

CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS CONSUMERISTAS: A (IN)EXIGIBILIDADE DE CUMPRIMENTO À LUZ DA LEI 8.078 DE 1990 – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Dinoerci de Oliveira¹

Orientador: Marco Aurélio Pieri Zeferino²

RESUMO

As relações contratuais são o cerne do desenvolvimento econômico em qualquer país do mundo. Por eles (contratos), são celebrados os mais variados negócios envolvendo os mais indeterminados tipos de pessoas. O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90 regulamenta toda esta estrutura normativo-jurídica no campo consumerista, o qual encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXII. Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral o estudo acerca das cláusulas abusivas aplicadas nas relações de consumo no Brasil. Por acessório, delineou-se a evolução histórica das relações obrigacionais. Analisou-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em proteção à confiança no vínculo contratual. Definiu-se o instituto *Pacta Sunt Servanda*, cláusula *Rebus Sic Stantibus* e sua aplicação à senda das relações de consumo. Por findo, apresentou-se a complexidade das relações contratuais de consumo no Brasil sob o cenário pandêmico da covid-19. Justifica-se este por ser um tema de relevância acadêmica, política, econômica, e principalmente social. A metodologia de pesquisa foi analítico dedutiva, consubstanciada em levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: cláusulas abusivas; relações contratuais; covid 19.

1 INTRODUÇÃO

As relações contratuais são dinâmicas, o direito também é. Neste sentido entende-se que, ao campo dos direitos e garantias fundamentais, sustentáculos de qualquer Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica se faz como alicerce destas relações obrigacionais.

Sabe-se que a evolução histórica a respeito das relações comerciais se atém as particularidades de cada contexto em que inseriu, como por exemplo, pode-se analisar esta afirmação sob a ótica de antes das Revolução Industrial e pós Revolução Industrial.

As obrigações contratuais, quando analisadas sob as perspectivas do período anterior à Revolução Industrial, nota-se que não possuíam a dinâmica e o volume operacional dos dias contemporâneo, visto ser inimaginável antes a falta de tecnologia para produção em massa, que contratos fossem realizados nesta senda.

Após a Revolução Industrial, tem-se que houve um enorme crescimento no que diz respeito ao campo obrigacional contratual, e neste mote, o sistema normativo foi sendo confeccionado e ou reformulado para atender a estas demandas massivas, e por isso, se tornou um ato jurídico indispensável na consecução de qualquer relação obrigacional, podendo até ser verbal.

¹ Discente do 10º período do Curso de Direito da Libertas Faculdades Integradas.

² Mestre em Direito, pela Universidade de Ribeirão Preto. Doutor em Tecnologia Ambiental, pela Universidade de Ribeirão Preto. Professor de Direito Empresarial, no Curso de Direito da Libertas Faculdades Integradas.

Com o passar dos anos e com a inevitável (r)evolução tecnológica, tornou-se cada vez mais comum que grandes corporações elaborem contratos padronizados para atender à demanda, e assim, mitigam ou reduzem drasticamente o poder de negociação entre quem vende e quem compra, sendo este último tido como a base hipossuficiente da relação obrigacional aplicado ao campo do Direito do Consumidor.

Com a pandemia do coronavírus, inevitavelmente as relações obrigacionais detiveram uma severa mudança nas suas diretrizes, sendo que vários mecanismos políticos e jurídicos foram elaborados na tentativa de evitar que os contratos firmados fossem cumpridos, por ambas as partes.

Assim, o presente trabalho teve como objetivo geral o estudo acerca das cláusulas abusivas aplicadas nas relações de consumo no Brasil. Por acessório, delineou-se a evolução histórica das relações obrigacionais.

Analisou-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em proteção à confiança no vínculo contratual. Definiu-se o instituto *Pacta Sund Servanda*, *cláusula Rebus Sic Stantibus* e sua aplicação à senda das relações de consumo.

Por findo, apresentou-se a complexidade das relações contratuais de consumo no Brasil sob o cenário pandêmico da covid-19. Justifica-se este por ser um tema de relevância acadêmica, política, econômica, e principalmente social.

