurança jurídica.

4.1. A flexibilização dos princípios norteadores da revisão dos contratos de consumo frente aos novos consumidores: o problema do conceito único de fornecedor

Os contratos cativos de longa duração são aqueles que, utilizando métodos de contratação de massa, disponibilizam uma série de serviços especiais ao mercado, cuja característica marcante e distintiva frente aos demais contratos de consumo é a posição de dependência dos consumidores, bem como a intenção das partes contratantes de manter a relação no transcorrer dos anos.

Por tal razão, os princípios da cooperação e confiança são alçados à base das referidas relações, uma vez que as circunstâncias fáticas vigentes à época da contratação poderão sofrer transformações que demandarão a cooperação dos contratantes.

Entretanto, apesar dos contratos cativos de longa duração, como aponta o próprio nome, terem por característica a catividade e a longa duração, é fato notório que as relações consumeristas, mesmo aquelas envolvendo a prestação de serviços que se protraíam no tempo, estão se tornando cada vez mais efêmeras.

Em razão das transformações das relações consumeristas, os serviços que antes deveriam protrair-se no tempo estão se tornando temporários, haja vista que tornou-se comum a substituição de fornecedores de serviços considerados essenciais. Um bom exemplo dessa prática é a possibilidade de troca constante entre operadoras de telefonia.

Com efeito, desde a promulgação da Resolução 460, de 19 de março de 2007, pela Agência Nacional de Telecomunicações, é facultado ao consumidor, insatisfeito com os serviços prestados ou atraído por melhor proposta, promover a troca de operadora através da portabilidade do seu número de telefone.

Não se pretende afirmar que tal prática é negativa, já que obedece às regras de mercado e garante ao consumidor mais opções de escolha e liberdade de contratar. Contudo, a referida prática, ainda que seja um simples exemplo, denota a transformação de um contrato que nasceu para ser para um contrato de curta duração, atrelado ao surgimento de um consumidor cujo perfil não é mais tão vulnerável.

Com efeito, o perfil do consumidor na época de promulgação do Código de Defesa do Consumidor era bastante diferente do perfil do consumidor atual. O consumidor atual, em virtude dos direitos conquistados e da evolução tecnológica, tem maior acesso às informações e conhece muito melhor os seus direitos, razão pela qual a vulnerabilidade que antes era inerente à sua condição foi aos poucos dissipada e, em alguns casos, o consumidor sequer poderia ser considerado vulnerável.

Nos contratos cativos de longa duração, a marca característica seria o estabelecimento de uma relação duradoura atrelada à dependência do serviço prestado. Assim, considerando que o consumidor atual não seria vulnerável tal qual o consumidor da época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, defende-se nesse estudo que, na interpretação de tais contratos, o princípio da vulnerabilidade deveria ser relativizado e o princípio da boa-fé deveria ser aplicado em consonância com as regras de interpretação dos contratos relacionais.

Isso porque do princípio da boa-fé derivam deveres anexos de conduta – cooperação e confiança – os quais muitas vezes deixam de ser observados ainda que tratando-se de contratos cativos de longa duração, privilegiando-se a proteção do consumidor em detrimento das legítimas expectativas da contraparte, qual seja o fornecedor.

Os contratos cativos de longa duração tal qual os contratos relacionais exigem especial atenção e a boa-fé, conforme já defendido por Antonio Junqueira de Azevedo, deverá ser aplicada com maior intensidade:

Inversamente, nos contratos de longa duração e em que há necessidade natural de contato permanente entre as partes (“contratos relacionais”), a dinâmica da relação contratual exige, pela relativa indeterminação de seu objeto, que vai se concretizando passo a passo, uma aplicação mais intensa da boa-fé como norma de colaboração, e, portanto, em suas funções tanto interpretativa, com reforço do pactuado e criação de deveres de comportamento, quanto supletiva.²⁰⁰

²⁰⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato (Parecer). In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 354.

O princípio da boa-fé, portanto, deveria ser aplicado nos contratos cativos de longa duração de forma ainda mais intensa, uma vez que o tipo negocial assim o exige. Nesse sentido, conforme lição de Clóvis do Couto e Silva, haverá maior intensidade no grau de incidência de acordo com a espécie contratual em questão.

Não por outro motivo, a boa-fé objetiva manifesta-se em seu grau máximo nos contratos duradouros em que o dever de colaboração e lealdade é essencial para o adimplemento das obrigações das partes e alcance do objetivo final almejado, exigindo-se das partes, na lição de Clóvis do Couto e Silva, “disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum”.²⁰¹

Por conseguinte, é preciso que na interpretação dos contratos cativos de longa duração o princípio da boa-fé seja aplicado com maior intensidade, considerando, ainda, que fornecedor e consumidor deverão empreender esforços conjuntos para que a relação contratual seja duradoura, como defendido por Judith Martins-Costa, *in verbis*:

As partes devem, na relação obrigacional, mútua lealdade e probidade no trato dos interesses envolvidos naquela relação, a fim de que esta chegue ao adimplemento satisfativo. Do vetor correção ou probidade nascem os deveres de cooperação mútua; do vetor lealdade e consideração aos interesses alheios, as especiais cautelas de proteção para que, da relação jurídica em que estão envolvidos, não resultem danos injustos à pessoa e ao patrimônio da contraparte.²⁰²

Os contratos cativos de longa duração exigem não somente que o princípio da boa-fé seja aplicado com maior intensidade, como também que as partes contratantes – fornecedores e consumidores –, cooperem entre si para maximizar os benefícios do contrato, não se tratando, no entendimento de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saadi, de um comportamento altruísta, mas sim na união de esforços para buscar a maior eficiência contratual.²⁰³

A cooperação é, portanto, uma conduta de extrema importância para atingimento da maior eficiência do contrato, haja vista ser considerada “o fio condutor que serve para orientar o jurista nas grandes questões do direito das obrigações”.²⁰⁴

²⁰¹ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 34.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 73-76.

²⁰³ PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Campus, 2005, p. 127-129.

²⁰⁴ BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Trad. Francisco José Galvão Bueno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 30.

Clóvis do Couto e Silva já afirmava que as partes não ocupam mais posições antagônicas na relação contratual, sendo essa uma das razões para a análise da relação obrigacional como um todo.²⁰⁵ O autor afirma ainda que, em razão do princípio da boa-fé, a concepção da relação obrigacional é a de uma ordem de cooperação, amenizando-se a posição do credor, que passa a ter deveres, como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor.²⁰⁶

O dever de cooperar, consoante leciona Judith Martins Costa, “está no núcleo da conduta devida, servindo para possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento”²⁰⁷. No mesmo sentido, Cláudio Luiz Bueno de Godoy sustenta que o dever de cooperar é um indicativo da mudança perspectiva na forma de encarar a relação jurídica, à medida que “cada parte está obrigada, pelo dever em comento, a não criar dificuldades para o adimplemento da prestação da outra, e mais, tem mesmo a obrigação de cooperar para que tal se dê”.²⁰⁸

Por essa razão defende-se que aos contratos cativos de longa duração não se deve aplicar indistintamente o regramento contido no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.²⁰⁹

Isso porque tal regramento, conforme será explorado a diante, aplica-se aos contratos de execução imediata, haja vista que consideraria tão somente as relações menos complexas, privilegiando-se o consumidor por presumir que ele seria a parte mais vulnerável.

Entretanto, para os contratos cativos de longa duração, em virtude das suas especificidades, o princípio da vulnerabilidade do consumidor deveria ser relativizado em privilégio aos princípios da boa-fé, cooperação e confiança, que deverão orientar a interpretação e eventual revisão desse modelo contratual.

4.2. Os diferentes nichos de fornecedores e a incompletude do conceito

De acordo com o artigo 3º do Código de Consumidor, “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados,

²⁰⁵ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 19.

²⁰⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 97

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 26.

²⁰⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coord.). *Principais controvérsias no novo código civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61.

²⁰⁹ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

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

O conceito de fornecedor é bastante amplo, tornando possível abarcar dentro do referido conceito todos os que se dedicam às atividades relacionadas ao fornecimento de bens e serviços, inexistindo qualquer diferenciação no arcabouço normativo consumerista que permita a mitigação da aplicação das normas protetivas a depender da atividade por ele desenvolvida.

Exceção feita somente aos profissionais liberais que, diversamente do regime aplicável aos demais fornecedores, a sua responsabilidade em caso de danos ao consumidor dependerá da verificação de culpa para ocorrência do evento, nos termos do artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.²¹⁰

Isso significa dizer que, com exceção dos profissionais liberais, a todos os demais fornecedores as normas consumeristas serão aplicadas de maneira igualitária, ficando a cargo do Poder Judiciário, na análise caso a caso, apreciar a extensão dos danos reclamados e estimar o valor de eventual indenização a ser paga pelos danos causados.

Entretanto, considerando que a atual sociedade voltada para o consumo e parte expressiva das controvérsias que são levadas ao Poder Judiciário advém dessas relações, mostra-se premente o tratamento dos fornecedores desigualmente na proporção de sua desigualdade.

A fim de demonstrar no que consiste a desigualdade entre os fornecedores para fins deste trabalho, propõe-se a análise de quatro nichos de fornecedores, quais sejam: (i) os fornecedores de bens cotidianos destinados ao grande varejo; (ii) os fornecedores de bens cotidianos destinados ao pequeno varejo; (iii) os fornecedores de bens exclusivos; e (iv) os fornecedores de bens essenciais, cuja utilização se perpetua no tempo.

4.2.1. Os fornecedores de bens cotidianos destinados ao grande varejo

Em nosso cotidiano, encontra-se cada vez menos bens manufaturados. Em um rápido passar de olhos ao nosso redor, nos deparamos com bens industrializados, sejam eles duráveis ou perecíveis.

²¹⁰ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4.º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Ordinariamente, os bens que se encontram na maioria das residências brasileiras hoje são fabricados, distribuídos e comercializados pelos grandes players do mercado, os quais, por meio do serviço de plataformas eletrônicas, tornaram-se responsáveis também pela distribuição de produtos que sequer pertenciam inicialmente ao seu nicho de atuação.

Com efeito, se antes grandes magazines como Magazine Luíza e Americanas se dedicavam à comercialização de móveis, eletrodomésticos, eletrônicos e eletroportáteis, hoje tais lojas se dedicam à comercialização dos mais diversos produtos, sendo possível, inclusive, realizar compras de alimentos – supermercado – nas referidas plataformas.

Tudo se tornou possível, porque as grandes empresas uniram-se para, em conjunto, explorar um novo nicho de mercado e aproveitar da tecnologia e logística que já eram utilizadas por esses players e que permitem que a compra realizada seja entregue ao consumidor em poucas horas.

Não há espaço para manufatura ou pequena produção. Os bens que são consumidos ordinariamente são fabricados, distribuídos e comercializados por grandes empresas, as quais dedicam-se à produção em massa desses bens.

Essas grandes empresas, pelo seu nicho de atuação, podem ser inseridas entre fornecedores de bens cotidianos destinados ao grande varejo, em que os bens são produzidos para atender a uma massa de consumidores.

Nesse seguimento, eventuais vícios são esperados em decorrência da produção em massa, sendo que erros podem ser cometidos, sem que isso retire a credibilidade da marca ou possam causar danos de grande monta ao consumidor.

Não por outra razão, pode-se afirmar que o disposto nos artigos 18 e 19, ambos do Código de Defesa do Consumidor, amolda-se perfeitamente às controvérsias que surgem de eventuais vícios dos produtos.

O Código de Defesa do Consumidor prescreve que “os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor”, como também pelos vícios “decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as

variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas” (Art. 18).

Os fornecedores, ante a constatação de quaisquer dos vícios acima, deverão, no caso de o vício não ter sido sanado em trinta dias, facultar ao consumidor (i) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (ii) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou (iii) o abatimento proporcional do preço (Art. 18, §1.º).

O prazo de trinta dias poderá, ainda, ser reduzido ou aumentado mediante ciência e concordância do consumidor, nos termos do §2º do artigo 18²¹¹ do Código de Defesa do Consumidor.

O prazo de trinta dias para o fornecedor promover a reparação do vício poderá ser dispensado, nos casos em que a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou característica do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial, conforme prescrito no §3.º do artigo em comento²¹².

Nessa senda, pensando que os bens em questão se enquadram dentre aqueles produzidos em larga escala, o prazo de trinta dias para sanear eventuais vícios ou promover a sua substituição não parece, em uma primeira análise, desarrazoado, uma vez que há, ordinariamente, outros produtos da mesma espécie a fim de viabilizar a troca.

Com efeito, ao pensar-se em um bem essencial – como, por exemplo, um refrigerador – adquirido perante uma grande loja, se ele vier a apresentar qualquer vício, o prazo de trinta dias

²¹¹ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (...) § 2.º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

²¹² Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (...) § 3.º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

para saná-lo ou promover a sua substituição não parece exíguo, uma vez que, ordinariamente, há em estoque diversos outros refrigeradores que poderão substituir o bem viciado.

A incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor atende plenamente aos anseios do consumidor, que terá o bem adquirido em perfeito estado e igualmente atenderá ao interesse do fornecedor, o qual poderá ter a oportunidade de, em prazo razoável, efetuar o reparo do bem ou a sua substituição.

Em pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²¹³ verifica-se que foi reconhecido o direito do fornecedor de, dentro do prazo de trinta dias, quando não se tratar de bem essencial tentar reparar o vício, sendo defeso ao consumidor negar ao fornecedor o direito de fazê-lo²¹⁴.

De outra banda, também foi reconhecido o direito do consumidor a requerer a substituição do bem ou a devolução das quantias pagas quando, transcorrido o prazo de trinta dias, o vício não houver sido reparado.²¹⁵

A pesquisa realizada utilizando como critério processos que tenham sido julgados no período compreendido entre 1^a de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2020 contendo as expressões “art. 18” e “CDC” retornou com 2.474 (dois mil quatrocentos e setenta e quatro) acórdãos.

Apesar dos critérios não reportarem com exatidão o número real de processos envolvendo a aplicação do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, em decorrência de eventuais diferenças de grafia, é fato que, pelo número de bens que são comercializados diariamente, o número de controvérsias levadas ao Poder Judiciário é pequeno.

Esse fato pode se explicar pelos seguintes motivos: (i) os fornecedores, em sua maioria, estão observando os ditames das normas consumeristas e eventuais problemas (como vício do

²¹³ A pesquisa realizada utilizando como critério processos que tenham sido julgados no período compreendido entre 1^a de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2020 contendo “art. 18” e “CDC” retornou com 2474 (dois mil quatrocentos e setenta e quatro) acórdãos. Apesar dos critérios não reportarem com exatidão o número real de processos envolvendo a aplicação do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, é fato que, pelo número de produtos que são comercializados diariamente, o número de controvérsias levadas ao Poder Judiciário é pequeno. Esse fato pode se dar, porque (i) os fornecedores, em sua maioria, estão observando os ditames das normas consumeristas e são resolvidos extrajudicialmente; (ii) há celebração de acordos entre as partes quando designada audiência de conciliação; ou (iii) uma vez proferida a sentença, ela não é objeto de recurso por nenhuma das partes.

²¹⁴ TJSP, AC 1000423-32.2019.8.26.0048, 27.^a Câm. Dir. Priv., rel. Des. Rosângela Telles, j. 10.12.2020, DJe 10.12.2020.

²¹⁵ TJSP, AC 1030999-86.2017.8.26.0562, 36.^a Câm. Dir. Priv., rel. Des. Milton Carvalho, j. 10.12.2020, DJe 10.12.2020.

bem) são resolvidos extrajudicialmente; (ii) há celebração de acordos entre as partes quando designada audiência de conciliação; ou (iii) uma vez proferida a sentença, ela não é objeto de recurso por nenhuma das partes.

No entanto, ainda que haja imprecisão quanto ao número final de processos envolvendo a matéria, é forçoso reconhecer que o disposto no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor atende com justiça os anseios de consumidores e fornecedores, não sendo um ônus desarrazoado ao fornecedor promover o conserto do bem viciado em trinta dias ou substituir o bem quando tratar-se de bem essencial.

Todavia, a mesma conclusão pode não ser verdadeira se aplicada a outros nichos de fornecedores, como os que se dedicam ao pequeno varejo ou à fabricação de bens exclusivos.

4.2.2. Os fornecedores de bens cotidianos destinados ao pequeno varejo

No tópico anterior, tratou-se dos fornecedores que se dedicam ao grande varejo. Nesse momento, será analisado o contexto daqueles que se dedicam ao outro extremo, qual seja, fornecedores que se dedicam ao pequeno varejo.

Além dos bens que estão presentes em nosso cotidiano e que, em sua grande maioria, são advindos de processos industrializados de fabricação, há ainda uma parcela – mais reduzida – de bens que foram produzidos adotando-se a manufatura.

A manufatura se faz presente em nosso cotidiano, por exemplo, nos móveis residenciais ou, ainda, em peças de vestuário que não são fabricados por grandes fornecedores têxteis, mas sim por pequenos fornecedores que hoje se dedicam ao *slow fashion*.²¹⁶

Com efeito, além dos bens industrializados, têm ganhado cada vez mais espaço os fornecedores que não se dedicam à produção de uma grande quantidade de produtos e, em contrapartida, proporcionam aos seus clientes uma peça exclusiva ou feita sob medida.

²¹⁶ “O *slow fashion* (ou “moda lenta”, numa tradução literal) não é uma tendência exatamente nova. A expressão surgiu ainda na década de 1990, na Itália, e deriva de outro movimento, o *slow food*, que propõe uma forma mais consciente de se alimentar. Assim como o irmão da culinária, o *slow fashion* está atrelado a hábitos de consumo responsáveis, valorização de produtores locais e produção de itens com mais qualidade e durabilidade” (Fonte: <https://vocesa.abril.com.br/empreendedorismo/slow-fashion-uma-tendencia-de-moda-sustentavel-e-de-empreendedorismo/>. Acesso em: 12 jun. 2021)

No caso, por exemplo, dos marceneiros, é inegável que esses, apesar dos equipamentos utilizados, ainda se dedicam a um ofício extremamente artesanal, permitindo a criação de peças exclusivas e feitas sob medida ao seu consumidor.

No caso dos fornecedores que se dedicam à *slow fashion*, há uma revisitação e revalorização das peças que são produzidas de forma manual e em pequena escala. Essa modalidade também atrai os consumidores pela oportunidade de conhecer o processo de fabricação e a origem das matérias-primas utilizadas.

Nos últimos anos, viu-se crescer a preocupação com o consumo consciente e, juntamente com ele, a valorização de fornecedores que utilizam técnicas menos poluentes, de produtos nacionais (fomentando a economia pátria) e que não utilizam de mão de obra análoga à escrava que, infelizmente, é empregada por grandes indústrias têxteis ao redor do mundo e cujos produtos são comercializados em grandes empresas de *fast fashion*.

Esses *players* – pouco importando o seu tamanho – são classificados pelo nosso Código de Defesa do Consumidor como fornecedores, inexistindo qualquer diferenciação na aplicação das normas consumeristas para o fornecedor que se dedica ao pequeno varejo em relação àquele que se ocupa da produção em larga escala.

Nessa medida, o que ora se discute é a aplicação do disposto no código consumerista sem tomar em consideração o porte do fornecedor e ao qual nicho ele se dedica. Não se questiona, por exemplo, o valor de eventual indenização a ser paga pelo fornecedor pelos prejuízos advindos do vício apresentado pelo produto ou serviço, pois a sua fixação ficará a cargo do juiz.

O que se discute é a aplicação de normas sobre responsabilidade pelos vícios dos produtos e prazo para saneamento dos vícios sem que a condição do fornecedor seja relevante para aplicação integral ou mitigada.

Com efeito, os §§1.º e 2.º do artigo 18²¹⁷ do Código de Defesa do Consumidor determinam que o prazo máximo para o fornecedor sanar o vício é de 30 (trinta) dias e este

²¹⁷ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1.º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga,

poderá ser objeto de negociação entre as partes, não podendo ser inferior a 7 (sete) e nem superior a 180 (cento e oitenta) dias.

Para conferir maior proteção ao consumidor, o §2º do artigo supramencionado determina que, “nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor”.

Isso significa dizer que a redução ou a prorrogação do prazo para saneamento do vício deverá ser pactuado quando da contratação do produto ou do serviço, sem possibilitar que o fornecedor anteveja todos os imprevistos que poderão inviabilizar a observância do prazo de 30 (trinta) dias.

Somente a título de exemplo, imagine-se um marceneiro que foi contratado para projetar e fabricar móveis sob medida, uma empresa que se dedica à venda de móveis planejados e outra que se dedica à fabricação de móveis prontos para instalação.

Em caso de vício no produto, o prazo de 30 (trinta) dias pode se mostrar suficiente ou exíguo. Para a empresa dedicada à fabricação de móveis prontos para instalação e que, geralmente, são comercializados em grandes lojas do ramo, no caso de um dos seus produtos apresentar vício, será possível que, dentro do prazo legal, a peça retorne à sua sede para conserto ou, se necessário ou menos custoso, seja realizada a sua substituição.

A observância do prazo se mostra razoável porque os móveis são fabricados em maior escala e há grande possibilidade de mais peças constarem em seu estoque.

Caso o vício seja apresentado por um móvel fabricado por uma empresa especializada em móveis planejados, é possível que o prazo legal de 30 (trinta) dias seja observado.

No entanto, é preciso considerar que, a depender do vício, o prazo pode se mostrar insuficiente, porque requer-se bastante tempo para encaminhar o bem para análise, reparo e/ou substituição, sendo certo que, em alguns casos, os móveis são comercializados por empresas localizadas em município e produzidas por empresas localizadas até mesmo em outros estados do País.

monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço. § 2.º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Impor ao fornecedor que, previamente, convencie com o consumidor sobre a extensão do prazo para reparo, nos termos dispostos no Código de Defesa do Consumidor, é fazê-lo arcar com um ônus maior do que aquele imputado ao fornecedor que se dedica à produção em larga escala.

Não por outro motivo, se a aplicação do prazo de 30 (trinta) dias para fornecedores de pequeno porte se mostraria assaz onerosa, o que se poderá dizer de microempresários que se dedicam à marcenaria?

No caso de um vício, é possível que o maior problema a ser enfrentado por ele seja a ausência de matéria-prima, pensando que foi comprado o material para fabricação daquelas peças e, posteriormente, não seja possível encontrar matéria-prima do mesmo tipo e qualidade no prazo de 30 (trinta) dias, sendo necessário, nesses casos, a concessão de um prazo maior.

Há um desequilíbrio na imposição de prazos idênticos para fornecedores que, apesar de se dedicarem à mesma atividade, possuem nichos de atuação distintos e que demandam maior proteção do nosso ordenamento jurídico, não sendo crível a aplicação da letra fria da lei sem qualquer sopesamento ou exigindo desse fornecedor que, quando da celebração do contrato, fosse inserido de forma apartada um termo em que o consumidor concordasse que, em caso de vício, o prazo para conserto seria superior a 30 (trinta) dias.

O código, como o próprio nome remete, dedica-se à proteção do consumidor, todavia, considerando que o consumidor do século XXI não possui as mesmas vulnerabilidades que o daquele de quando fora promulgado o código, a aplicação sem o devido sopesamento das normas consumeristas poderá causar desequilíbrios.

O consumidor, ante os avanços da tecnologia, tem maior possibilidade de ter acesso à informação, sendo que dispensar aos fornecedores o mesmo tratamento sem reconhecer a suas desigualdades, poderá culminar na oneração maior de uns em detrimento de outros, sendo possível afirmar – como será explorado mais adiante – que há casos em que dever-se-ia mitigar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e buscar inspiração nas normas civilistas para resolver com maior equidade determinados litígios.

4.2.3. Os fornecedores de bens exclusivos ou especialíssimos

Na esteira dos fornecedores de bens que se destinam ao pequeno varejo, há aqueles que se dedicam a um nicho ainda mais específico; são eles os fornecedores de bens exclusivos ou especialíssimos.

Os fornecedores desse subgrupo se dedicam à produção de bens que não fazem parte do cotidiano da maioria da população e existem em razão do anseio do consumidor por maior especialização, aquisição de um bem exclusivo feito sob medida e/ou de bens destinados ao mercado de luxo.

Nesse nicho de atuação, não importa, necessariamente, o valor econômico do bem adquirido, mas sim a sua especialidade ou o valor agregado que ele possui, sendo esses os fatores decisivos para o consumidor optar pela aquisição desse tipo de produto à daqueles que são comercializados de forma ordinária.

Nesse sentido, como se está diante de bens exclusivos e/ou especialíssimos, o fornecedor tanto pode ser de grande porte quanto um microempresário. Dessa forma, a aplicação integral do Código de Defesa do Consumidor de modo indistinto para ambos poderá se mostrar muito onerosa.

Nesse nicho tanto pode estar inserido um fornecedor de pequeno porte, como, por exemplo, uma cooperativa que se dedica à produção de renda renascença, que é mundialmente famosa e tecida à mão por mulheres rendeiras das regiões Norte e Nordeste do Brasil como também fornecedores de grande porte e que se dedicam à comercialização de helicópteros ou automóveis de luxo, cujo valor ultrapassa a casa dos milhões de reais.

Nos dois exemplos mencionados, o consumidor que decide pela aquisição de qualquer um dos produtos supramencionados tem a consciência de que o bem adquirido não faz parte dos bens que são ordinariamente consumidos e de que se tratam de bens que, pelas suas características, podem demandar um prazo superior a 30 (trinta) dias para que eventual conserto seja realizado.

No momento da aquisição do bem, é pouco provável que as partes tenham em mente o prazo necessário para consertar o bem ou substituí-lo em caso de vício, não sendo possível antever os obstáculos que o fornecedor poderá enfrentar frente a um vício que se revele futuramente.

Dentre os exemplos escolhidos para ilustrar esse subgrupo de fornecedores e demonstrar as suas fragilidades, pensou-se nos fornecedores de peças que são produzidas manualmente, como vestidos de renda renascença.

Para tornar o exemplo ainda mais concreto, informa-se que há uma importante estilista alagoana, Marta Medeiros, que se dedica à alta costura e tem nas rendas o grande diferencial de sua marca. As peças são produzidas exclusivamente para a marca por artesãs de comunidades do Nordeste do Brasil, que hoje somam mais de 450 (quatrocentos e cinquenta) mulheres.

Caso uma das peças produzidas por sua marca apresente qualquer defeito, como desse trata de peças produzidas sob medida e considerando a utilização de renda produzida manualmente, é possível que o prazo de 30 (trinta) dias para promover o conserto não seja suficiente.

Com efeito, consoante é reportado no site da marca,²¹⁸ as rendas são produzidas por mulheres de comunidades rendeiras da região Nordeste do Brasil e que dedicam muitas horas dos seus dias para produzir a renda. Se a peça em que o vício for constatado utilizar uma grande quantidade de renda, considerando que produzidos manuais podem apresentar características próprias – a depender de quem teceu – é possível que a peça não tenha conserto, sendo necessária sua fabricação do zero.

Dessa forma, pelas características únicas de cada peça produzida, o prazo prescrito no artigo 18, §1º do Código de Defesa do Consumidor pode não ser suficiente.

No entanto, é preciso reconhecer que é a exclusividade das peças produzidas pela estilista Martha Medeiros que lhes agrega valor e atrai os seus consumidores, os quais estão cientes de que cada uma delas é única e produzida por um processo manual que não terá, a depender do caso, pronto reparo ou substituição.

Além dos bens manufaturados e produzidos sob medida, há outros bens que são produzidos por processos envolvendo alta tecnologia, por empresas de grande renome dentro de suas áreas de atuação e que, dentre os nichos que atuam, produzem peças em número limitado para colecionadores.

²¹⁸ <https://marthamedeiros.com.br/pages/quem-somos>. Acesso em 20 jun. 2021.

Um exemplo desses fornecedores é a Ferrari,²¹⁹ fabricante italiana de carros esportivos de luxo, fundada em 1947, com sede em Maranello e que, desde a sua fundação, tem seu nome relacionado à confiança, solidez e velocidade.

Na gama de veículos produzidos pela Ferrari encontram-se, por exemplo, desde a Ferrari 812 *Superfast*,²²⁰ produzida em série, quanto a Ferrari F60 America,²²¹ da qual foram produzidas apenas dez unidades ao preço médio estimado em R\$ 14.200.000,00²²² (catorze milhões e duzentos mil reais).

Nesse caso, se um consumidor adquirir a Ferrari 812 *Superfast*, apesar de essa ser, indiscutivelmente, ser um bem de luxo, pelo fato de ser produzida em série, seria razoável a expectativa de que a Ferrari possua peças para reparo do veículo no prazo de 30 (trinta) dias prescrito no artigo 18, §1º do Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante, é preciso considerar que o veículo em questão não é produzido no Brasil e que suas peças são importadas de outros países. Dessa forma, imprevistos – como o navio que encalhou por seis dias no Canal de Suez²²³ e trouxe severos danos ao comércio marítimo – poderão ensejar a inobservância do prazo prescrito no código consumerista sem que, todavia, seja possível impor qualquer penalidade ao fornecedor.

No entanto, o código consumerista não recepcionou as hipóteses de casos fortuito e força maior, sendo certo que, qualquer que seja o motivo, qualquer que seja o bem ou o nicho de atuação do fornecedor, o prazo para reparo do bem será sempre o mesmo a não ser que, no momento da celebração do contrato, as partes tenham acordado de forma distinta.

Nessa linha, se um vício em um veículo de luxo produzido em série poderia não ser reparado no prazo, muito menos seria um vício em um veículo produzido em série limitada a 10 (dez) unidades.

A exclusividade do bem pode implicar que, na hipótese de um vício, as peças para seu reparo e também os profissionais para fazê-lo tenham de ser importados, tornando ainda mais

²¹⁹ <https://www.ferrari.com/en-BR/history>. Acesso em 9 abr. 2021.

²²⁰ <https://www.ferrari.com/en-BR/auto/car-range>. Acesso em 9 abr. 2021.

²²¹ <https://quatorrodas.abril.com.br/noticias/ferrari-apresenta-edicao-especial-f60-america/>. Acesso em 9 abr. 2021.

²²² Valor apurado considerando o câmbio em 09.04.2021, com o dólar correspondendo a R\$ 5,68 (cinco reais e sessenta e oito centavos).

²²³ <https://www.correiobraziliense.com.br/mundo/2021/03/4914412-bloqueio-do-canal-de-suez-da-prejuizo-de-uss-400-milhoes-por-hora.html>. Acesso em 9 abr. 2021.

improvável que o prazo do código consumerista consiga ser observado e também possa ser considerado razoável à medida que o consumidor que adquire o bem – como um veículo produzido em número limitado – deveria ter a consciência de que, em caso de vício ou necessidade de repará-lo, isso demandará mais tempo que o conserto a ser realizado em um veículo, cujas peças são produzidas no Brasil ou produzidas em larga escala.

A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a situações como a presente se mostra mais evidente quando analisamos julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aplicando integralmente as normas dispostas no código consumerista a um caso envolvendo o reparo de um helicóptero.

No caso levado ao Poder Judiciário, o consumidor pleiteava que, ante a impossibilidade de ser promovido o reparo de seu helicóptero utilizado para momentos de lazer com a sua família e amigos, o fornecedor fosse condenado, nos termos do inciso I, do §1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor a substituir o bem.

O grande entrave, contudo, é o de que não há helicópteros a pronta entrega e nem o reparo consegue ser realizado no prazo de 30 (trinta) dias, porque, dependendo de onde tenha sido constatado o vício, é preciso que a peça seja remetida para análise técnica de profissionais localizados em outros países, sendo imperioso enfrentar todas as burocracias atinentes à exportação e importação de peças.

A controvérsia narrada já imporia severas dificuldades ao julgador porquanto, de um lado, há previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor de que o prazo máximo para reparo é de 30 (trinta) dias – sem qualquer ressalva – e, de outro, as peculiaridades do caso que permitiriam que o julgador não aplicasse o quanto prescrito no código consumerista à medida que a substituição do bem no prazo de 30 (trinta) dias se mostraria não somente extremamente onerosa ao fornecedor, como também impossível de ser cumprida.

No entanto, apesar das dificuldades e desafios impostos para solução equânime dessa controvérsia, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro determinou, em sede de tutela antecipada, a entrega de uma aeronave nova ao consumidor em atenção ao “direito à felicidade”, consoante se verifica no venerando acórdão proferido nos autos do Recurso de Agravo Interno em Agravo de Instrumento n.º 0062505-37.2014.8.19.0000, *in verbis*:

Agravo de Instrumento. Relação de consumo. Aquisição de helicóptero no Brasil. Incidência da Lei de Defesa do Consumidor para obrigar solidariamente todas as empresas causalmente incluídas na fabricação, produção, venda e

comercialização da aeronave e seus componentes ou acessórios em face do art. 7, parágrafo único, artigos 12, 18, 25, § 1º e § 2º, 32 e art. 51, inciso I e IV, todos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em diálogo de complementaridade com os arts. 89 e 90 do Código Civil. Irrelevância da ausência de capacitação para conserto do motor desde que se incluía no pedido de alternativa de sua substituição, sendo tal obrigação possível de ser cumprida, compartilhada com os demais envolvidos, ou não, junto à fabricante do motor como componente do helicóptero. Indiferença para a afirmação do direito do consumidor adquirente da unidade voadora no Brasil quanto aos negócios celebrados no exterior entre os fabricantes dos componentes e acessórios, com aquele da aeronave como produto final. (...) Direito de segurança à incolumidade física e ao lazer que se incluem no amplo espectro da dignidade humana como objeto de proteção constitucional. Proteção integral do consumidor, também, na vertente do direito à felicidade, de inclusão fundamental como geração ou dimensão relevante de direitos, já reconhecidos pelos STF como modalidade implícita e decorrente dos princípios adotados pela Carta Magna. Frustração à utilidade do bem, como atributo relevante do domínio que ofende de forma permanente e continuada a realização do status de felicidade, até definitiva solução da questão controvertida. (...) Por conta de tais fundamentos conheço e dou parcial ao provimento ao recurso, nos termos do art. 557 §1-A do Código de Processo Civil (TJRJ, Ag 0062505-37.2014.8.19.0000, 27ª Câmara Cív., rel. Des. Antônio Carlos dos Santos Bitencourt, j. 04.02.2015, DJe 27.02.2015).

Ao consumidor, em sede de embargos de declaração, fora reconhecido que a antecipação de tutela compreenderia, ainda, a entrega de helicóptero novo²²⁴ ao arripio das normas consumeristas que determinam a substituição por bem em perfeitas condições de uso, nos termos do artigo 18, § 1º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme fora exarado no relatório que acompanhou o acórdão proferido pela 27ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a aeronave adquirida pelo consumidor sofreu uma parada súbita e, de acordo com o fornecedor, não poderia ser reparada no prazo de 30 (dias), porque era imprescindível que fosse realizada perícia técnica para

²²⁴ TJRJ, EDecl 0062505-37.2014.8.19.0000, 27ª Câmara Cív., rel. Des. Antônio Carlos dos Santos Bitencourt, j. 09.04.2015, DJe 29.04.2015 (“Embargos de Declaração de ambas as partes. (...) Pelo embargante Fernando Augusto Henriques Fernandes, em seus embargos alegou contradição e até omissão quanto ao que ficou considerado na votação em plenário e na conclusão escrita do acórdão embargado. Os vícios ou defeitos que fundamentam os embargos nos termos do art. 535, inciso I e II do CPC podem ocorrer no corpo do acórdão, entre este e sua ementa, nesta, e na divergência entre o voto oral em plenário e sua redação ao que ficou registrado. No caso, observa-se que na votação em plenário, reconheceu-se o direito de escolha ou concentração do pretendido à pessoa do autor-consumidor, por conta do art. 18, §1º, inciso I do CDC, e esse original manifestação é que prevalece sobre o seu equivocado registro físico e escrito, daí porque os embargos devem ser conhecidos e acolhidos para determinar que o embargante e demais réus, em solidariedade entreguem helicóptero novo da mesma espécie e qualidade, mantida no mais e na extensão a decisão objurgada. Conhecimento e provimento formal sem alteração de conteúdo dos aclaratórios da Rolls Royce Brasil Ltda e conhecimento e acolhimento integral dos embargos aclaratórios do consumidor”).

identificar se a paralisação decorreria de vício do produto ou da inobservância pelo consumidor das suas obrigações e calendários de manutenção.²²⁵

O consumidor precisaria promover a substituição de algumas peças – conforme manual que acompanha o produto – sendo certo que a não realização das manutenções dentro do prazo poderia causar danos ao equipamento e até a sua paralisação, sendo necessário o envio da peça para técnicos sediados no exterior para análise.

A análise dos vícios reportados, quando não se mostram questões rotineiras, é de extrema importância, porque auxiliam os fornecedores na melhoria das tecnologias a serem empregadas e até mesmo ensinam, caso se perceba o cometimento de falha técnica, que se promovam o *recall* para reparo de todos os equipamentos daquele modelo.