A metodologia de pesquisa utilizada consubstancia-se no método analítico dedutivo via levantamento bibliográfico.

2. CONTRATUALISMO APLICADO AO CAMPO DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

2.1. Evolução histórica do contratualismo consumerista

As relações comerciais são antigas. Desta maneira, não há como olvidar de sua importância em relação ao desenvolvimento econômico de um Estado.

Estas relações, na antiguidade, se bastavam com modelos simples de negociação, quando o mecanismo utilizado era a troca entre as pessoas de produtos os quais se produziam.

Nesta senda, Norat, (2016, p. 93) assevera que:

Já na antiguidade se têm relatos de exploração comercial; colônias como a de Kanes, na Ásia Menor, os egípcios, hebreus e principalmente os fenícios praticaram o comércio em larga escala de produtos como perfume, cereais, marfim, metais, joias e outros. As práticas comerciais estavam, profundamente, incumbidas na cultura dos povos, entretanto, durante a decadência do Império Romano, para fugir da crise, a população migra para o campo e se torna fundamentalmente campesina.

Com o passar dos tempos a evolução do sistema comercial se viu moldado pelo êxodo praticado pela população, e neste mote, com a ascensão do imperialismo romano, o sistema obrigacional se viu obrigado a transformar-se e adequar-se à realidade contextual, quando surge então o sistema de comercialização nos moldes em que seria praticado mundialmente até os presentes dias.

Para Miragem, (2017, p. 15):

As pessoas se isolavam em pequenas vilas e consumiam tão-somente o que colhiam, mantendo assim a estrutura de autossuficiência de cada vila. Com a queda do Império Romano surge um novo tipo de organização da sociedade – o feudalismo. O modo de produção feudal tinha como essencialidade a agricultura autossuficiente e a monetária, sendo assim não mais havia uma forte visão comercial nas relações. O sistema feudal durou até a Baixa Idade Média, quando as necessidades da população

européia culminaram com a substituição da estrutura social feudal por uma economia comercial, pois as forças políticas dos senhores feudais estavam sendo sobrepostas pelo surgimento de um novo grupo social que tinha sua estrutura diretamente relacionada com o comércio – a burguesia.

Desta maneira, entende-se que as relações obrigacionais ao campo do comércio ocorreram desde muito antes da criação de leis que pudessem regulamentá-las, e assim, estas relações eram realizadas com base em sistema simples, contudo, após a mudança do caráter político e estrutural da sociedade, as obrigações contratuais aplicadas à senda consumerista ganham nova perspectiva, sendo reformulada paulatinamente para atender as demandas da presente era.

Na idade média, com a influência do catolicismo em todo o mundo, aliado às transformações políticas as quais atravessavam toda a Europa, tem-se que o novo modelo de se relacionar obrigacionalmente ganha força e se expande mundo afora, sendo um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento da humanidade e sendo as transformações tecnológicas um propulsor para que estas relações obrigacionais ao campo consumerista fossem difundida.

Assim, em Miragem, (2016, p. 19) encontra-se que:

O interesse da Igreja Católica em difundir o cristianismo no oriente e combater a expansão dos muçulmanos, combinado a outros fatores, fez surgir o movimento das Cruzadas; fato que causou a Revolução Comercial e a reabertura do Mediterrâneo, possibilitando assim, a entrada de produtos e especiarias orientais na Europa. O novo comércio que surgia, estimulado pelo mercado consumidor, ávido por produtos vindos do oriente, fez com que as sociedades da Europa se interligassem comercialmente, ocasionando transações financeiras e trazendo de volta a invenção do povo Lídio: a circulação da moeda nas relações comerciais.

Em sintonia a assertiva supra, Norat, (2016, p. 98) descreve que;

O desenvolvimento comercial neste período foi tão intenso e bem sucedido que, rapidamente, as feiras de comércio se transformaram em vilas e cidades. A economia em ascensão fez surgir um novo e forte grupo de comerciantes, que visavam à expansão de mercado, já que as trocas comerciais traziam, cada vez mais, um enorme lucro. Essas mudanças já apontavam para o início do capitalismo.

Quando se fala acerca do desenvolvimento atravessado pelas relações obrigacionais ao campo do consumo, absorve-se que, com sua expansão e conseqüentemente adesão mundial, os (agora) comerciantes se viram frente a um novo desafio, ou seja, como eles conseguiriam produzir e vender em grandes quantidades com garantia de que haveria o cumprimento destas obrigações por ambas as partes, desta maneira, abre-se espaço para que o contratualismo consumerista atrelado ao surgimento do capitalismo fosse o fio condutor de um outro acontecimento o qual delimitou uma drástica mudança, não apenas no campo das obrigações contratuais (consumeristas), mas também (e principalmente) no campo estrutural e político dos Estados, qual seja, a Revolução Industrial.

Em Miragem, (2017, p. 22) encontra-se que:

O renascimento das cidades ocorreu em consequência do forte desenvolvimento comercial, e o comércio se desenvolvia cada vez mais em decorrência do progressivo aumento da população nas cidades. Com o comércio em ascensão, os senhores feudais sentiam a necessidade de ampliar sua produção, assim o sistema de feudos, gradativamente, se sucumbe. O capitalismo trouxe para os Europeus o pensamento de acumulação de capitais, de enriquecimento. Esse novo entendimento, que dava ênfase ao sistema capitalista, derrubou por completo a revolução burguesa

e permitiu de uma vez por todas o início de uma grande revolução na indústria mundial

Desta feita, inevitável foram as transformações as quais se passou as relações obrigacionais em face do consumo, sendo que a produção e a massificação destas relações devido à revolução Industrial, fez com que surgisse novas modalidades de obrigações, específicas à senda consumerista, contudo, neste mote, ainda estas regulamentações eram tímidas e genéricas.

Nas afirmações de Figueira, (2001, p. 198) tem-se que:

Desta maneira, a Revolução Industrial se inicia na Inglaterra e se espalha por toda a Europa e Estados Unidos, contribuindo diretamente para a transformação dos grandes centros urbanos. Assim sendo, a ampliação do consumo era inevitável, e para atender toda a demanda foram criadas grandes fábricas que iniciam a produção em larga escala dos produtos que, agora, eram iguais para todos os consumidores – são os produtos em série. A fabricação de cada mercadoria passou a ser dividida em várias etapas, num processo conhecido como produção em série. Concentrado em uma única atividade, o trabalhador especializava-se e aumentava a produção. Essas características acabaram inflando no custo final do produto. Com mercadorias produzidas por meios mais baratos, era possível aumentar a margem de lucro e o mercado consumidor.

Deve-se frisar que nem só de consequências positivas se deu a implantação do sistema capitalista e da Revolução Industrial, apesar de inevitável, esta trouxe um desequilíbrio e desigualdade nas relações consumerista e obrigacionais, visto que com a necessidade de produzir em larga escala, aliado ao objetivo de acumular bens econômicos, os artesãos, ou pequenos produtores, pessoas as quais não conseguiam acompanhar competitivamente estas transformações, se viram sem perspectivas, e nesta senda, os grandes proprietários aproveitaram esta superioridade, recrutavam estes pequenos produtores e suas famílias a trabalhar em suas empresas em troca de pouca contraprestação econômica, ou seja, com a falta de oportunidade próprias, os trabalhadores se viram obrigados a trabalharem por qualquer preço.