²²⁵ TJRJ, Ag 0062505-37.2014.8.19.0000, 27.^a Câm. Cív., rel. Antônio Carlos dos Santos Bitencourt, j. 04.02.2015, DJe 27.02.2015 (“Trata-se de relação de consumo a ser solucionada pela legislação pátria. A aquisição do produto foi feita em solo brasileiro, junto à importadora Audi S.A Helicópteros e Aviões. Inegável a confissão da fabricante do motor quanto ao defeito no produto, e que não pode ser atribuído ao consumidor por força do chamado risco do empreendimento de todos os envolvidos na cadeia de consumo. Admitiu expressamente: “baseado em nossa análise de engenharia abrangente de toda a evidência e dados, que indica para o parafuso de retenção de embreagem fraturado da unidade de embreagem/roda livre da aeronave (abordado no BOLETIM DE SERVIÇO R66 SB-05B, que estabelece que este parafuso deve ser substituído nas próximas 100 horas de operação ou em 31 de março de 2013), a Rolls Royce lamentavelmente deve negar sua solicitação de que este reparo de motor seja coberto pela garantia do novo motor instalado por outros fabricantes RR300.” E isso é fato e prova nova que poderia ter sido apreciada em primeiro grau, sem ofensa à litispendência e ao grau de jurisdição superior. A solidariedade é evidente a teor do artigo 7º e 25 e parágrafos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. E a falha ou o defeito na prestação do serviço e fornecimento do produto, pelo claro propósito de todos não cumprirem com o que está disposto no artigo 32 da lei de consumo, que assim estabelece: Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. A hipótese é muito mais do que defeito do produto e falha no serviço de assistência, é também por vício informacional, com fundamento nos artigos 12 e 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor do que propriamente a do artigo 18, que se restringe a mero vício. Naqueles dispositivos o risco e o dano são sempre maiores, porque põem em jogo a segurança do consumidor. No arcabouço de direitos do microsistema do consumo, o usuário final do produto, por sua vulnerabilidade suposta ope legis (art. 4º, inciso I, do CDC) dispõe de um arsenal de instrumentos, dentre os quais a informação adequada, a proteção contra propaganda enganosa, a proteção integral para prevenção e reparação dos danos e, no plano processual, a facilitação da defesa desses direitos com a possibilidade, inclusive, da inversão do ônus da prova, quando verossímil sua alegação ou reconhecida sua hipossuficiência. Viceja nas demandas de consumo o princípio da carga dinâmica da prova, incumbindo de fazê-la quem tenha as melhores condições de produzi-la. A par da complexidade teórica do assunto, e pelas naturais mudanças da prospecção processual, com todas as suas vicissitudes, onde a melhor condição se modifica e altera, de parte a parte no itinerário processual, logo de início parece que tal sorte se deposita com exclusividade nas mãos do autor consumidor leigo, como fato constitutivo e que na hipótese trouxe verdadeira confissão da fabricante do motor quanto ao bloco de responsabilidade solidária. Portanto, o aguardar o desfecho da demanda significaria homenagear e aplaudir o que de pronto se molda aos fins antecipatórios e ainda que por cognição breve, um produto defeituoso, com serviços informacionais falhos em total desrespeito e desprezo ao direito fundamental do consumidor brasileiro. E isto prevalece, por ora, sobre o contraditório que tem natureza processual, e é naturalmente diferido, postecipado na questão de urgência. Quanto ao fato de se tratar de objeto destinado principalmente ao lazer, nem por isso se transforma em um direito de segunda classe ou categoria, que não suscite o pronto atendimento à sua violação. Em algum momento houve risco à segurança da vida de pessoas – e isso é o bastante para a tutela de urgência – quando o piloto precisou abortar uma decolagem pela indicação de pane (ou sua suspeita) no motor, que pela mais simples regra de prudência recomendava a paralisação de toda e qualquer atividade da aeronave, assim privando seu dono e demais usuários de desfrutá-la com segurança, até que fosse solucionado o “imbróglio”).

Não se pretende negar que a relação havida entre as partes seja de consumo e que o consumidor tem o direito de ver reparada a sua aeronave e indenizados eventuais danos que possa ter suportado em decorrência da impossibilidade de fruição do bem.

No entanto, é forçoso reconhecer que, ante as peculiaridades do caso, a aplicação dos prazos dispostos no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor da aeronave obrigação muito onerosa, à medida que não é possível promover o conserto do bem no prazo de 30 (trinta) dias e a substituição da aeronave por outra nova impor um prejuízo maior (e desnecessário) ao fornecedor do que um reparo pontual, que poderia ser suficiente.

O código consumerista prevê a substituição do bem por outro de mesma qualidade e em condições de uso e não necessariamente um bem novo. Além disso, há a possibilidade de, após a perícia, ser constatado que o vício reportado advém da inobservância pelo consumidor do calendário de manutenções e, portanto, a responsabilidade do fornecedor restaria afastada.

A ausência de ponderações no Código de Defesa do Consumidor para permitir que, em casos como os narrados, a aplicação do código consumerista seja mitigada, impõe aos julgadores a tarefa hercúlea, uma vez que a aplicação convencional acarretaria um resultado iníquo.

O artigo 7.º do Código de Defesa do Consumidor prescreve que os direitos previstos no referido código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

É autorizada, portanto, quando as normas consumeristas se mostrarem incipientes, a aplicação de outros regramentos que resultem na melhor resolução da lide, sendo possível aos julgadores, em um caso de tamanha excepcionalidade, valerem-se de normas que não as consumeristas para resolver-se a lide, como as normas prescritas no Código Civil.

Como aponta Hans Kelsen,²²⁶ o juiz não pode se limitar a aplicar o texto da norma, devendo, diante do caso concreto, promover a interpretação do texto normativo para então aplicá-lo, uma vez que o Direito a ser aplicado é uma moldura dentro da qual existem várias

²²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

possibilidades de aplicação, defendendo que “é conforme no Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.

O juiz, ante ao caso concreto, deverá considerar todas as peculiaridades e especificidades para alcançar-se a melhor solução, inexistindo a obrigatoriedade de, apesar de estar frente a uma relação de consumo, aplicar sem qualquer sopesamento as normas consumeristas.²²⁷

Em casos como o reportado, poderia o julgador, em vez de aplicar as normas consumeristas no que tange à observância do prazo de 30 (trinta) dias pelo fornecedor, ter solucionado a demanda com a aplicação das normas civilistas, determinando que fosse concedido maior prazo para reparo do bem e, em contrapartida, durante a instrução probatória fosse disponibilizada ao consumidor uma aeronave para sua utilização, à luz do Projeto de Lei nº 142/2015, que determina que as assistências técnicas deverão disponibilizar um aparelho celular ao consumidor enquanto o outro estiver no conserto.

Assim, se ao final da instrução probatória fosse verificado que o vício reportado ocorreu por culpa do consumidor, ele seria condenado a pagar ao fornecedor os custos com a aeronave colocada à sua disposição, devendo arcar também com os custos do reparo da aeronave. Se, de outra banda, fosse verificado que o vício ocorreu por culpa do fornecedor, nada seria devido pelo consumidor e o bem seria entregue devidamente reparado ou, na impossibilidade de fazê-lo, ser-lhe-ia entregue uma nova aeronave ou o valor correspondente.

Ignorar a fragilidade do Código de Defesa do Consumidor e a possibilidade de hipossuficiência do fornecedor em casos excepcionais, como o narrado, é o mesmo que compactuar com a prolação de decisões injustas, porque o fornecedor também tem direito a proteção e limitar a justiça dessas decisões à observância estrita do texto normativo é irrazoável.

²²⁷ “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.

4.2.4. Os fornecedores de bens essenciais, cuja utilização se perpetua no tempo

Por fim, temos o subgrupo dos fornecedores de serviços, cuja execução se perpetua no tempo. A perenidade da relação pode decorrer tanto da vontade das partes quanto da inexistência de outros fornecedores autorizados à prestação de determinado serviço, destacando-se os fornecedores de serviços públicos, os concessionários e ainda as instituições financeiras, porque, em regra, os contratos celebrados com esses fornecedores são a prazo indeterminado, podendo inclusive perdurar por toda a vida.

Não poderia ser diferente, uma vez que os serviços que comumente são objeto desse tipo contratual são básicos como fornecimento de água, tratamento de esgoto, telefonia, saúde e serviços financeiros, os quais, por sua natureza, demandam a utilização de contratos de adesão.

Nesse ponto, é preciso destacar que em algum desses casos os termos contratuais não podem ser dispostos exclusivamente pelo fornecedor, devendo atentar sobre os contratos ditados, o que torna cada vez mais necessária a contratação desses serviços por meio de contratos de adesão.

Além de os principais serviços essenciais serem objeto, em regra, de contratos de adesão, nos últimos anos verifica-se um processo de “servicização”²²⁸ à medida que os contratos de consumo – cada dia mais – estão se tornando contratos que envolvem obrigações de fazer e não mais obrigações de dar.

Se antes – quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor – pensava-se em serviços essenciais como sendo fornecimento de água, luz, telefonia e os decorrentes de atividades bancárias, com o passar dos anos e o maior acesso da população à rede mundial de computadores, verificou-se o surgimento de uma nova modalidade de serviços: os serviços digitais.

Com efeito, no final dos anos 1990, acompanhou-se o alavancar dos serviços envolvendo telefonia e a popularização do acesso à *internet* e bens de consumo como computadores e celulares. Tais produtos, que antes eram comercializados a uma parcela menor da população, começaram a se tornar acessíveis à população em geral.

²²⁸ Expressão cunhada por: MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente., *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, p. 79-122, 2000.

Popularizou-se o uso desses aparelhos e, por meio deles, o uso da *internet*, transformando não somente a forma de as pessoas se comunicarem, mas, principalmente, de as pessoas consumirem.

Os aparelhos celulares (e, posteriormente, os *smartphones*) tornaram-se ferramentas imprescindíveis para a sociedade atual, deixando de ser aparelhos voltados somente para realização e recebimento de chamadas telefônicas e tornando-se uma espécie de computadores de mão, por meio dos quais as pessoas podem acessar suas redes sociais, e-mails, programas de troca de mensagens, aplicativos vinculados às suas contas bancárias e uma infinidade de outros *devices* que visam à facilitação das atividades do cotidiano e também atender às novas formas de consumo.

Isso porque, atualmente, os consumidores não anseiam apenas pela mera aquisição de produtos; em alguns casos, prefere-se, caso haja a opção, o seu compartilhamento com os demais e somente a aquisição do direito de também utilizar ou ter acesso ao bem.

Como exemplo da afirmação acima, é possível citar as plataformas de *streaming*. As plataformas de *streaming* são a nova forma de acesso e consumo de conteúdo sob demanda, por meio das quais qualquer dispositivo conectado à internet é apto a acessar as mais diversas plataformas para desfrutar de produções de qualidade e voltadas a diferentes gostos, oferecendo muitos benefícios para os usuários como a segurança e a facilidade.

Isso significa dizer que, muito raramente, um consumidor irá aguardar o lançamento de um álbum para adquiri-lo ou de um filme para locá-lo. Tanto os álbuns quanto uma infinidade de filmes e seriados são lançados constantemente nessas plataformas, sendo possível ao seu usuário o acesso imediato ao seu conteúdo sem a necessidade de adquirir materialmente o produto.

O consumidor, diversamente do que ocorria no passado, adquire o direito de uso da plataforma e, por meio dela, tem acesso ao álbum desejado ou ao mais recente lançamento de um filme. O consumidor adquire, portanto, o direito de ter acesso aos serviços da plataforma, como ocorre com tantos outros produtos que antes eram objeto da aquisição de bens materiais e hoje admitem a aquisição de direitos de uso.

É inegável que a sociedade está se transformando em decorrência do avanço da tecnologia e que a forma das pessoas consumidores sofre os impactos dessas transformações, sendo essa a grande novidade da economia circular em matéria contratual à medida que, com a

“servicização” dos produtos, os contratos deixam de prever a aquisição destes e passam a regulamentar o seu uso pelo período que for mais conveniente ao consumidor.²²⁹

Os contratos de cativos de longa duração são o modelo contratual típico dessas relações, porque muitos dos serviços contratados o são por prazo indeterminado, ante a gama infindável de bens que estão passando por esse processo de compartilhamento.

Com efeito, a título de exemplo, pode-se citar os serviços digitais para acesso à informação, substituindo jornais e revistas, haja vista que algumas passaram a ser produzidas somente em formato digital, *cloud services* para armazenamento de dados em meios digitais ao invés de disquetes, CD e *pen drives*, aplicativos de comunicação instantânea, que substituem com muito mais recursos os serviços de telefonia, sendo os seus principais representantes o WhatsApp, Zoom e Skype.

Os contratos celebrados para aquisição ao direito de uso desses produtos, em regra, os são celebrados por prazo indeterminado, porque tem-se a expectativa de que a relação entre as partes se torne perene.

E é o anseio de perenidade que faz com que a regulamentação desses contratos não possa estar atrelada a princípios e regras extremamente rígidas, sob pena de serem cometidas impropriedades.

O Código de Defesa do Consumidor prescreve no artigo 51 hipóteses em que as cláusulas contratuais poderão ser consideradas nulas. Dentre elas, estão as cláusulas que permitem ao fornecedor a alteração das cláusulas contratuais, após a celebração da avença, na hipótese de elas promoverem a alteração dos preços ou modificarem o conteúdo ou a qualidade do contrato (inciso VIII).

O Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de anulação das cláusulas que se mostrem excessivamente onerosas para o consumidor, considerando-se o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.²³⁰

²²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. 30 anos de Código de Defesa do Consumidor: Revisando a Teoria Geral dos Serviços com base no CDC em Tempos Digitais. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona (Org.). *Direito do consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 4.

²³⁰ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: (...) III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

No entanto, ao analisar-se as cláusulas que, inicialmente, podem ser consideradas abusivas, é preciso ter em mente que o princípio que deverá nortear a análise não é somente o princípio da vulnerabilidade do consumidor, mas também os princípios da boa-fé contratual, da transparência, do equilíbrio contratual e, por fim, o princípio da equidade, o qual impõe ao julgador que sejam tomadas em consideração as consequências que serão geradas tanto ao consumidor como ao fornecedor se determinada cláusula vier a ser anulada.

Nos contratos cativos de longa duração deve ser considerado que o legítimo interesse das partes é a perpetuação da relação contratual, sendo que, por questões que não poderiam ser previstas em um primeiro momento (ou até mesmo em virtude da negociação do fornecedor com terceiros), não é possível garantir a manutenção das cláusulas inicialmente acordadas, sendo imprescindível, para a manutenção da avença, que essas sejam alteradas.

Tal qual um casamento, nas relações advindas dos contratos cativos de longa duração é preciso que ambas as partes arquem com os ônus da sua manutenção em prol do objetivo comum, qual seja a perpetuação da relação de forma que os envolvidos tenham suas expectativas satisfeitas, respeitados os limites das contraprestações que cada uma das partes deseja assumir.

Por essa razão, como será abordado a seguir, ao deparar-se com a suposta abusividade de uma cláusula prevista em um contrato cativo de longa duração, deve o julgador indagar-se sobre os impactos que serão causados ao fornecedor, bem como quais ônus ele deverá suportar.

Não se pode ao promover a resolução de uma controvérsia isolada, alterar a estrutura contratual e impor ao fornecedor ônus que não haviam sido objeto de análise e aferição do risco desde o início, sob pena de não somente impossibilitar a manutenção da avença com o consumidor em questão como perante todos os demais consumidores que estejam vinculados a esse mesmo modelo contratual.

Como será analisado adiante, o contrato de consumo – em qualquer uma das suas modalidades – tem por fim último a obtenção de lucro. A depender da intervenção judicial nos contratos, a manutenção deles pode tornar-se desinteressante, fulminando o desejo daquele fornecedor e dos consumidores que contrataram os seus serviços de que a relação estabelecida seja mantida por prazo indeterminado.

4.3. Os contratos cativos de longa duração e os danos causados ante a aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor: uma análise dos contratos de plano de saúde e seguro-saúde

O instrumento contratual tem por objetivo formalizar a intenção das partes que, livre e conscientemente, manifestaram a sua vontade de contrair obrigações e deveres almejando atingir satisfatoriamente os anseios de cada um dos envolvidos.

O direito contratual visa suprir as circunstâncias, quando se tratar de esclarecer, ou a iniciativa das partes contratantes possa não levar a resultados satisfatórios e, não por outra razão, afirma-se que o papel do Estado é supletivo.

Ao celebrar um contrato – qualquer que seja a sua modalidade – as partes envolvidas, em maior ou menor grau, avaliaram os riscos envolvidos na contratação para, motivadamente, tomar a sua decisão.

No entanto, é sabido que muito raramente é possível que as partes analisem todos os riscos que permeiam o negócio e mapeiem adequadamente todos os eventos que poderão ocorrer no futuro, os quais poderão ensejar a revisão da avença anteriormente celebrada.

O direito contratual, prevendo a existência das lacunas contratuais e o desconhecimento das partes sobre todos os riscos envolvidos, prevê regras e princípios para a resolução de eventuais controvérsias futuras e para afastar atos de oportunismo.

O objetivo das normas públicas é estimular os contratantes a agirem de forma cooperativa e honesta em prol do atingimento de benefícios comuns a todos os envolvidos na transação.

O afastamento das condutas oportunistas ainda é buscado com a prevenção dos erros conhecidos mais evitáveis que são cometidos pelos contratantes, supressão das condições “normais” do contrato (na medida em que as questões envolvidas naquela negócio não justificam a sua inclusão nos pactos, como no caso da celebração de contratos de prestação de serviços simples como aqueles envolvendo reparos residenciais) e, por fim, através da

uniformização dos contratos de forma a reduzir a complexidade associada à sua conclusão, servindo como instrumento para tal finalidade o contrato de adesão.²³¹

As normas públicas para revisão contratual são de suma importância, porquanto é da natureza dos contratos serem necessariamente incompletos, em maior ou menor grau, porque é impossível prever todas as situações que poderão ocorrer após a celebração da avença.

Com efeito, se é difícil cogitar todas as hipóteses que poderão ocorrer após a celebração de um contrato simples – como o prevendo a contratação de serviços para pintura de uma residência – o que se poderá dizer dos contratos cuja execução é diferida no tempo?²³²

Há contratos que são renovados por longos períodos e a sua execução é diferida no tempo, trazendo consigo grande carga de imprevisão e, conseqüentemente, de incompletude e, por essa razão, são tão importantes as normas públicas e os princípios da teoria contratual, à medida que são capazes de restabelecer o equilíbrio do contrato.

O princípio mais aplicado para alcançar-se o equilíbrio do contrato é boa-fé, mas a sua aplicação exige extrema parcimônia, sob pena de serem cometidas arbitrariedades, por não se ter conhecimento aprofundado do *core business* do fornecedor e da forma como foi realizada a alocação de riscos.

Como forma de melhor analisar esse modelo contratual – contratos cativos de longa duração – e os impactos que a aplicação irrefletida do Código de Defesa do Consumidor a esses contratos podem causar, dedicar-se-á ao estudo dos contratos de plano de saúde e seguro-saúde, uma vez que são contratos regulados que, por sua natureza, envolvem importante alocação de

²³¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 418-19.