Esta assertiva está corroborada com as palavras de Figueira, (2001, p. 200), veja-se:

Os artesãos, que antes produziam e vendiam todos os bens de consumo de forma personalizada, não conseguiam competir com o grande maquinário e poder econômico das grandes fábricas que surgiam, consequentemente, tiveram que vender sua mão-de-obra por salários baixíssimos para as indústrias, ampliando, desta forma, a miserável classe operária. Para aumentar a produtividade, a margem de lucro e, por conseguinte, conquistar o mercado externo, os empresários exploravam ao máximo o uso de mão-de-obra infantil e feminina, pois crianças e mulheres recebiam um pagamento ainda menor do que o baixo salário que era percebido pelos operários homens. Os trabalhadores homens, mulheres e crianças, se submetiam a jornadas de trabalho sub-humanas e condições de vida absolutamente miseráveis

Desta maneira, o que outrora começou como relações de escambo entre as pessoas, evoluem e tornam-se, paulatinamente, relações massificadas, com produções em série e utilizando mão de obra que era dispensada até então com esforços no modelo antigo de relações obrigacionais.

2.2. As Relações Contratuais Aplicadas às Práticas Comerciais e a Massificação da Produção como Impulsionadores do Desenvolvimento Social

Em relação ao desenvolvimento do contratualismo em aplicação às relações obrigacionais de consumo, tem-se que estão interligadas diretamente com o desenvolvimento

dos espaços geográficos onde se instalavam, ou seja, conjectura-se que o desenvolvimento de certa região se deu em grande escala a partir de esforços concentrados do consumismo em massa, e este por sua vez, representa até os contemporâneos dias, o cerne fundamental ao qual se fundou a evolução política, econômica e social de um Estado Democrático de Direito.

Em sintonia às assertivas elencadas supra, anota-se em Filomeno, (2015, p. 10) que:

Como vimos, o movimento das Cruzadas culminou com a iniciação do comércio entre as nações europeias, fortificando, então, o comércio internacional. Entretanto, foi com o advento da Revolução Industrial e da Segunda Guerra Mundial que o processo de industrialização e comercialização das mercadorias passou por avanços que permitiram o barateamento da produção, a homogeneização dos produtos, um forte avanço tecnológico e de interligação das comunicações entre todas as nações do mundo. Essas transformações caracterizam a massificação das relações de compra e venda, e puseram fim às relações pessoais de consumo. Agora o consumidor e o fornecedor não eram mais conhecidos um do outro. É provável que o proprietário do bar da esquina conheça algumas pessoas.

Nesta esteira argumentativa, absorve-se que às responsabilidades obrigacionais em relação ao consumo e sua difusão ao campo mundial nos moldes atuais, observa-se a capacidade de, através de alguns elementos obrigatórios nesta relação que os caracteriza, identificar quais relações se amoldam ao campo consumerista. Assim, esta relação deverá conter, necessariamente, a presença de elemento subjetivo, objeto e o finalístico. Nesta toada, Nascimento (2008, p. 35) disserta que:

Após todo esse processo, já podemos identificar aqui, de forma bem definida, o consumidor, o fornecedor e o produto ou serviço, que, nos dias de hoje são abalizados como pólos constitutivos de dois, dos três, elementos da relação jurídica de consumo, a saber: elemento subjetivo, objetivo e o finalístico. O capitalismo continua sendo o sistema predominante entre as sociedades. A ideia de acumulação de capitais é tão forte que a produção em larga escala é aprimorada para garantir o comércio a um nível mundial. A partir do século XX, as empresas passam a operar com o intuito da ampliação de mercados e de disseminação da marca por todos os continentes. A cada dia os produtos regionalizados desaparecem e tomam forte presença os produtos globais.

No que diz respeito ao primeiro elemento caracterizador de relações obrigacionais de consumo, anota-se que a subjetividade está interligada ao campo da vontade, ou seja, para que haja a devida caracterização de relações comerciais obrigacionais deve-se levar em consideração o campo da disposição de quem irá realizar tal ato, seja em relação à produção, seja em relação ao destino final destes produtos.

Já quando se delibera acerca do segundo requisito, tem-se que o objeto é um caracterizador geral, ou seja, não é possível que haja relações comerciais obrigacionais na senda consumerista sem que haja o objeto a ser transacionado. Assim, fica evidente que toda relação que se participe a obrigação de cumprir contratualmente algo, ainda que seja uma obrigação de fazer, tem-se por objeto o ato a ser realizado.