²³² Nesse sentido, Ejan Mackaay e Stéphane Rosseau apontam que “[t]odos os contratos são, pois, necessariamente, e em graus variáveis, incompletos. Os contratos de pequena monta ou valor não justificam que as partes envidem grande esforço para precisar seu conteúdo, consideração que explica os traços essenciais do direito do consumo. A fórmula de minimização proposta por Wittman permite entender que haveria circunstâncias nas quais a intervenção legislativa ou jurisprudencial, em função dos ganhos de escala, permitiria reduzir o custo total de acidentes de percurso (“regulação”). O legislador teria vantagem comparativa ao precisar normas básicas para o conjunto de contratos concluídos pelos consumidores. A vantagem comparativa do legislador na formulação de regras diminui em função dos custos de inadequação, na medida em que voltamos a atenção para relações comerciais específicas, ou quando os temas são mais importantes, ou nos casos de contratos novos, como, atualmente, os celebrados pela Internet. Diante de tais circunstâncias, é pertinente recorrer aos usos do setor. Há controvérsias sobre os usos serem ou estarem aptos a fornecer respostas a questões pontuais ou inéditas, além dos habituais”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 421-22.

riscos, sendo certo que quaisquer revisões contratuais poderão impactar de forma negativa nas atividades desenvolvidas pelo fornecedor.

4.3.1. A correta alocação do risco como elemento essencial dos contratos de plano de saúde e seguro-saúde

O risco pode ser definido como a incerteza que permeia todas as decisões humanas. É o elemento que, ainda que ignorado, está presente em cada ato cotidiano.

O risco costuma se referir às matérias de que ao menos se tem um conhecimento estatístico. Já a incerteza permeia os acontecimentos da vida em que esses dados não estão disponíveis, sendo necessário uma estimativa das possibilidades.²³³

Entrementes, seja ante a ciência dos riscos de adotar determinada conduta ou ante a absoluta incerteza de seu resultado, é certo que cada pessoa, em maior ou menor grau, assume ou toma riscos, lançando-se em projetos cujos resultados são incertos. O risco e a incerteza são considerados como custos da tomada de decisão, razão pela qual as pessoas buscam o seu afastamento por completo e, quando não possível, a sua redução.

O risco é o elemento necessário a todo contrato de seguro, sem o qual o contrato não tem validade. É por meio do contrato de seguro que o segurador assume o dever de arcar com as consequências economicamente adversas da conversão em sinistro de determinado risco a que o seguro está exposto.

No entanto, trata-se apenas de uma impressão, porque o risco não é propriamente transferido ao segurador e tampouco eliminado, mas o segurado tem a impressão de que não há mais risco a ser suportado e que ele foi transferido, passando a gozar de certa tranquilidade.²³⁴

Nessa esteira, tem-se que a saúde é um dos bens mais preciosos dos seres humanos e que a carga de riscos e incertezas quanto à sua manutenção é mais presente.

O indivíduo – pelo seu histórico familiar – pode ter conhecimento dos riscos de desenvolver uma determinada patologia, mas também pode ser surpreendido pelo acometimento de uma síndrome absolutamente desconhecida por ele.

²³³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 33.

²³⁴ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviço*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 56-7.

Não por outro motivo, a manutenção da saúde é um bem que os indivíduos buscam garantir. Nesse sentido, como forma de garantir esse bem, é comum a contratação de planos de saúde ou de seguros saúde com o fim de assegurar que, na hipótese de o indivíduo vir a ser acometido de uma patologia, possa receber o tratamento adequado.

O indivíduo transfere uma parcela dos riscos da manutenção da sua saúde e bem-estar às operadoras de planos de saúde ou às seguradoras aceitando pagar mensalmente um determinado valor que não lhe será restituído caso não tenha necessidade de eventuais serviços médicos.

Com efeito, quando o indivíduo decide pela contratação de seguro-saúde, tem-se a presunção de que uma extensa gama de riscos e incertezas é transferida a esses fornecedores que, diante da análise do caso concreto, conseguirão estipular o valor da contrapartida a ser dada pelo consumidor – o prêmio.

Nessa medida, é importante destacar que os planos de saúde, assim como outros seguros tradicionais, são similares no que se refere “aos fundamentos do risco e do próprio mutualismo, sendo um sistema de compartilhamento dos riscos em que muitos contribuem para que alguns utilizem o serviço quando necessário”.²³⁵ Esta é uma das razões pelas quais, apesar de os contratos de plano de saúde e de seguro-saúde – em sua imensa maioria – não serem elaborados de forma individualizada, é certo que, para que o fornecedor possa calcular os riscos envolvidos naquela contratação, deve ser oportunizada a ele o pleno conhecimento sobre as condições de saúde precedentes e atuais do contratante.

A razão para tanto repousa no fato que as operadoras de planos de saúde e as seguradoras irão dividir com o indivíduo os riscos e incertezas envolvidos na manutenção de sua saúde. Pode-se considerar, dessa forma, que a alocação de riscos nos contratos é dimensão de extrema importância e, por essa razão, espera-se contar com a mais estrita boa-fé das partes envolvidas.

A boa-fé ganha intensos relevos na celebração desse tipo de contrato, porquanto somente em um mundo hipotético cada segurado se encontrará em uma categoria em que o risco particular individual corresponda, exatamente, a seu benefício.²³⁶

²³⁵ ALVES, Sandro Leal. A regulação do setor de seguros: aspectos econômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 483.

²³⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 133

Essa impossibilidade – lançada por vezes como algo alcançável apenas na ficção – decorre dos custos da transação, porquanto envolveria a inspeção do bem segurado, no caso um *check up* completo do consumidor, no momento da conclusão do contrato e a sua repetição de tempos em tempos.

A realização de *check up*, contudo, além de custosa, não se mostraria suficiente, porque daria às operadoras de planos de saúde e às seguradoras apenas uma fotografia da saúde do indivíduo naquele momento, sem que isso aponte suas predisposições genéticas para contrair certas doenças no futuro, por exemplo.

Quando o bem segurado é a vida, os riscos e incertezas envolvendo a sua manutenção são muitos e desconhecidos até mesmo para as operadoras de planos de saúde e as seguradoras, elevando os riscos do negócio.

Nesse sentido, a transparência das informações assume papel de elevada importância, porquanto se as informações prestadas pelo consumidor estiverem viciadas, o seguro pode se tornar inviável.

Como resposta à essa problemática, o Código Civil sanciona com severidade toda reticência pelo segurado,²³⁷ exigindo de sua parte a mais estrita boa-fé e veracidade tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes,²³⁸ sendo certo que, se as informações prestadas não corresponderem à realidade, o segurado poderá perder a garantia contratada.²³⁹

²³⁷ Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

²³⁸ Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

²³⁹ TJSP, AC 0595177-28.2000.8.26.0100, 36.^a Câ. D. Priv., rel. Des. Milton Carvalho, j. 27.08.2015, DJe 28.08.2015 (“PLANO DE SAÚDE – INDENIZAÇÃO – DOENÇA PRÉ-EXISTENTE RECONHECIDA – LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO – MÁ-FÉ DO SEGURADO EVIDENCIADA – PROVAS BASTANTES QUANTO AO IRREGULAR PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO DE SAÚDE - CARACTERIZADA A OMISSÃO DE INFORMAÇÃO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 766 DO CÓDIGO CIVIL – CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE HAVIDO POR LEGÍTIMO – SENTENÇA REFORMADA – APELO DO AUTOR REJEITADO – RECURSO DO REQUERIDO ACOLHIDO (TJSP, AC 0011897-67.2010.8.26.0004, 2.^a Câ. D. Priv., rel. Des. Giffoni Ferreira, j. 18.02.2014, DJe 21.02.2014); AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS HOSPITALARES. Seguro-saúde. Denúnciação à lide à seguradora. Condenação dos réus, no limite da herança. Doença preexistente e cirurgia anterior não mencionadas na declaração de saúde. Certidão de óbito em que consta insuficiência cardíaca como uma das causas da morte. Omissões que afastam o direito à indenização securitária pretendida. Incidência do art. 766 do CC. Dever do segurado de prestar informações verdadeiras, em respeito à boa-fé que deve nortear a relação. Sentença mantida. Recurso desprovido”).

O segurado também será penalizado caso, ciente do agravamento dos riscos envolvidos na contratação, não o comunique ao segurador, porquanto ao omitir informações desse gênero, o segurado promoverá o desequilíbrio da avença anteriormente celebrada.²⁴⁰

O equilíbrio dos contratos de plano de saúde e de seguro-saúde²⁴¹ depende da confiabilidade das informações prestadas por ambas as partes, porquanto delas dependerá o cálculo da mensalidade ou prêmio a ser pago e, não por outro motivo, ocorrendo qualquer modificação que imponha a assunção de maiores riscos pelo fornecedor, o contrato em questão deverá ser revisto a fim de reequilibrar-se a relação.

4.3.2. Contratos de plano de saúde e seguro-saúde: os contratos regulados

Os contratos de plano de saúde e os de seguro-saúde são regulados²⁴² por lei específica, a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estando sujeitos também aos regramentos impostos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A saúde é um direito social básico assegurado constitucionalmente,²⁴³ cuja proteção também foi concedida à iniciativa privada,²⁴⁴ inexistindo monopólio nesse setor. No entanto, dada sua relevância pública, as ações e serviços de saúde devem ser regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público.²⁴⁵

²⁴⁰ Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

²⁴¹ O plano de saúde é um conjunto de serviços oferecido por uma empresa privada que engloba uma rede de atendimentos com médicos, laboratórios, fisioterapeutas, psicólogos, entre outros, dependendo da categoria selecionada. Cada empresa tem sua própria rede de atendimentos, variando bastante em relação à cobertura e abrangência. As empresas maiores costumam oferecer um serviço mais consistente e de melhor qualidade, com cobertura mais ampliada, indicada para quem costuma viajar muito ou se muda com frequência de cidade. Os seguros-saúde, por sua vez, deixa o beneficiado livre para escolher seu médico, seu laboratório, entre outros serviços. A grande diferença, portanto, entre plano e seguro saúde é que esse último tem como objetivo reembolsar o cliente por despesas médicas com consultas, cirurgias, exames clínicos, tratamentos diversos e internações realizadas, sendo que estes serviços podem ser escolhidos livremente pelo segurado. O reembolso deve ser feito em todas as categorias, de acordo com o plano escolhido.

²⁴² Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

²⁴³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁴⁴ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

²⁴⁵ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O sistema de saúde brasileiro se caracteriza pelo seu hibridismo, dando origem a dois subsistemas, quais sejam: (i) o Sistema Único de Saúde – SUS, consolidado pela Constituição Federal em vigência e normatizado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e pela Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990; e (ii) Sistema Privado da Saúde também conhecido como supletivo ou suplementar, regulamentado pela Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998 e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

O sistema privado de saúde engloba a prestação direta dos serviços por profissionais e estabelecimentos de saúde ou a intermediação dos serviços, mediante a cobertura dos riscos da assistência à saúde pelas operadoras de planos de assistência à saúde, oferecidos no mercado através de contratos dos planos privados de assistência à saúde, os chamados planos de saúde, incluindo, também, nessa terminologia, os seguros-saúde, cujos custos são financiados pelos contratantes dos serviços e pela atividade empresarial das operadoras.

As operadoras, entretanto, não podem dispor livremente acerca das coberturas que serão ofertadas, devendo ser atendido a um rol mínimo prescrito pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e os regramentos dispostos na Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde).

A Lei dos Planos de Saúde²⁴⁶ impõe uma disciplina específica para as relações de consumo por meio do disciplinamento da cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos cobertos e excluídos, doenças e lesões preexistentes e cumprimento de cláusulas contratuais.²⁴⁷

É lícito às operadoras, portanto, estabelecerem os limites para abrangência dos planos ofertados aos consumidores e estabelecer, igualmente, os procedimentos e eventos que são cobertos pelo plano escolhido.

A Lei dos Planos de Saúde estabelece, no artigo 10, que as operadoras deverão prever a cobertura de todas as doenças previstas na Classificação Internacional de Doenças (CID) da

²⁴⁶ É importante destacar que A Lei dos Planos de Saúde não regula apenas as relações comerciais entre as operadoras e os consumidores. A referida lei dedica-se nos artigos 8^a e seguintes a estabelecer normas de controle de ingresso e saída das operadoras no mercado e no artigo 22 a estabelecer normas relativas à solvência e liquidez das operadoras, porquanto não se pode conceder que os consumidores, ante a insolvência dessas empresas, tenham os seus tratamentos suspensos ou interrompido pelo enfrentamento de dificuldades financeiras.

²⁴⁷ GREGORI, Maria Stella. Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona (Org.). *Direito do consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 303.

Organização Mundial de Saúde (OMS), a partir de um rol de procedimentos fixados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, de acordo com a segmentação do plano adotada.

As operadoras não possuem discricionariedade para decidir o que será objeto ou não de cobertura; há um regramento bastante forte para assegurar que o consumidor tenha protegido em sua integralidade o seu direito à saúde.

Para fiscalizar se as operadoras estão observando todos os regramentos prescritos para o exercício de sua atividade, há a Agência Nacional de Saúde Suplementar que, dentre outras funções, tem por escopo regular, fiscalizar e monitorar as operadoras.

A Lei de Planos de Saúde prescreve, no artigo 35-G, que “aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078/1990”.

No entanto, considerando que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é uma norma principiológica e que se aplica a todas as relações de consumo, o mais correto seria prescrever que as normas consumeristas não se aplicam em caráter subsidiário, mas sim complementar, porque os princípios que regulam os contratos de consumo deverão nortear todos os contratos, principalmente no que tange à sua interpretação tendo em vista a resolução de eventuais conflitos.

Nesse sentido, diversamente do prescrito na Lei dos Planos de Saúde, pode-se afirmar que as operadoras de planos de saúde e seguro-saúde deverão observar não somente as normas do CDC como também as normas previstas na Lei dos Planos de Saúde e regramentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A incidência de muitos regramentos sobre as relações entre as operadoras e consumidores confere maior segurança àqueles que optam pela contratação desses serviços, mas também são fonte constante de discussão sobre as regras aplicáveis ao caso concreto.

Não se pode vislumbrar nas operadoras de planos de saúde e seguro-saúde substitutas da administração pública, pois, ainda que o bem tutelado seja de inquestionável importância (a saúde), trata-se de contratos empresariais cujo fim é a obtenção de lucro.²⁴⁸

²⁴⁸ Nesse sentido, Maria Stella Gregori aponta que um dos pontos críticos com relação ao microsistema formado pela Lei dos Planos de Saúde, regramentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar e Código de Defesa do Consumidor é que “as operadoras de planos de assistência à saúde têm o dever de obedecer às regras da Lei dos Planos de Saúde e as editadas pela ANS, órgão regulador e fiscalizador a qual estão submetidas. No entanto, muitas

4.3.3. Os contratos de plano de saúde e seguro-saúde em números

Para entender-se o impacto da aplicação irrestrita das normas consumeristas aos contratos de planos de saúde e seguro-saúde é preciso ter uma ideia da grandiosidade dos números envolvidos e do impacto que cada decisão poderá causar.

O mercado de seguros apresenta números expressivos em todo o mundo, não sendo diferente no Brasil. Em nosso país, de acordo com dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar²⁴⁹ em fevereiro de 2021, foram contabilizados 47,77 milhões de beneficiários de planos de assistência médica e 27,38 milhões de beneficiários de planos de assistência exclusivamente odontológica, sendo o mercado composto atualmente por 738 operadoras de planos de assistência à saúde, as quais são responsáveis pela comercialização de 18.770 planos de saúde.

As principais demandas dos consumidores, de acordo também com dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, são relacionadas à falta de informação e reclamações quanto à cobertura dos planos de saúde, as mensalidades e reajustes propostos pelas operadoras e, por fim, sobre os contratos e regulamentos incidentes sobre a matéria.

A combinação das principais reclamações dos consumidores atrelada ao déficit informacional é uma das causas para o aumento expressivo de demandas judiciais, contribuindo, conseqüentemente, para a prolação de decisões que, na ânsia de resguardar os direitos dos consumidores, deixa de promover o correto sopesamento dos direitos envolvidos, deixando de considerar também que os contratos de plano de saúde são contratos cativos de longa duração e, por essa razão, demandam especial atenção.

Com efeito, segundo dados da pesquisa realizada pelo Grupo de Estudos sobre Planos de Saúde – GEPS, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e divulgados em fevereiro de 2020, no ano de 2019, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) julgou

vezes, elas são penalizadas, administrativamente pelos Procons por descumprirem regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, ou pela ANS, que decide com base nas normas regulatórias, conseqüentemente estas reclamações por terem posições divergentes serão apreciadas pelo Poder Judiciário”. GREGORI, Maria Stella. Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona (Org.). *Direito do consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 303

²⁴⁹ Dados disponíveis em: https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html. Acesso em: 4 mai. 2021.

uma média de 135 ações por dia contra operadoras de planos de saúde, totalizando 34.613 ações naquele ano.

O Grupo de Estudos sobre Planos de Saúde – GEPS analisou os dados coletados anteriormente em 2018 e concluiu que, das demandas julgadas naquele ano, 92,4% foram julgadas favoráveis ao consumidor, sendo que em 88% dos casos o pleito do consumidor foi acolhido em sua integralidade.

Ainda de acordo com os dados obtidos pelo Grupo de Estudos sobre Planos de Saúde – GEPS o motivo das decisões judiciais é quase sempre relacionado a exclusões de cobertura ou negativa de atendimento, seguido por questionamentos relacionados à mensalidade e forma de reajuste.

O estudo concluiu, por fim, que o número de decisões judiciais cresce em ritmo mais acelerado²⁵⁰ do que a evolução da população que tem plano de saúde, o que confere grande preocupação às operadoras de planos de saúde à medida que as decisões judiciais têm o condão não somente de alterar os contratos de plano de saúde anteriormente celebrados como aumentar, em maior ou menor grau, os riscos de sua atividade.

A correta alocação de riscos²⁵¹, consoante verificado anteriormente, é de extrema importância para a manutenção das atividades das operadoras e, não por outra razão, é

²⁵⁰ Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça ao Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper entre os anos de 2008 e 2017, verificou-se que houve um aumento de 130% no número de demandas submetidas ao Poder Judiciário, o que vai ao encontro dos dados divulgados pelo Grupo de Estudos sobre Planos de Saúde – GEPS, que identificou que no período compreendido entre os anos de 2011 e 2019 houve um aumento de 387% no número de demandas (GREGORI, Maria Stella. Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona (Org.). *Direito do consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 308-09).

²⁵¹ A correta alocação dos riscos também é uma das formas de garantir a proteção ao consumidor, porque para assegurar que o consumidor será indenizado pelo sinistro ou que poderá usufruir da cobertura contratada, é preciso que o segurador constitua provisões técnicas que, nas palavras de Amadeu Carvalhaes Ribeiro, têm como “sua função específica é suportar o pagamento de indenizações decorrentes de sinistros. Elas são constituídas em uma relação direta com cada contrato firmado pelo segurador. Isso significa que cada prêmio pago se converte imediatamente em provisão técnica. É o conjunto dos prêmios – ou melhor, das provisões técnicas – que será utilizado pelo segurador para pagar os sinistros”. As provisões técnicas representam, ainda, a proteção do consumidor que, no entendimento do autor, são “o maior fundamento para a existência de provisões técnicas. Os segurados não costumam ter uma noção razoável da importância de tais provisões, porém são elas que asseguram que as apólices sejam individualmente honradas pelo segurador”. RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviço*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83-4.

recomendado que haja melhor adequação das normas protetivas e de defesa do consumidor na regulação dos planos de saúde.²⁵²

4.3.4. A análise dos contratos de plano de saúde à luz da aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor

Os contratos de planos de saúde e seguro-saúde, em decorrência do bem tutelado, exigem do julgador a árdua tarefa de sopesar muitos princípios e valores a fim de encontrar a solução mais justa ao caso concreto, sendo “primordial invocar a sustentabilidade do setor de saúde suplementar com uma visão holística, na busca do equilíbrio de um desenvolvimento economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto”.²⁵³

O julgador deverá assegurar os direitos do consumidor – paciente – sem esquecer que a relação entre o consumidor e o fornecedor – operadoras de planos de saúde e seguros saúde – foi formalizada por meio de contrato livremente celebrado entre as partes, cujas cláusulas obrigatoriamente se submeteram à Agência Nacional de Saúde Suplementar e à lei especial que rege a matéria, qual seja a Lei nº 9.656/1998.

A regulação do setor, como exposto alhures, faz-se necessária não somente pela importância do bem tutelado, mas principalmente porque é imprescindível garantir a higidez econômica das operadoras, sob pena de comprometer toda a cadeia de contratos celebrados com milhares de consumidores.

Para tanto, propõe-se nesse estudo a análise de recente acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, sob a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, para demonstrar como a aplicação sem o devido sopesamento do Código de Defesa do Consumidor pode ser nefasta aos contratos de planos de saúde e seguro-saúde.

4.3.4.1. O acórdão sob análise

No caso sob análise, discute-se a legalidade da recusa pela operadora de custear procedimento não previsto no rol elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Discute-se, de um lado, a vulnerabilidade do consumidor, que não teria informações ou

²⁵² GREGORI, Maria Stella. Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona (Orgs.). *Direito do consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 309.

²⁵³ GREGORI, Maria Stella. Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona (Orgs.). *Direito do consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 311.

conhecimento sobre os procedimentos que são cobertos pelo plano de saúde ou seguro-saúde contratado e, de outro, a possibilidade da operadora – apesar de o tratamento/procedimento ter sido prescrito por profissional habilitado – recusar a cobertura.

O cerne da discussão é definir se o rol de procedimentos elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar seria meramente exemplificativo, determinando as coberturas mínimas ou deveria ser considerado taxativo, não permitindo interpretação extensiva.

Dada a importância do assunto em debate, muitas entidades participaram na qualidade de *amicus curiae*, sendo defendido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, pelo Instituto Brasileiro de Atuária – IBA, pela Associação Brasileira de Planos de Saúde e pela Federação Nacional de Saúde Suplementar que o rol de procedimentos não seria meramente exemplificativo, sendo lícita a recusa da operadora de cobrir a realização de procedimentos não previstos.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde, o Conselho Nacional de Saúde e o Ministério Público Federal, também na qualidade de *amicus curiae*, arguíram que o rol de procedimentos seria meramente exemplificativo e que a operadora não poderia se recusar a realizar determinado procedimento sob esse argumento, caso ele tivesse sido prescrito pelo médico que atende o paciente.

O acórdão colocou em discussão importantes princípios do direito consumerista, do direito contratual e do direito securitário, sendo realizado o sopesamento entre o princípio da vulnerabilidade do consumidor, o princípio do equilíbrio econômico do contrato, o princípio do mutualismo e da higidez econômica das operadoras.

Aqueles que defendiam que o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar seria meramente exemplificativo suscitaram, em defesa da sua tese, que a vulnerabilidade do consumidor seria manifesta, à medida que ele “detém a expectativa de que será prontamente atendido quando necessitar de atendimento à saúde, independentemente da espécie de procedimento necessário ao seu restabelecimento”.²⁵⁴ A negativa de cobertura seria uma conduta abusiva das operadoras e contrária, portanto, às normas consumeristas.

²⁵⁴ STJ, REsp 1.733.013/PR, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2019, DJe 20.02.2020.

No entendimento empossado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, não havendo exclusão expressa e direta em contrato de determinado procedimento, a recusa das operadoras em custeá-lo tornar-se-ia abusiva e arbitrária, violando o disposto no artigo 51, incisos IV, V e §1º, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor.

A Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde, corroborando com o quanto defendido acima, acrescenta que o rol de procedimentos seria utilizado pelas operadoras como uma espécie de limitador de cobertura e que a negativa de cobertura se daria por questões meramente econômicas²⁵⁵ que não poderiam se sobrepor aos interesses dos consumidores.

O Conselho Nacional de Saúde e o Ministério Público Federal obtemperam a posição mais radical adotada pela Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde, ponderando que o rol de procedimentos elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar teria caráter meramente exemplificativo, porquanto as operadoras deveriam assegurar aos consumidores o tratamento que lhe fora prescrito pelo médico, sendo vedado “limitar o tipo de tratamento a que será submetido o paciente, matéria que se insere no âmbito da autonomia médica para decidir o melhor tratamento para a preservação da higidez física do consumidor”.

Em contraponto a esses argumentos, a Agência Nacional de Saúde Suplementar esclareceu que o mecanismo de financiamento do sistema é o mutualismo, sendo certo que a formação do preço do produto ofertado depende de uma criteriosa estimativa a respeito da frequência de ocorrências no setor, bem como de todas as demais despesas relacionadas à prestação dos serviços, de modo que se consiga garantir a prestação dos serviços de saúde a todos os consumidores e, ainda, preservar uma margem de lucro às operadoras.

Nesse sentido, a Agência Nacional de Saúde Suplementar aponta que, de acordo com pesquisa realizada em agosto de 2019, aproximadamente 90% (noventa por cento) da receita

²⁵⁵ STJ, Resp 1.733.013/PR, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2019, DJe 20.02.2020 (“A Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde alegou, na qualidade de *amicus curiae*, que “[o]s indeferimentos se dão por ordem da operadora. As empresas de seguros e planos de saúde contratam médicos para negar cobertura, a fim de encaminhar pacientes para o SUS e economizar para a empresa fazendo com que os seus lucros aumentem. Ou seja, os indeferimentos não se dão por questões técnicas e sim por questões de interesses. [...] Importante frisar que a atualização do rol da ANS não é compatível com o aumento das possibilidades de tratamento pelo avanço da medicina. Apesar de a Resolução 439 da ANS, que regulamenta a atualização do referido rol, prever sua atualização a qualquer tempo, é necessário, também, vontade política para a inclusão de tratamentos mais eficazes que os tradicionais”).

gerada para operação de plano de saúde é absorvida para o pagamento de eventos em saúde, sendo necessário preservar a higidez econômicas das operadoras.

Ao lado dos argumentos econômicos, a Agência Nacional de Saúde Suplementar aduziu que o rol de procedimentos é atualizado periodicamente. Esse trabalho é executado não apenas com base em opiniões, mas com diversas análises técnicas que tomam em consideração também o sistema e os princípios que norteiam a matéria, porque uma das funções da agência é fiscalizar e garantir que as operadoras de planos de saúde terão condições de prestar os serviços contratados aos seus consumidores.

Para finalizar, a referida agência anota que tratar o rol de procedimento como algo meramente exemplificativo representaria o desmerecimento de todo trabalho executado por seus profissionais, esvaziando sobremaneira a própria regulação estatal e trazendo ainda mais incertezas ao setor.

4.3.4.2. O reconhecimento da taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar: princípios aplicados

À luz desses argumentos, os ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiram pela taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, cuja ementa se transcreve a seguir:

Planos e seguros de saúde. Recurso especial. Rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS. Atribuição da autarquia, por expressa disposição legal e necessidade de harmonização dos interesses das partes da relação contratual. Caracterização como relação exemplificativa. Impossibilidade. Mudança do entendimento do colegiado (overruling). CDC. Aplicação, sempre visando harmonizar os interesses das partes da relação contratual. Equilíbrio econômico-financeiro e atuarial e segurança jurídica. Preservação. Necessidade. Recusa de cobertura de procedimento não abrangido no rol editado pela autarquia ou por disposição contratual. Oferecimento de procedimento adequado, constante da relação estabelecida pela agência. Exercício regular de direito. Reparação de danos morais. Inviabilidade (STJ, REsp 1.733.013/PR, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2019, DJe 20.02.2020).

Dentre os principais argumentos suscitados para defender a taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar invocou-se, como ponto de partida, a segurança das relações jurídicas, a qual depende da lealdade, da equivalência das prestações e contraprestações, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência e da clarividência dos direitos e deveres.

Optou-se por iniciar a análise pela defesa da segurança jurídica, porquanto é imprescindível considerar a natureza do contrato celebrado entre as operadoras de planos de saúde e os seus consumidores.

Com efeito, a relação celebrada entre as partes é formalizada por meio de contrato de prestação de serviços, sendo os contratos em estudo contratos cativos de longa duração, demandando, por sua natureza, a observância em grau mais acentuado do princípio da boa-fé objetiva, da cooperação e do equilíbrio econômico contratual.

Como exposto anteriormente, sobre os contratos de plano de saúde e seguro-saúde incidem dois princípios mestres, quais sejam: o princípio do mutualismo e o princípio da higidez econômica. O princípio do mutualismo que representa o mecanismo de financiamento do setor. O mutualismo determina que todos deverão contribuir para cobrir os gastos para recuperação da saúde de determinado membro do grupo.

Nesse sentido, o preço elevado das mensalidades pode afastar o indivíduo de menor risco do sistema, potencializando a espiral de seleção adversa que acaba por inviabilizar o próprio mercado.

Sobre o conceito de seleção adversa, o economista americano George Arthur Akerlof elaborou um artigo seminal intitulado “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”²⁵⁶ no qual analisou – como forma de exemplificar sua teoria – o mercado de carros usados nos Estados Unidos, concluindo que quanto maior o número de carros ruins (conhecidos nos Estados Unidos como “limões”) menor será o número de carros bons disponibilizados no mercado de veículos usados.²⁵⁷

O economista americano observou que a assimetria de informações entre vendedores e compradores causará a incerteza sobre a qualidade do produto a ser adquirido, induzindo o comprador a aceitar tão somente a qualidade média dos bens expostos e, conseqüentemente, a pagar somente pelo preço estabelecido pela média do mercado.

A indução do comprador a somente considerar a qualidade média dos bens expostos e a insegurança com relação a real qualidade deles desencorajará aqueles vendedores que possuam

²⁵⁶ Em tradução livre: “O Mercado dos Limões”: Incerteza da Qualidade e o Mecanismo de Mercado.

²⁵⁷ AKERLOF, George Arthur. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 488-500, Aug. 1970, p. 488-490.

bens de qualidade mais elevada, à medida que teriam que reduzir seus preços para competir com produtos de qualidade sabidamente inferior.

O desencorajamento provocado pela equiparação dos produtos bons e ruins resultará na seleção adversa, onde os produtos de melhor qualidade deixarão ser colocados no mercado, sendo comercializados somente aqueles de qualidade inferior, corroborando a Lei de Gresham de que “a moeda ruim expulsa a boa”.²⁵⁸

No exemplo utilizado por George Arthur Akerlof a assimetria informacional resultaria na “expulsão” dos bons carros usados do mercado, restando somente os limões (carros de baixa qualidade).

No caso em análise, a violação ao princípio do mutualismo e o aumento no valor das mensalidades poderia afastar o indivíduo de menor risco, restando somente aqueles de risco mais elevado que, em grande escala, poderiam provocar o desequilíbrio do setor.

Sobre a seleção adversa em mercados de seguros, o economista americano afirma precisamente que

[é] um fato bem conhecido que as pessoas com mais de 65 anos têm grande dificuldade em adquirir um seguro médico. A pergunta natural surge: por que o preço não sobe para corresponder ao risco? Nossa resposta é que à medida que o nível de preço aumenta, as pessoas que se seguram serão aquelas que estão cada vez mais certas de que precisarão do seguro (...). O resultado é que a condição médica média dos requerentes de seguro se deteriora à medida que o nível de preços aumenta – com o resultado de que nenhuma venda de seguro pode ocorrer a qualquer preço. Isto é estritamente análogo ao caso de nossos automóveis, onde a qualidade média dos carros usados fornecidos caiu com uma queda correspondente no nível de preço. (...) O princípio da ‘seleção adversa’ está potencialmente presente em todas as linhas de seguros.²⁵⁹

O princípio da higidez econômica, por seu turno, busca assegurar que a operadora de serviços de saúde terá capacidade financeira de, quando demandada, ofertar os serviços que

²⁵⁸ AKERLOF, George Arthur. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 488-500, Aug. 1970, p. 489.

²⁵⁹ AKERLOF, George Arthur. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 488-500, Aug. 1970, p. 492-493 (“It is a well known fact that people over 65 have great difficulty in buying medical insurance. The natural question arises: why doesn't the price rise to match the risk? Our answer is that as the price level rises the people who insure themselves will be those who are increasingly certain that they will need the insurance (...). The result is that the average medical condition of insurance applicants deteriorates as the price level rises- with the result that no insurance sales may take place at any price. This is strictly analogous to our automobiles case, where the average quality of used cars supplied fell with a corresponding fall in the price level. (...) The principle of "adverse selection" is potentially present in all lines of insurance”).

foram disponibilizados aos seus consumidores, dentre os quais os procedimentos listados no rol de procedimentos elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.²⁶⁰

O rol de procedimento determina a cobertura mínima e obrigatória que deverá ser ofertada aos consumidores, constituindo relevante garantia ao consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais vulnerável da população que, mesmo ao optar pelos planos mais simples, terá garantido o direito a um rol de procedimentos muito completo, com extensa gama de tratamentos e procedimentos para salvaguardar a sua saúde.

Por outro lado, esse entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, devendo a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas, tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer ‘tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura’.

Deveras, é forçoso reconhecer que essa percepção, segundo entendo, nega vigência aos dispositivos legais que determinam o plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas, efetivamente padronizando e restringindo a livre concorrência ao nitidamente estipular a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde, o que, além dos mais, dificulta o acesso à saúde suplementar às camadas mais necessitadas e vulneráveis da população (STJ, Resp 1.733.013/PR, 4.^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2019, DJe 20.02.2020).

Nesse ponto, o acórdão acolheu os argumentos suscitados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, reconhecendo que o rol não é elaborado de forma discricionária ou visando à diminuição de custos a cargo das operadoras. O rol de procedimento é resultado de processo extremamente complexo e a inclusão de um novo procedimento não poderá ser realizada sem considerar todos os aspectos que envolvem a tomada de decisão, não apenas aspectos médicos.²⁶¹

²⁶⁰ Sobre a taxatividade do rol de procedimentos e a segurança jurídica conferida às operadoras, José Luiz Toro da Silva aponta que “tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e, principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado” (SILVA, José Luiz Toro da. Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde. *Revista de Direito da Saúde Suplementar*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 149-181, 2017, p. 168).

²⁶¹ A Agência Nacional de Saúde Suplementar, em sua manifestação como *amicus curiae*, esclareceu que: “43. Trata-se, como cediço, de processo extremamente complexo, pois pressupõe criteriosa análise de: i) custo/efetividade do procedimento cuja incorporação se pretende, ocasião na qual são avaliados ganhos e resultados clínicos mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura científica disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, ponderando potenciais riscos decorrentes de determinada

Em atenção à alta complexidade da elaboração do rol de procedimentos, o acórdão pontuou, ainda, que os contratos nem sempre – em especial os contratos de risco – regulamentam integralmente os seus interesses, sendo deixadas lacunas que devem ser preenchidas supletivamente. No entanto, há também o preenchimento das lacunas por meio da integração cogente, a qual se opera quando sobre a espécie contratual houver normas que devam obrigatoriamente fazer parte do contrato.

Na hipótese analisada, tratava-se de contrato de plano de saúde, cujo rol de procedimentos obrigatórios é determinado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, sendo vedado ao Judiciário fazer-se substituir, à medida que tal conduta violaria a tripartição de poderes e suprimiria a atribuição legal da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

As normas que regulam a matéria sobrepõem-se aos interesses das partes, mesmo estando-se diante do direito do consumidor e de parte reconhecidamente vulnerável na relação.

Nos termos do acórdão, não haveria que se falar em violação ao código consumerista à medida que o fato de os contratos de saúde se sujeitarem ao Código de Defesa do Consumidor não significa que a cobertura pode extrapolar os limites do acordo, sendo premente que as partes colaborem mutuamente para consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato.

Nessa senda, o ministro Luis Felipe Salomão ponderou em seu voto que se deve tomar em consideração o artigo 4.º do Código de Defesa do Consumidor, o qual conteria uma espécie de lente através da qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e os princípios que devem ser respeitados, entre os quais se destacam a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Não se poderia promover a aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor quando há lei especial regulamentando a matéria, sendo o rol de procedimentos uma solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações

tecnologia; ii) capacidade instalada, de modo a aferir a real viabilidade de determinado procedimento ser entregue adequadamente aos beneficiários, com qualidade e sem riscos para o paciente, uma vez que o rol é estabelecido para todo o país; iii) e, por fim, do efetivo impacto financeiro/orçamentário gerado pela incorporação da tecnologia. 44. Conveniente apontar que, muito embora as situações postas a granel nos processos judicial gravitem em torno do aspecto médico, há muito mais questões a serem analisadas para efeito de uma imposição de cobertura. Não se pode reduzir o espectro do problema cogitado na espécie a eventual divergência de perspectiva em torno da efetividade de determinado tratamento, sendo certa a necessidade de uma avaliação técnica a respeito dos impactos provocados, seja na própria relação contratual deduzida em determinado processo, seja no setor de saúde suplementar como um todo” (STJ, Resp 1.733.013/PR, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2019, DJe 20.02.2020).

consumeristas, às quais, por sua natureza, impõem dificuldade ainda maior ao julgador por colocarem em confronto dois valores antagônicos.

De um lado, tem-se a preservação da operação econômica, cujo equilíbrio deve ser preservado como meio de assegurar a utilidade do contrato e, de outro lado, o interesse material do consumidor a ter acesso a um procedimento não previsto que, acredita-se, seria o mais apropriado para o seu tratamento.