Por findo, no que tange ao terceiro e último elemento obrigatório na composição das relações obrigacionais de consumo, tem-se a finalística, ou finalismo, ou, em símplice entendimento, a finalidade a qual se destina as obrigações contratuais consumeristas. Deste modo, as relações contratuais devem possuir um fim em si próprio, sendo que, nos dias atuais, aplica-se a finalidade social ao contrato, diz-se que os contratos, nos hodiernos tempos, em território brasileiro, possuem a finalidade de dar segurança jurídica aos transacionados e, de igual modo, conferi exequibilidade ao negócio pactuado.

Deste modo, é correto afirmar que a evolução social que se deu por variados fatores, encaixa-se dentre estas as relações obrigacionais de consumo, quando estas prestam-se a difundir em grande escala os produtos que pretende-se que a outra parte da relação se adéque.

Com o passar dos tempos, se teve a necessidade de massificar estas relações, e deste modo, os contratos passam a ser tidos de modo padronizados, facilitando sua adesão por parte do consumidor e por outro lado retirando ou mitigando sua possibilidade de discussão em relação às cláusulas contratuais. Destarte, surge imperiosamente a necessidade de se garantir que estas relações obrigacionais no campo consumerista fossem resguardadas legalmente, possibilitando que, fornecedor e consumidor, ao menos formal e processualmente, se configurassem horizontalmente no campo das obrigações.

3 CLÁUSULAS ABUSIVAS E A LEI 8.078 de 1990 – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1. Do Conceito de Consumidor no Ordenamento Jurídico Brasileiro

De pronto, pode-se analisar que o conceito de consumidor opera legalmente insculpido no artigo 2º da Lei 8.078 de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, quando delibera que: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Nesta senda, deve-se analisar a conceituação de modo cauteloso para que não haja nenhuma lacuna hermenêutica, ou seja, para que seja considerado consumidor aqueles que, de algum modo, utilizam-se finalisticamente de algum bem, retirando-o do considerado ciclo econômico.

Assim, Marques (2002, p. 302) delibera que:

Por destinação final do bem compreende-se a retirada do produto do mercado através da sua destruição, vale dizer, a retirada do ciclo econômico. O destinatário final adquire, em princípio, o bem para si, e não com o intuito de aliená-lo. Se, porém, mudar de idéia, adquirindo e alienando, exemplificativamente no caso de uma doação, o donatário, e não o adquirente inicial, é que se inclui no rol dos destinatários finais. Já para a identificação deste, em se tratando de adquirente de serviços, é quem o usufrua. Se o serviço é repassado para outrem, este é o destinatário final, no momento em que o utilizar.

Neste sentido, absorve-se que, doutrinariamente, no Brasil, existe duas correntes ideológicas as quais se opõe diametralmente, sendo elas a finalista e maximalista. Explica-se.

Para a corrente doutrinária finalista, a concepção de consumidor é aquela da qual este seria aquela pessoa que adquire um bem ou serviço (à título oneroso) para utilizá-lo em último grau da escala econômica, ou seja, não pode ser adquirido o bem ou serviço com a finalidade de repassá-lo ou ainda utilizá-lo como mecanismo de trabalho, sendo que neste último caso, a bem em si (adquirido) seria incorporado no preço final da prestação de serviço para qual ele fora utilizado.

Nas palavras de Efig (2008, p. 34) entende-se que:

Para os finalistas, o consumidor é a base de sustentação da tutela especial por ser a parte vulnerável (art. 4º, I, CDC). É necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Restringe a figura do consumidor àquele que adquire ou utiliza um produto para uso próprio e de sua família. Assim, consumidor seria o

não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Já em relação à corrente doutrinária maximalista, o conceito de consumidor não encontra-se atrelado única e exclusivamente ao campo conceitual próprio, como na figura dos finalistas, ou seja, aos maximalistas tem-se a definição de consumidor de modo abrangente, extensivo e inclusivo

Para os maximalistas deve-se levar em consideração para a definição de quem é (ou não) consumidor, interpreta-se a rigor a literalidade do artigo 2º do Código de defesa do Consumidor, quando “consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final” (essência da corrente finalista), acrescido à inclusão hermenêutica do parágrafo único, o qual garante a interpretação extensiva a quem, de algum modo, relaciona-se com o produto ou serviço, sendo que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (BRASIL, 1990).