O acórdão em estudo entendeu pela preservação do equilíbrio econômico ao admitir que o rol de procedimentos não seria meramente exemplificativo, o que permitiria não somente a extensão da cobertura para procedimentos não previstos anteriormente pelas operadoras de planos de saúde, como também contribuiria sobremaneira para o aumento da insegurança jurídica, uma vez que o pacto avençado poderia ser alterado a qualquer momento e, conseqüentemente, o cálculo atuarial precisaria ser revisto.

4.3.4.3. O dissídio jurisprudencial e a insegurança jurídica

O entendimento empossado no referido acórdão, contudo, não é uníssono, sendo este um tema que carrega consigo intenso debate no âmbito do Judiciário.

Com efeito, em sentido contrário ao entendimento empossado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, somente no ano de 2020, proferiu 354 acórdãos defendendo que o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar seria meramente exemplificativo, concedendo a interpretação extensiva para determinar a cobertura pleiteada pelos consumidores.

O posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é calcado no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, que prescreve que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas da forma mais favorável ao consumidor.

Em consonância com o entendimento exarado pelos desembargadores paulistas, considerando que os contratos de planos de saúde e seguro-saúde são celebrados por adesão, o consumidor não teria oportunidade de discutir as suas cláusulas, atraindo a incidência da norma supramencionada.

Nesse mesmo sentido, considerou-se que a negativa de cobertura pelo fato de o procedimento não estar previsto no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar

representaria uma conduta abusiva por parte das operadoras à medida que o consumidor – quando da celebração do contrato – não teria conhecimentos técnicos para compreender os procedimentos que estariam ou não cobertos pelas operadoras, violando, dessa forma, o disposto no artigo 51, incisos IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor.

O rol de procedimentos seria, portanto, meramente exemplificativo, sendo esse entendimento objeto da Súmula 102 do Tribunal de Justiça paulista, o qual prescreve que, “havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.

O entendimento do tribunal paulista está em consonância também com o exarado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 708.082, considerou que o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar seria meramente exemplificativo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. DOENÇA PREVISTA NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO NO ROL DA ANS. ROL EXEMPLIFICATIVO. COBERTURA MÍNIMA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 83 DO STJ. DANO MORAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE POR SI SÓ PARA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 283 DO STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA N. 182/STJ. 1. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde. 2. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. (...) 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido (STJ, AgRg no Ag em REsp 708.082/DF, 3.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.02.2016, DJe 26.02.2016).

O entendimento empossado pela Terceira Turma tem sido o mais seguido pelos seus pares e influenciado as decisões proferidas pelos tribunais de justiça do País, dentre eles, o tribunal paulista.

O dissídio jurisprudencial foi reconhecido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.829.583/SP, no qual, apesar de reconhecido o entendimento empossado pela Quarta Turma, optou-se por manter o entendimento de que o rol de procedimentos seria meramente exemplificativo:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CIVIL (CPC/2015). CIVIL. PLANO DE SAÚDE NA MODALIDADE AUTOGESTÃO. RECUSA DE COBERTURA DE CIRURGIA PARA TRATAMENTO DE DEGENERÇÃO DA ARTICULAÇÃO TEMPOROMANDIBULAR (ATM). DIVERGÊNCIA QUANTO À ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. INGERÊNCIA NA RELAÇÃO CIRURGIÃO-PACIENTE. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA TURMA. APLICABILIDADE ÀS OPERADORAS DE AUTOGESTÃO. PRECEDENTE EM SENTIDO CONTRÁRIO NA QUARTA TURMA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA. 1. Controvérsia acerca da recusa de cobertura de cirurgia para tratamento de degeneração da articulação temporomandibular (ATM), pelo método proposto pelo cirurgião assistente, em paciente que já se submeteu a cirurgia anteriormente, por outro método, sem obter êxito definitivo. 2. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Turma, o rol de procedimentos mínimos da ANS é meramente exemplificativo, não obstante a que o médico assistente prescreva, fundamentadamente, procedimento ali não previsto, desde que seja necessário ao tratamento de doença coberta pelo plano de saúde. Aplicação do princípio da função social do contrato. 3. Caso concreto em que a necessidade de se adotar procedimento não previsto no rol da ANS encontra-se justificada, devido ao fato de o paciente já ter se submetido a tratamento por outro método e não ter alcançado êxito. 4. Aplicação do entendimento descrito no item 2, supra, às entidades de autogestão, uma vez que estas, embora não sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, não escapam ao dever de atender à função social do contrato. 5. Existência de precedente recente da QUARTA TURMA no sentido de que seria legítima a recusa de cobertura com base no rol de procedimentos mínimos da ANS. 6. Reafirmação da jurisprudência desta TURMA no sentido do caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos. 7. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO (STJ, AgIn no REsp 1.829.583/SP, 3.ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.06.2020, DJe 26.06.2020).

Importante anotar que, apesar de ter sido reconhecido o dissídio, os ministros da Terceira Turma não explicitaram em seus votos os motivos pelos quais entenderam pela manutenção do entendimento pela não taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, nem refutaram os argumentos lançados pelos ministros da Quarta Turma.

Ao deixar de explicitar os motivos da manutenção do entendimento pela não taxatividade do rol de procedimentos, fomentou-se o aumento da insegurança jurídica das operadoras de planos de saúde, porquanto, a depender da turma que será responsável pelo processamento e julgamento do caso, a sorte da operadora será diversa.

A divergência quanto à matéria fragiliza o sistema e impõe às operadoras de planos de saúde um risco adicional, porque apesar de ter sido criado – por força de lei – um rol de procedimentos, cuja cobertura é obrigatória, a responsabilidade das operadoras é frequentemente estendida para cobrir riscos não calculados que impactam na higidez econômica da sua atividade.

Some-se a isso o fato de alguns julgadores entenderem que a busca das operadoras pela exclusão da cobertura – em consonância com o quanto prescrito no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – seria uma prática atentatória à justiça, como se observa no trecho abaixo:

Destaco, apenas, que o tentativa de analogia entre a “resistência” pelas operadoras ao cumprimento do enunciado sumular n.º 102 desta Corte e uma indevida intromissão do Judiciário que promoveria uma injustiça colateral (situação colocada paralelamente à iatrogenia, que, na medicina, é toda alteração patológica provocada no paciente em razão de má prática médica), foi, esta sim, uma tentativa de, através do uso excrescente da retórica, justificar o injustificável: deixar de cumprir com uma determinação judicial por entendê-la injustiça pode redundar na prática do crime de desobediência. A insatisfação com o resultado de um julgamento pode ser revertida dentro das amplas regras disponíveis ao jurisdicionado para devolver ao Judiciário um julgado que lhe desfavoreça. Desobedecer a uma decisão judicial máxime uma súmula, que consubstancia um entendimento consolidado de um Tribunal sobre um determinado tema, para além de evidenciar a insatisfação da parte com o resultado, denuncia sua própria imaturidade e incapacidade de viver em sociedade, que a todos impõe regras e situações que não serão favoráveis, justamente por estar sob a égide da rule of law o império da lei, alicerce fundamental do Estado Democrático de Direito (TJSP, AC 1001038-39.2019.8.26.0204, 7.ª Câm. D. Priv., rel. Des. Miguel Brandi, j. 17.12.2020, DJe 17.12.2020).

Entretanto, o direito ao contraditório e à ampla defesa é um direito assegurado pela Constituição Federal, sendo a imprevisibilidade altamente nociva não somente às operadoras de planos de saúde como também ao consumidor, porquanto a constante alteração dos contratos – à revelia das normas que regulam a matéria e do que a própria agência reguladora prescreve – promove um desequilíbrio que poderá culminar não somente no comprometimento da saúde financeira das operadoras como em reajustes cada vez maiores, o que, de um lado, restringirá ainda mais o acesso das camadas menos favorecidas da população a esses serviços e, de outro, sobrecarregará ainda mais o Sistema Único de Saúde (SUS).

A interpretação dos contratos cativos de longa duração, consoante buscou-se demonstrar no presente estudo, deverá ser realizada tomando-se em consideração não somente os efeitos entre as partes litigantes, mas sim a toda a cadeia. Os julgadores devem socorrer-se não somente das normas consumeristas, mas também das normas civilistas que regulam os contratos entre particulares, relativizando, se necessário, os efeitos da presunção de vulnerabilidade do consumidor.

4.4. A aproximação entre os contratos cativos de longa duração e os contratos civis: sopesamento entre os princípios da vulnerabilidade do consumidor, equilíbrio econômico do contrato e boa-fé

O princípio da vulnerabilidade é o coração do sistema protetivo do consumidor, sendo a força motriz para fomentar a elaboração de uma lei protetiva dos seus direitos em uma época em que, em virtude das transformações vivenciadas pela sociedade, principalmente no que tange à forma de consumir, as regras existentes até então não conseguiam assegurar a justa resolução das controvérsias entre fornecedores e consumidores.

Dessa forma, se o legislador tinha por objetivo a proteção do consumidor, era preciso garantir que nunca se perdesse de vista a razão pela qual ela se tornou necessária, sendo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor o princípio que guiaria a aplicação das normas protetivas e garantiria o reequilíbrio da relação de consumo, na busca de uma solução justa e igualitária.

A presunção da vulnerabilidade do consumidor trouxe consigo o pronto reequilíbrio da relação entre as partes para, na sequência, analisar-se o caso concreto e dar a ele a solução mais justa.

Não por outra razão, a vulnerabilidade do consumidor goza de presunção absoluta, não admitindo declinação ou prova em contrário, sendo, portanto, um elemento posto da relação de consumo e não um elemento pressuposto, sendo uma condição inerente a todo aquele for considerado consumidor.²⁶²

A vulnerabilidade do consumidor não pode ser afastada ou ignorada. No entanto, uma vez reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, a relação entre as partes será equilibrada, permitindo ao julgador analisar o caso concreto e sopesar a aplicação dos demais princípios que garantirão a prolação da solução mais justa – ainda que contrária aos interesses do consumidor.

Como demonstrado no presente estudo, quando analisadas as relações de consumo “instantâneas”, mormente aquelas constituídas por uma obrigação de dar – operações de compra e venda de produtos – ou prestação de serviços imediatas, a aplicação das normas

²⁶² Art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor.

consumeristas, em princípio, não ostenta risco de eventual arbitrariedade ou prejuízo injusto ao fornecedor.²⁶³

Entretanto, quando as normas consumeristas são aplicadas aos contratos cuja obrigação se protraí no tempo, é preciso que o julgador tenha maior cuidado para que, sob o manto da vulnerabilidade do consumidor, as decisões sejam prolatadas sem a devida ponderação acerca da conveniência da aplicação estrita das normas consumeristas ao caso, o que pode colocar o fornecedor em posição de extrema desvantagem.

No presente estudo, optou-se por analisar os contratos de planos de saúde e seguro-saúde, os quais são contratos cativos de longa duração, cujo bem tutelado é um dos mais caros ao ser humano: o direito à saúde e, conseqüentemente, à vida.

Os contratos de planos de saúde e seguro-saúde são contratos regulados e, por essa razão, os seus termos não podem ser livremente dispostos pelo fornecedor. O fornecedor estará adstrito aos ditames da Lei nº 9.656/1998 que rege à matéria e à fiscalização e regulamentação da atividade pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Os contratos de planos de saúde e seguro-saúde são contratos rígidos e que demandam dos fornecedores que desejam atuar nessa área extremo comprometimento para conseguir atender a todas as normas e regulamentos. Não por outro motivo, o legislador previu que o Código de Defesa do Consumidor seria aplicado de forma complementar.

A complementaridade decorre do fato de que há lei especial regulamentando o tema, sendo preciso, antes de aplicar diretamente o Código de Defesa do Consumidor a qualquer caso, entender se a sua aplicação não viola os regramentos da lei especial ou, ainda, os regulamentos prescritos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

No entanto, o que se vislumbra na prática é a aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor sem a análise aprofundada das diretrizes específicas que regem a matéria

²⁶³ É preciso admitir que a teoria clássica do contrato não acomoda bem contratos de longa duração. Seu foco é o entendimento pontual, aquele que pode ser executado imediatamente ou em lapso de tempo previsível como a venda, o contrato de empresa ou de serviços ou, ainda, o contrato de seguro. Para tais contratos, pode-se exigir das partes que, antes de considerar o contrato concluído, precisem o conjunto de operações nos seus elementos essenciais. Na medida em que as relações se prolongam, torna-se cada vez mais ilusório pretender, no momento inicial do entendimento, definir até mesmo os elementos essenciais da cooperação por todo o tempo. Certamente, alguns deles serão definidos com precisão apenas ao longo da execução do contrato. As partes buscam um acordo inicial definindo o quadro geral de sua cooperação e aceitam a ideia de que mais tarde chegarão a se entender (*agreement to agree*) sobre outros elementos, até mesmo essenciais, conforme o andamento da relação.

securitária, violando-se tais regramentos sob a alegação de observância dos princípios da vulnerabilidade e boa-fé, de modo a banalizar, inclusive, os mesmos princípios.

Em matéria contratual, o princípio da boa-fé é muitas vezes é invocado como o legitimador para promover-se a interpretação extensiva das obrigações contratadas em desfavor do fornecedor, sob a alegação de que a interpretação conforme o acordado entre as partes, considerando a vulnerabilidade do consumidor, seria dotada de abusividade e, conseqüentemente, contrária à boa-fé.

Entretanto, ao aplicar-se indistintamente o princípio da boa-fé sem promover o necessário sopesamento entre os demais princípios que regem a teoria contratual, termina-se por sucatear o instituto.

Invocar o princípio da boa-fé – sem percorrer os tortuosos e desafiadores labirintos do sopesamento entre valores antagônicos como o equilíbrio econômico contratual e o direito à saúde – culmina no desvirtuamento do instituto, como apontado por Judith Martins-Costa ao apreciar acórdão no qual discutia-se a exclusão da responsabilidade da operadora de planos de saúde em prestar determinado atendimento durante o período de carência.²⁶⁴

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a possibilidade do afastamento do período de carência para a cobertura de tratamento de um tumor cerebral descoberto pelo segurado na fluência do prazo, invocou a observância do princípio da boa-fé, da solidariedade, da legítima expectativa do consumidor e, por fim, da natureza aleatória dos contratos dessa natureza para legitimar a interpretação do contrato pró-aderente e, dessa forma, interpretar-se extensivamente a avença para garantir o tratamento.

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIACÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12, V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À

²⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 523.

VIDA. (...) 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida. 5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro. (...) 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença (STJ, REsp 962.980/SP, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.03.2012, DJe 15.05.2012).

Contudo, como pontuado pela jurista, no caso em apreço era desnecessário invocar-se os princípios supramencionados, porquanto há permissivo legal para autorizar o afastamento, em casos excepcionais, do prazo de carência.

O artigo 12 da Lei nº 9.656/1998 autoriza a estipulação do prazo de carência pelas operadoras para a cobertura de determinados procedimentos, mas estipula que, em casos de emergência e urgência, o prazo máximo de carência é de 24 (vinte e quatro) horas.

Não era necessário interpretar extensivamente o contrato de plano de saúde pró-aderente ou, ainda, invocar o princípio da boa-fé para legitimar a decisão adotada. Para a solução do caso em comento, bastava aplicar-se o quanto determinado em lei com relação aos prazos de carência em casos de emergência e urgência, não havendo que se discutir eventual má-fé do fornecedor ou aleatoriedade dos contratos de planos de saúde, porquanto tal conduta somente reduziria o princípio da boa-fé à fórmula retórica, desvirtuando a importância do instituto que é, equivocadamente, utilizado como se fosse norma de equidade legal.²⁶⁵

Nessa medida, é forçoso reconhecer que ignorar os princípios que regem a teoria contratual e as leis especiais que regulam boa parte das matérias que são objeto dos contratos

²⁶⁵ Nesse sentido, Judith Martins Costa aponta que somente em casos extremos – como o estudado – poder-se-ia flexibilizar o período de carência, sem que fosse necessário, contudo, invocar-se o princípio da boa-fé, afirmando que “no caso do tumor cerebral uma solução favorável ao pleito do consumidor aderente, bem como tecnicamente conforme ao sistema (e, portanto, geradora de segurança jurídica) poderia ser alcançada por outras vias que não o chamamento da boa-fé. Fora dos casos em que um bem revestido de tão evidente nota de fundamentalidade, como a vida, está a ser tão profundamente ameaçado, inclusive pelo fator urgência, como na hipótese julgada – que suscita a invocação da proteção constitucional –, não caberia, no meu modo de ver, a flexibilização do período de carência, pois a estrutura econômica do contrato considera esse dado em sua equação. Uma vez desmontada, atingir-se-á interesses que, nesse tipo de contrato, transcendem a relação interindividual” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 523).

cativos de longa duração é o mesmo que desvirtuar os seus institutos e corroborar a insegurança jurídica.

Os contratos cativos de longa duração deveriam ser mais voltados para a cooperação do que aos interesses individuais de cada um dos contratantes, sendo preciso que as partes aceitem, desde o início, a divisão dos riscos que a relação – de longa duração – impõe necessariamente aos contratantes.

Os contratos cativos de longa duração determinam aos contratantes mais do que as obrigações precisas a cada uma das partes. Os referidos contratos demandam para a sua boa execução muito mais o bom relacionamento entre as partes do que eventual intervenção dos tribunais, os quais, por vezes, não tomam em consideração todas as variáveis que foram analisadas para chegar-se ao instrumento contratual definitivo.

No caso dos contratos envolvendo a prestação de serviços de saúde, os tribunais deixam de apreciar as variáveis apreciadas pelas operadoras para fixar determinado preço ou cobertura, interferindo sobremaneira no equilíbrio contratual e deixando, ademais, de considerar as razões de escolha do consumidor por determinada modalidade de plano.

Isso porque, como já exposto, os contratos de planos de saúde e seguro-saúde são contratos regulados que, portanto, não permitem às operadoras disporem livremente sobre as cláusulas contratuais. É preciso observar a legislação específica, que já assegura ao consumidor a cobertura mínima obrigatória dos procedimentos aprovados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e às operadoras confere, ou pelo menos deveria conferir, segurança jurídica de que as bases do contrato não serão alteradas.

O que se verifica, contudo, é que a discussão sobre as obrigações e direitos contraídos por meio dos contratos cativos de longa duração é constantemente judicializada, sendo que, nesse momento, as bases dos contratos restam indevidamente modificadas sob os mais diversos argumentos. Impera, contudo, a remissão aos princípios da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé e ao dever de informar (anexo à boa-fé).

Para garantir a prolação de decisões equânimes, é preciso observar não somente os princípios supramencionados, mas sim analisá-los sob a ótica do equilíbrio contratual.

O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor prescreve em seu inciso III que se deverá garantir a harmonia da relação entre fornecedores e consumidores e, não por outro

motivo, ao apreciar um contrato, o julgador deve fazê-lo não apenas considerando a proteção do consumidor, mas sim a garantia da manutenção da relação entre as partes.

É preciso diferenciar o que seria violação do dever do fornecedor de prestar informações ao consumidor de lacunas que são supridas pela consulta às normas que regem à matéria. Por essa razão, é muito feliz o exemplo do rol de procedimentos formulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O rol de procedimentos é alvo de constantes e necessárias atualizações para garantir aos consumidores o melhor atendimento às suas necessidades, sempre em consonância com as melhores técnicas do setor, que evolui diariamente.

Os contratos de plano de saúde e de seguro-saúde não podem prever – no momento de sua celebração – todos os procedimentos que serão alvo de cobertura, uma vez que estão legalmente atrelados ao rol de procedimentos elaborado e aprovado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Nesse caso, na hipótese de ser negado pela operadora determinado procedimento, não há que se falar em eventual má-fé, violação ao dever de informação ao consumidor ou promover a interpretação do contrato pró-aderente, bastando consultar o rol de procedimentos elaborado pela agência criada com o exato fim de regular e fiscalizar a exploração dos serviços de saúde.

Dessa forma, se o procedimento não está previsto no referido rol, não há qualquer conduta reprovável do fornecedor, o qual está se atendo aos regramentos sobre a matéria que foram por ele considerados para analisar os riscos assumidos e, dessa forma, determinar o prêmio a ser pactuado com o consumidor pela cobertura daqueles procedimentos.

Nesse sentido, não é possível negar que, para resolver questões desse gênero, o Código Civil é um importante instrumento para garantia do equilíbrio contratual, à medida que adota, entre os princípios regentes da teoria contratual, não somente a boa-fé como também o princípio da função social do contrato.

O artigo 421, parágrafo único do Código Civil prescreve que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. No entanto, está-se diante de contratos que consubstanciam relações de consumo e, conseqüentemente, submetem-se às regras de direito consumerista.

O fato de tratarem-se de contratos que regulam relações de consumo não impede que sejam aplicados outros dispositivos legais para resolver a avença, tanto assim que o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor prescreve que “os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

O Código Civil preza pelo equilíbrio da contratação, independentemente da existência concreta de uma parte débil em determinado contexto. O equilíbrio é, portanto pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico, não importando se se trata de contrato celebrado entre particulares ou contratos de consumo.²⁶⁶

Logo, ao se deparar com um contrato cativo de longa duração, é preciso que o julgador aprecie se há uma lacuna a ser preenchida por ausência de disposição entre as partes e/ou imposição normativa, ou ainda se as cláusulas contratuais na forma disposta violam as normas consumeristas.

Com efeito, ao tomar em consideração que o consumidor é parte vulnerável da relação de consumo, o julgador já irá interpretar as cláusulas contratuais a favor do aderente, apreciando desde então eventuais condutas abusivas.

Superado esse primeiro momento, é preciso que o julgador aprecie se há normas que regulam a matéria objeto do contrato celebrado entre as partes. No caso dos contratos de plano de saúde e seguro-saúde, as normas consumeristas deverão ser observadas de forma complementar, devendo o julgador, antes promover eventual revisão do contrato, ater-se à legislação específica sobre o tema.

Deixar de considerar que há legislação específica sobre a prestação de serviços de saúde, bem como que a execução desses serviços é alvo de regulamentação específica culmina na prolação de decisões que violam o princípio da segurança jurídica, porquanto são contrárias ao ordenamento jurídico e, em última análise, afrontam o princípio da função social e o princípio do equilíbrio econômico do contrato.

²⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-34.

Nos casos de contratos securitários, como é cediço, a atividade seguradora se baseia em riscos, e não em incertezas, pois os riscos contidos na apólice, nos estritos termos em que foi elaborada, podem ser perfeitamente investigados e mensurados, permitindo às operadoras não somente garantir a prestação dos serviços contratos como também obter lucro.²⁶⁷

Se o Poder Judiciário pudesse se imiscuir constantemente nas cláusulas que compõem os contratos de planos de saúde e seguro-saúde, as operadoras não teriam a segurança jurídica necessária para exercer as suas atividades, pois a todo o tempo poderiam ser obrigadas a suportar tratamentos e coberturas que não foram contabilizadas no momento da celebração do contrato.

O rol de procedimento elaborado e atualizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar foi uma forma que o legislador encontrou de conferir harmonia ao sistema, à medida que, de um lado, o consumidor tem a segurança dos procedimentos mínimos e obrigatórios que terá à sua disposição e as operadoras, por sua vez, terão melhores condições de avaliar a precificar o risco.

A disciplina contratual, nos termos defendidos pelo ministro Luis Felipe Salomão, exige uma adequada divisão de ônus e benefícios no estudo sobre contratos relacionais no Brasil, principalmente no que tange à distribuição adequada dos riscos e à identificação dos deveres do fornecedor para assegurar, dessa forma, a sustentabilidade e gestão racional e prudentes dos custos.²⁶⁸

Nesse sentido, consoante apontado pelo desembargador Renato Luís Dresch, membro do Comitê Executivo Nacional de Saúde do Conselho Nacional de Justiça, o fato de os contratos de planos de saúde e seguro-saúde estarem sujeitos às normas consumeristas não autoriza a ampliação irrestrita das obrigações das operadoras, sob pena de promover um desequilíbrio contratual tão acentuado que comprometa a continuidade da atividade.²⁶⁹

Nesse sentido, de acordo com ele, cumpre ao Poder Judiciário agir com cautela para evitar a prolação de decisões autorizando o acesso a medicamentos, produtos e serviços sem

²⁶⁷ POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor*. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13; 17.

²⁶⁸ STJ, REsp 1.733.013/PR, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2019, DJe 20.02.2020.

²⁶⁹ DRESCH, Renato Luís. As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas. *Revista de Direito da Saúde Suplementar*, São Paulo, v. 1, n. 1, 121-135, 2017, p. 122-126.

base em evidências científicas ou na falta de cobertura contratual, porque isso causaria o abalo da sustentação econômica para garantir a prestação dos serviços de saúde.²⁷⁰

O desequilíbrio, por sua vez, culminaria na modificação dos cálculos e bases da álea e, conseqüentemente, no aumento dos preços praticados para englobar a constante ampliação das obrigações das operadoras. Tal fato prejudicaria sobremaneira os consumidores de menores condições econômicas, uma vez que o preço para manter o plano de saúde ou seguro-saúde contratado poderia se tornar demasiadamente alto.

Por conseguinte, para solucionar conflito dessa natureza, o julgador deve-se socorrer do disposto no artigo 421, parágrafo único do Código Civil, à medida que, realizada uma primeira análise, verifique-se que não há desrespeito a qualquer norma consumerista. Ou seja, o julgador deve considerar se a relação entre as partes restou equilibrada, garantindo que eventual interpretação a ser dada ao contrato respeite os limites da sua função social e garanta ao fornecedor a manutenção do exercício de suas atividades em bases seguras, cujos riscos foram considerados para formação do preço.

Nesse sentido é a lição de Marco Aurélio Mello,²⁷¹ ministro do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual entender que as operadoras são obrigadas a prestar qualquer coisa que o cliente necessite acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos. A decisão favorecerá o indivíduo que pleiteou a intervenção judicial, mas prejudicará o universo de beneficiários do plano caso a seguradora não possua condições financeiras de arcar com os custos da continuidade dos serviços.

É preciso pensar, portanto, na universalidade de consumidores que serão atingidos pela decisão proferida, sendo que, em matéria de contratos cativos de longa duração, soluções individuais poderão impactar de forma negativa na esfera de direitos de outros consumidores.

Nesse cenário, é essencial que o legislador atue de forma estratégica e, quando necessário, sob o auxílio das agências reguladoras que poderão contribuir para a solução das controvérsias, garantindo segurança jurídica às relações contratuais.

²⁷⁰ DRESCH, Renato Luís. As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas. *Revista de Direito da Saúde Suplementar*, São Paulo, v. 1, n. 1, 121-135, 2017, p. 122-126.

²⁷¹ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança jurídica e Equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3-15.

5. PROPOSTA LEGISLATIVA

O presente estudo dedicou-se à análise dos princípios aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito do Direito do Consumidor e, em especial, aos contratos cativos de longa duração que, por sua natureza, não suportam a aplicação irrestrita das normas consumeristas.

Os contratos cativos de longa duração, por regularem relações que se prorrogam no tempo, impõem ao legislador diversos desafios. Isso porque os contratos em análise, por sua natureza, poderão apresentar lacunas que, eventualmente, serão objeto de futuras demandas.

As lacunas que permeiam os referidos contratos devem-se a dois fatores, sendo o primeiro deles a perenidade da relação. Isso porque, no momento da formação da avença, as partes não têm como prever todos os eventos que poderão ou não ocorrer no futuro para fazer constar no instrumento contratual quais serão as regras aplicáveis, obrigando o julgador, em caso de uma disputa, a preencher as lacunas por meio da interpretação supletiva.

O segundo fator que poderá culminar em lacunas contratuais – no caso dos contratos regulados – deve-se ao fato de que, no transcorrer da relação, novas normas e regulamentos poderão ser promulgados, exigindo que o julgador preencha adequadamente as lacunas existentes para alcançar a solução mais justa.

Os contratos cativos de longa duração, em regra, envolvem a contratação de serviços que são ofertados a um número indeterminado de consumidores que estarão conectados pelo mesmo fato. Isso significa que os efeitos da revisão de um contrato podem repercutir em toda a cadeia contratual, culminando no tratamento desigual entre consumidores de uma mesma classe.

Os consumidores que optam pela contratação de determinado pacote de serviços estarão submetidos às mesmas condições de todos aqueles que aderiram à mesma oferta, sendo certo que, ao promover a revisão do contrato, esse consumidor terá um tratamento diferenciado daqueles que não puderam se socorrer do Poder Judiciário.

A depender das revisões a que o contrato padrão venha a ser submetido e das externalidades negativas que sejam suportadas pelo fornecedor, todos os consumidores suportarão, em maior ou menor grau, consequências como o aumento do preço cobrado ou até mesmo o cancelamento de determinado pacote de serviços.

Nos contratos envolvendo a prestação de serviços de saúde, podem ser observados com maior clareza os impactos das externalidades negativas, causadas pela revisão contratual dissociada do acertado sopesamento entre os princípios aplicáveis em matéria contratual e o desacordo com as normas que regulam a prestação dos serviços de saúde.

Consoante demonstrado anteriormente, não há uma posição unânime na jurisprudência com relação à taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, culminando na prolação de decisões conflitantes e que fomentam um dos maiores males a serem combatidos no Judiciário brasileiro, a insegurança jurídica.

A discussão sobre a taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar é apenas uma das matérias que são submetidas todos os dias ao Poder Judiciário e sobre as quais não há consenso.

A falta de consenso decorre em grande medida pela árdua tarefa de promover o sopesamento de valores potencialmente antagônicos como o direito à saúde e o princípio do equilíbrio econômico do contrato, o que pode impulsionar alguns julgadores a invocarem inobservância da boa-fé pelo fornecedor ao negar a cobertura de eventual procedimento, alegando-se também a máxima de que, no caso dos contratos de adesão, esses deverão ser interpretados pró-aderente.

No entanto, invocar o princípio da boa-fé como um justificador para as decisões proferidas, quando a negativa do fornecedor não puder ser igualada à má-fé, significa, em última *ratio*, no esvaziamento do princípio e na sua banalização.

As obrigações do fornecedor não poderão ser estendidas para abarcar o pleito dos consumidores sob a alegação da interpretação pró-aderente. É preciso analisar o contrato à luz das normas que regulam o tema, ainda que o pleito do consumidor possa não ser atendido.

O fornecedor precisa ter a segurança de que, uma vez observadas as normas que regulamentam o tema, as suas obrigações não serão estendidas e a sua conduta não será considerada de má-fé, respeitando-se, dessa forma, os limites contratados e a função social do contrato.

O respeito aos limites do contrato é de extrema importância à medida que o objetivo final dos contratos é a obtenção de lucro, sendo defeso utilizar-se do ente privado como se público fosse, impondo-lhe obrigações que são dos entes públicos.

Não se pode perder de vista que para formação do preço, os fornecedores buscam calcular todos os custos que terão e estabelecem uma margem de lucro e de segurança. Segurança de que, no caso de evento não previsto, os serviços contratados continuarão a ser prestados aos consumidores.

Considerando esse problema e com o fim de evitar a prolação de decisões conflitantes, principalmente em matéria contratual, propõe-se o acréscimo de um novo artigo ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos abaixo:

Art. 53-A. No caso dos contratos de consumo submetidos à regulamentação e fiscalização por agências reguladoras, o julgador deverá, nas demandas judiciais que discutirem qualquer questão relacionada à extensão das obrigações assumidas pelo fornecedor, consultar as agências reguladoras respectivas, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, sobre a questão em litígio.

§ 1º Não será considerada abusiva ou contrária a boa-fé a negativa do fornecedor no cumprimento de eventual obrigação, caso a negativa esteja fundamentada nos regulamentos editados pelas agências reguladoras;

§ 2º É defesa a extensão das obrigações contraídas pelo fornecedor sem a respectiva contraprestação do consumidor, caso a cobertura pretendida não esteja definida entre as obrigatórias pela agência reguladora ou a conduta do fornecedor esteja em conformidade com os regramentos daquela;

§3º O fornecedor deverá oportunizar ao consumidor, quando possível, a contratação de cobertura adicional, devendo justificar os valores adicionais a serem cobrados nos contratos ou indicar, dentre os produtos que já são ofertados, aquele que melhor se adequaria às necessidades do consumidor;

§4º Nos casos expostos acima, o consumidor, cessada a necessidade da cobertura adicional, terá o direito a cancelar a contratação dos referidos serviços, sem que lhe possa ser imposto prazo mínimo ou fidelização.

A inclusão do *caput* do artigo 53-A imporia aos julgadores o dever de, nas demandas judiciais que discutam qualquer questão relacionada à extensão das obrigações assumidas pelo fornecedor, consultar as agências reguladoras e solicitar os esclarecimentos sobre o tema colocado em discussão.

A consulta às agências reguladoras permitiria ao julgador decidir de forma mais fundamentada, porquanto teria o apoio daquela que foi criada para fiscalizar e regulamentar o exercício de determinada atividade, evitando a prolação de decisões contrárias às normas editadas pelos respectivos órgãos.

A consulta às agências garantiria ao fornecedor a segurança de – uma vez observado os regramentos – as suas obrigações não virem a ser estendidas e, conseqüentemente, o equilíbrio econômico do contrato ser mantido.

A consulta também favoreceria aos interesses dos consumidores, à medida que não haveria tratamento desigual entre eles e nem seriam obrigados a suportar o aumento dos custos que o tratamento especial dispensado a um consumidor viesse a impor ao restante, sendo o tratamento igualitário de suma importância entre consumidores que estejam dentro da mesma classe.

O parágrafo primeiro, por sua vez, vedaria a eventual extensão das obrigações dos fornecedores de forma contrária aos regramentos editados pelas agências reguladoras ao impedir que a negativa de cobertura seja classificada como cláusula abusiva ou contrária à boa-fé.

O parágrafo segundo vedaria a extensão das obrigações do fornecedor sem a devida contraprestação, impondo ao consumidor que, desejando a prestação de serviços não contratados, arque com os custos decorrentes.

Adotar-se-ia, desse modo, o quanto prescrito no artigo 421, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, o qual prescreve que a liberdade contratual será exercida nos limites do contrato e que prevalecerá o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual.

Isso significa dizer que se o contrato em análise estiver em consonância com as normas consumeristas e/ou leis especiais sobre o tema e não contiver cláusulas abusivas (não sendo abusivas aqueles cuja negativa ao pleito do consumidor tenha amparo nas normas e regulamentos sobre a matéria), a revisão do contrato deve ser vedada, sob pena de violar-se os limites do contrato.

Entretanto, consoante prescrito no parágrafo terceiro, em sendo possível, deverá o fornecedor oportunizar ao consumidor a possibilidade de contratar os serviços adicionais e/ou cobertura adicional, sendo vedado ao fornecedor aproveitar-se do momento de necessidade vivenciado pelo consumidor.

O fornecedor não poderá promover a cobrança de valores dissociados dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo justificar os valores propostos ou indicar ao consumidor qual pacote de serviços já comercializado atenderia às suas expectativas.

A contraprestação por serviços adicionais foi defendida pelo ministro Luis Felipe Salomão ao discutir questão atinente à taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar. No seu entender, as operadoras de plano de saúde deveriam oportunizar o tratamento ao consumidor com o repasse dos custos adicionais para equilibrar-se a relação contratual, sendo que o valor repassado deveria ser aquele mais favorável ao consumidor.

Por óbvio, sob pena de violação do próprio princípio do acesso à justiça e diante do risco do estabelecimento ilegal de presunção absoluta (*juris et de jure*) de higidez dos atos da Administração Pública, não se está a dizer que não possam existir situações pontuais em que o Juízo – munido de informações técnicas obtidas sob o crivo do contraditório, ou mesmo se valendo de nota técnica dos Nat-jus, em decisão racionalmente fundamentada – venha determinar o fornecimento de certa cobertura que constate ser efetivamente imprescindível, com supedâneo em medicina baseada em evidência (clínica).

Bem assim, evidentemente, é sempre possível a autocomposição. Muito embora não seja um dever que possa ser imposto, não se descarta a possibilidade de a operadora ou seguradora pactuar com o usuário para que ele cubra a diferença de custos entre os procedimentos do rol ou da cobertura contratual e o orientado pelo médico assistente, a par de ser hipótese que propicia ao consumidor valer-se dos preços mais favoráveis que usualmente são cobrados das operadoras em sua relação mercantil com os prestadores de serviços (STJ, REsp 1.733.013/PR, 4.^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2019, DJe 20.02.2020).

Vedar-se-ia, portanto, que o fornecedor se aproveitasse do momento de necessidade vivenciado pelo consumidor, obrigando-o a justificar os custos a serem repassados, devendo o fornecedor, sempre que possível, repassar ao fornecedor os valores relacionados aos preços de custos, uma vez que tem mais condições que o consumidor para negociar os melhores preços e condições.

A vedação ao locupletamento ilícito do fornecedor é trazida também no parágrafo quarto, o qual impede que o fornecedor obrigue o consumidor a contratar por período mínimo ou, ainda, promova a sua fidelização.

O consumidor terá a possibilidade de, uma vez cessado o momento de necessidade, rescindir o contrato com relação à cobertura adicional e optar pelo retorno do *status quo ante* sem a imposição de qualquer penalidade.

A inclusão do artigo 53-A na forma proposta contribuiria para diminuição de prolação de decisões conflitantes, porquanto elas estariam amparadas pelos esclarecimentos a serem prestados pelas agências reguladoras.

As agências reguladoras foram criadas com o objetivo de regulamentar e fiscalizar a prestação de serviços essenciais, cuja exploração também foi concedida ao setor privado. Dessa forma, a consulta às agências garantiria o maior controle das atividades prestadas pelos particulares e contribuiria para a valorização desses órgãos.

O julgador teria maiores subsídios para concessão ou indeferimento do pleito do consumidor, garantindo-se ao fornecedor que – no caso de negativa fundamentada do pleito do consumidor – as suas obrigações não seriam estendidas em contrariedade aos limites pactuados e/ou normas que regulamentam a matéria.

O fornecedor teria, portanto, maior segurança jurídica e o consumidor não seria desamparado, porquanto impor-se-ia ao fornecedor o dever de ofertar ao consumidor – sempre que possível – a execução da cobertura adicional pleiteada com o repasse ao consumidor dos custos extras gerados.

Os custos, por sua vez, não poderiam ser traduzidos em enriquecimento ilícito do fornecedor, o qual deveria justificar os valores e buscar repassar os melhores preços que puder negociar no mercado.

O fornecedor, caso o pleito do consumidor se encaixe em outro pacote de serviços comercializado, deverá indicá-lo ao consumidor, explicitando as razões pelas quais ele seria o mais adequado às suas necessidades e de que forma a sua contratação resultaria em melhor custo-benefício.

Por fim, o consumidor direto teria os seus direitos resguardados, porque os serviços adicionais lhe poderiam ser prestados a um preço justo e, cessado o momento de necessidade, poder-se-ia retornar ao *status quo ante* sem a imposição de quaisquer penalidades.

O consumidor indireto – aquele que está presente na mesma classe que o consumidor litigante – também seria beneficiado, porque prevaleceria o tratamento igualitário entre todos daquela classe e não teria de suportar eventuais externalidades negativas decorrentes da revisão contratual em desacordo com as normas vigentes no setor.

CONCLUSÃO

O consumo é a força motriz da sociedade atual, não sendo exagero afirmar que, em maior ou menor grau, a economia mundial orbita ao redor da produção de bens de consumo e da prestação de serviços, ou do fomento a essas duas atividades.

O consumo foi elevado a um sinônimo de felicidade, mas esse sentimento e o fomento ao consumo sem a consciência necessária sobre o ato de consumir e as consequências dele advindas culminaram no aumento das desigualdades entre fornecedores e consumidores.

É nesse contexto que o Código de Defesa do Consumidor é criado, sendo um importante marco do Estado Democrático do Direito e das suas transformações sociais. Apesar de garantir o respeito à liberdade econômica, antigos conceitos foram revistos a fim de promover maior equilíbrio às relações contratuais que, por sua dinamicidade, demandavam também a adoção de princípios como forma de abranger, tanto quanto possível, toda a diversidade de controvérsias que seriam originadas.

Entretanto, apesar do vanguardismo do código consumerista, é preciso admitir que a sociedade não é um organismo estanque, mas passa constantemente por uma série de transformações que nos forçam a repensar o Direito e a forma de sua aplicação.

Se outrora fomentava-se o consumo para absorção da produção excedente, atualmente tem-se vivenciado um processo de “servicização”, à medida que os contratos de consumo – cada dia mais – estão se tornando contratos que envolvem obrigações de fazer e não mais apenas, ou principalmente, obrigações de dar.

Com efeito, no final dos anos 1990, acompanhou-se o alavancar dos serviços envolvendo telefonia e a popularização do acesso à internet e bens de consumo como computadores e celulares, que antes eram comercializados a uma parcela menor da população, começaram a se tornar acessíveis a todos.

Popularizou-se o uso desses aparelhos e, por meio deles, o uso da internet, transformando não somente a forma das pessoas se comunicarem, mas, principalmente, das pessoas consumirem. Os aparelhos celulares e, posteriormente, os *smartphones* tornaram-se ferramentas imprescindíveis para a sociedade atual, porquanto deixaram de ser aparelhos voltados somente para realização e recebimento de chamadas telefônicas, tornando-se uma espécie de computadores de mão, por meio dos quais as pessoas podem acessar suas redes

sociais, e-mails, programas de troca de mensagens, aplicativos vinculados às suas contas bancárias e uma infinidade de outros *devices* que visam à facilitação das atividades do cotidiano e também atender às novas formas de consumo.

A transformação verificada na forma de consumo repercute em outras áreas do Direito, sendo a principal delas a reservada ao Direito Contratual. Se, antes, os contratantes estariam, presumidamente, em posição de igualdade e poderiam discutir livremente as cláusulas do seu acordo de vontades, nas últimas décadas, com a transformação na forma de consumir, os contratos paritários foram reduzidos, cedendo espaço para contratos de adesão, cujas cláusulas são pré-estabelecidas.

Os contratos de adesão passaram a predominar em quase todas as relações comerciais entre empresas e consumidores. Esse movimento, contudo, deve-se ao fato de que os métodos de contratação em massa – dentre os quais o contrato de adesão – permitem tanto às empresas como ao Estado promover um sem-número de contratos preservando a homogeneidade de seu conteúdo e, assim, garantindo que os contratantes de um mesmo produto ou serviço sejam tratados de forma isonômica.

Os contratos de adesão permitem o incremento do comércio eletrônico que, com a popularização da internet, passou a crescer cada vez mais e oferecer novos desafios a serem superados à medida que, quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, não era possível imaginar o movimento que se está vivenciando hoje.

A popularização e avanço da contratação de serviços impulsiona a celebração de contratos cativos de longa duração, porquanto as obrigações contraídas pelos fornecedores deixam de ser obrigações de dar a passar a ser obrigações de fazer de execução continuada.

Os contratos cativos de longa duração são instrumentos contratuais utilizados há muitas décadas e que demandam, para que se viabilize a perenidade da relação, a utilização de cláusulas abertas e não rígidas, porquanto não há como prever todas as situações que os contratantes poderão enfrentar no futuro.

A manutenção da relação demanda, portanto, a confiança entre os contratantes e o dever de cooperação, haja vista que, em decorrência da perpetuação desse contrato no transcorrer do tempo, as condições contratuais poderão tornar-se ultrapassadas ou incompletas, sendo esperado que as partes adotem postura diversa daquela típica de contratos de execução instantânea.

Não por outra razão que, quando verificadas as situações descritas acima, entende-se que deve ser vedada a interpretação desse tipo contratual como se fosse um contrato de execução instantânea, devendo ser vedada também a aplicação de princípios que não condizem com a natureza dos contratos cativos de longa duração.

A característica marcante e distintiva desses contratos frente aos demais contratos de consumo é a posição de dependência dos consumidores, bem como a intenção das partes contratantes de manter a relação no transcorrer dos anos, razão pela qual os princípios da cooperação e confiança são alçados à base das referidas relações, já que as circunstâncias fáticas vigentes à época da contratação poderão sofrer transformações que demandarão a cooperação dos contratantes na busca de soluções.

Não seria possível, no caso dos contratos cativos de longa duração, aplicar isoladamente o princípio da vulnerabilidade do consumidor para interpretar suas cláusulas, sendo premente que, juntamente com a aplicação de tal princípio, sejam considerados a função social e o equilíbrio econômico do contrato.

A vulnerabilidade do consumidor goza de presunção absoluta, não admitindo declinação ou prova em contrário, sendo, portanto, uma condição inerente a todo aquele for considerado consumidor. No entanto, uma vez reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, a relação entre as partes restará equilibrada, permitindo ao julgador analisar o caso concreto e sopesar a aplicação dos demais princípios que garantirão a prolação da solução mais justa, ainda que eventualmente contrária aos interesses do consumidor.

O artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor autoriza o julgador a decidir por equidade, sendo prescrito que a aplicação do código consumerista não exclui outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária – como o Código Civil – e de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes. O quanto previsto no referido artigo autoriza que, em matéria contratual, sejam aplicados os princípios regentes da matéria previstos no Código Civil.

Conforme buscou-se demonstrar ao longo do trabalho, a aplicação sem o devido sopesamento das normas consumeristas de forma indistinta a todos os fornecedores poderá causar consequências negativas, porque os fornecedores guardam entre si diferenças significativas e a aplicação da letra fria da lei pode promover injustiças.

Os fornecedores apresentam características distintas, o que, conforme o caso, deveria afastar ou ao menos abrandar a aplicação das normas consumeristas sem considerar-se os impactos negativos que poderão ser causados e sem, ao final, alcançar-se um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, que é a harmonização da relação entre as partes (art. 4.º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor).

Por tal razão, é proposta a subdivisão dos fornecedores em quatro grupos distintos, quais sejam: (i) os fornecedores de bens cotidianos destinados ao grande varejo; (ii) os fornecedores de bens cotidianos destinados ao pequeno varejo; (iii) os fornecedores de bens exclusivos; e (iv) os fornecedores de bens essenciais, cuja utilização se perpetua no tempo. A esse último grupo foi dedicado maior aprofundamento para defender-se que, uma vez considerada a vulnerabilidade do consumidor, em matéria contratual, é permitida a aplicação dos princípios contratuais previstos no Código Civil.

Nessa medida, no presente estudo, optou-se pela análise dos contratos de planos de saúde e seguro-saúde, porquanto, além de serem genuinamente contratos cativos de longa duração, ainda são contratos ditados e que devem observar não somente as normas consumeristas, mas também as normas específicas que regem a sua atuação.

Isso significa dizer que, no caso dos contratos de planos de saúde e seguro-saúde, as operadoras estão sujeitas aos regulamentos editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, sendo imperioso que, em caso de controvérsias, seja considerado que os referidos contratos possuem particularidades que impedem a aplicação insuflada das normas consumeristas.

Como forma de aprofundamento no tema, analisou-se importante discussão sobre a taxatividade do rol de procedimento editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, o qual prescreve os procedimentos de cobertura mínima pelas operadoras de planos de saúde.

O rol de procedimentos de cobertura obrigatória é um dos fatores considerados pelas operadoras de planos de saúde para cálculo do risco assumido e, portanto, da contraprestação a ser dada pelo consumidor no contrato de plano de saúde ou seguro-saúde, não sendo razoável que o quanto prescrito no referido rol seja estendido sem autorização legal.

Entretanto, na prática, verifica-se que o tema é tratado de forma distinta perante os tribunais pátrios, havendo relevante dissídio jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Câmaras do Superior Tribunal de Justiça.

A Terceira Câmara do Superior Tribunal de Justiça defende que, considerando que o consumidor não teria como saber quando da contratação dos serviços quais procedimentos viria a precisar no futuro e considerando a sua hipossuficiência frente às operadoras, não se poderia negar a execução de determinado procedimento por estar fora do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar. A negativa de prestação seria considerada como uma conduta abusiva e de má-fé das operadoras, devendo a negativa ser afastada, porquanto essa não poderia discutir sobre o tratamento prescrito pelo médico do paciente.

A Quarta Turma, por sua vez, possui entendimento diverso, defendendo que o rol de procedimentos editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar seria taxativo. Essa posição tomou em consideração os argumentos suscitados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, reconhecendo que o rol não é elaborado de forma discricionária ou visando a diminuição de custos às operadoras.

Nos contratos de plano de saúde e seguro-saúde, deve-se analisar as cláusulas contratuais (e sua eventual abusividade) à luz não somente do direito consumerista, mas principalmente dos regulamentos editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

É nesse momento que se verifica uma aproximação com o Código Civil. Isso porque, uma vez analisado o contrato sob a ótica consumerista, inexistindo cláusula abusiva – entenda-se: apesar de a cláusula afastar o pleito do consumidor, ela está em consonância com o nosso ordenamento jurídico – faz-se necessário promover o sopesamento entre os princípios que regulam o Direito dos Contratos e, conseqüentemente, o princípio do equilíbrio econômico e o princípio da função social do contrato.

O equilíbrio contratual é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico, não importando se se trata de contrato celebrado entre particulares ou contratos de consumo.

Não há como se conceber que, apesar de a conduta do fornecedor estar em consonância com o nosso arcabouço legal, ainda assim, as suas responsabilidades sejam estendidas por ocasião da judicialização do conflito.

A insegurança jurídica é um mal que deve ser combatido e, não por outro motivo, propõe-se a inclusão de dispositivo no Código de Defesa do Consumidor prescrevendo que, no caso dos contratos de consumo submetidos à regulamentação e fiscalização por agências

reguladoras, o julgador deverá, nas demandas judiciais que discutirem qualquer questão relacionada à extensão das obrigações assumidas pelo fornecedor, consultar as agências reguladoras respectivas, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, sobre a questão em litígio.

A proposta acima imporia aos julgadores o dever de, nas demandas judiciais que discutam qualquer questão relacionada à extensão das obrigações assumidas pelo fornecedor, consultar as agências reguladoras e solicitar os esclarecimentos sobre o tema colocado em discussão.

A consulta às agências reguladoras permitiria ao julgador decidir de forma mais fundamentada, porquanto teria o apoio daquela que foi criada para fiscalizar e regulamentar o exercício de respectiva atividade, evitando-se a prolação de decisões contrárias às normas editadas pelos respectivos órgãos.

O direito dos fornecedores restaria assegurado, porque estes teriam a certeza que – uma vez observado os regramentos – as suas obrigações não virem a ser estendidas e, conseqüentemente, o equilíbrio econômico do contrato seria mantido.

A consulta também favoreceria aos interesses dos consumidores à medida que não haveria tratamento desigual entre eles e nem seriam obrigados a suportar o aumento dos custos que o tratamento especial dispensado a um consumidor viesse a impor ao restante de uma mesma classe.

Nos contratos cativos de longa duração, como são ofertados a um número expressivo de consumidores, é preciso sempre pensar-se nos riscos assumidos pelos fornecedores e o quanto a interferência judicial – dissociada das normas que regulam a matéria – poderá prejudicar o desenvolvimento da atividade comercial e, conseqüentemente, os demais consumidores, que terão de enfrentar o aumento dos preços praticados ou, na pior das hipóteses, a descontinuação do serviço.

A defesa da aplicação mitigada do Código de Defesa do Consumidor a tais contratos tem por objetivo resguardar os direitos do consumidor indireto – aquele que está presente na mesma classe que o consumidor litigante e o direito dos fornecedores a desenvolverem sua atividade comercial com segurança jurídica e ao menor custo possível para os consumidores, preservada a sua margem de lucro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 12, v. 45. p. 91-110, jan./mar. 2011.
- AKERLOF, George Arthur. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 488-500, Aug. 1970.
- ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2013.
- ALVES, Sandro Leal. A regulação do setor de seguros: aspectos econômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- BETTI, Emilio. *Teoria Geral das Obrigações*. Trad. Francisco José Galvão Bueno. Campinas: Bookseller, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005
- BORGES, Ferreira. *Diccionário jurídico-comercial*. Pernambuco: Typographia de Santos e Companhia, 1843, v. 1.
- BRAVO, Federico de Castro y. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leys*. Madrid: Civitas, 2016.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência Material dos Contratos: civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CALMON, Eliana. As gerações do direito e as novas tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 39, p. 39-45, jul./set. 2001.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. 6, Livro 4, Parte 1.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. A equidade no Código do Consumidor. *Revista Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 156, Ago. 2013. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-equidade-no-codigo-do-consumidor/>. Acesso em 20 mar. 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do CDC ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Contrato empresarial. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. Possibilidade de denúncia vazia. Aviso prévio. Licitude. Enriquecimento sem causa (Parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, A. 4, p. 305-330, jan./mar. 2017.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Contrato empresarial. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. Possibilidade de denúncia vazia. Aviso prévio. Licitude. Enriquecimento sem causa (Parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, A. 4, p. 305-330, jan./mar. 2017.

DRESCH, Renato Luís. As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas. *Revista de Direito da Saúde Suplementar*, São Paulo, v. 1, n. 1, 121-135, 2017, p. 122-126.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

FURMSTON, Michael P. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. 14. ed. Oxford: Oxford University, 2005.

GALGANO, Francesco. *Il contratto*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coord.). *Principais controvérsias no novo código civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coord.). *Principais controvérsias no novo código civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev. e atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

GRANIERI, Massimiliano. *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milano: Giuffrè, 2007.

GREGORI, Maria Stella. Os desafios da regulação da saúde suplementar no Brasil. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona (Org.). *Direito do consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete Contracts and Renegotiation. *The Review of Economics Studies*, v. 56, n. 4, p. 755-785, July 1988.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa brasileira. In: BARROSO, Lucas de Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 18 mar. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa brasileira. In: BARROSO, Lucas de Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação de atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos; os contratos relacionais; a boa-fé nos contratos relacionais; contratos de duração; alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva; sinalagma e resolução contratual; resolução parcial do contrato; função social do contrato (Parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 94, n. 832, p. 113-37, fev. 2005.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato (Parecer). In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o adimplemento contratual. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não-verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio.

Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais no Direito Brasileiro. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Porto Alegre, v. 1, p. 103-118, 1999.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. 30 anos de Código de Defesa do Consumidor: Revisando a Teoria Geral dos Serviços com base no CDC em Tempos Digitais. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona (Org.). *Direito do consumidor – 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente., *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, p. 79-122, 2000.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira;

CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto civile: II contratto*. Milano: Giuffrè, v. 3, 2000.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança jurídica e Equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3-15.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil: teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, t. 1.

MONTEIRO, Antonio Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. Disponível em:
http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/contratos_adesao_clausulas_contratuais_gerais.pdf. Acesso em 20 fev. 2021.

MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 269–285, out./dez. 2014.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Diritto Romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e a sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Contratos. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil*. 24. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Contratos. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2011, v. 3.

PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Diritto, Economia e Mercados*. São Paulo: Campus, 2005.

POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor*. São Paulo: Roncarati, 2015.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova.* São Paulo: RT, 2012, t. 3.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Conseqüências do inadimplemento. Exceções de contrato não adimplido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protetiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 26, p. 209, § 3.153.
- REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviço.* São Paulo: Atlas, 2006
- RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: a autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais Online.* Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/DOCTRINA-DO-TERCEIRO-CUMPLICE-OLRJ.pdf>, p. 1. Acesso em: 20.03.2021.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão.* São Paulo: Atlas, 2006.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato.* Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Paradoxos do liberalismo: teoria e história.* São Paulo: Coedição Vértice e IUPERJ, 1988
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar.* São Paulo: Saraiva, 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 171-179, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 3.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e direito processual.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015.
- TELLES, Inocêncio Galvão. Das condições gerais dos contratos e a directiva europeia sobre as cláusulas abusivas. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Coimbra, n. 2, p. 7-21, 1995.
- TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação das declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 52-90, 1992.
- VENOSA, Silvio. *Direito Civil: parte geral.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- WELTON, Nelly Maria Potter. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1967.