Em relação a esta interpretação extensiva, Marques, (2005, p. 307) descreve a figura do destinatário fático, ou seja, aquele que de qualquer modo concorre ou participa na utilização do produto ou serviço, não importando o momento em que esta participação ocorre, veja-se:

Destinatário final seria o “destinatário fático” produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, seja para consumo próprio ou para empregar na cadeia produtiva. Voltando as atenções ao CDC, percebe-se que o legislador utilizou uma técnica multiplicadora do campo de aplicação para definir consumidor numa relação contratual no mercado brasileiro.

Neste campo, pode-se compreender que, a classificação de consumidor nos dias atuais formula-se sem levar em consideração o momento em que a relação acontece, ou seja, caso o destinatário final retire (ou não) totalmente o bem da cadeia econômica (utilizando na confecção ou serviço posterior, por exemplo), esta é considerada relação de consumo, pelo campo extensivo do artigo 2º, parágrafo único do CDC³.

Deste modo, pode-se absorver que consumidor é aquela pessoa que em algum momento da existência do bem, produto e ou serviço, atrela-se de algum modo a este, esgotando (ou não) sua finalidade.

3.2. Das Cláusulas Abusivas Contratuais Nas Relações Consumeristas

3.2.1. Da hipossuficiência dos consumidores

Antes de referir-se aos contratos e as eventuais cláusulas reputadas como abusivas, faz-se imperioso entender-se o porquê estas cláusulas se tornam abusivas antes uma relação

³Ribeiro e Galeski Jr, (2009) chamam atenção para a seguinte questão: Aqui deve-se levar em consideração também o fato de que, em relação à extensividade do campo conceitual de consumidor, este se vê alicerçado de igual modo no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, quando na Seção II, que abrange à Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço (artigos 12 a 17), este último delibera que “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, ou seja, resta clarividente que, em toda a composição político-normativa que fundamenta o CDC, a extensividade na concepção de relações de consumo e consumidor é protetiva, extensiva e abrangente, sendo tutelada na garantia de isonomia entre as partes que, de algum modo irão relacionar-se, seja direta ou indiretamente, e que, na maioria das vezes, aquele que está na condição de consumidor é a parte hipossuficiente da relação.

contratual. Deste modo, entende-se que isto ocorre por conta de um fator de dupla aplicabilidade, ou seja, ao campo objetivo e subjetivo.

Quando fala-se a respeito de consumidores, indubitavelmente o que se tem em mente é a relação entre pessoas (físicas ou jurídicas) inserida em determinada cadeia econômica. Deste modo, não é difícil imaginar de um lado da relação uma empresa representando o lado do fornecedor e um consumidor, via de regra, pessoa física, do outro lado, completando a relação obrigacional.

Insta salientar que, como mencionado supra, pode ser qualquer pessoa física e ou jurídica, isto posto, não afasta-se a possibilidade de uma grande empresa figurar contratualmente como consumidora, visto por exemplo, a Coca Cola com seus fornecedores de matéria prima para elaboração dos seus produtos, neste caso, poder-se-ia (e tem-se comumente) a figura do consumidor depositada em uma multinacional de porte inimagináveis – é possível.

Contudo, cláusulas abusivas são reiteradamente encontradas em contratos aonde figuram, como já mencionada, empresas e consumidor (pessoa física que utiliza o bem para como meio ou fim), nestes casos, nasce a figura do hipossuficiente.

O hipossuficiente é aquela pessoa que, frente à situação específica deliberada empresa/consumidor, detém (em tese) uma desvantagem em relação ao outro pólo contratual. Em Ribeiro e Galeski Jr, (2009, p. 22) tem-se que:

O consumidor é a parte mais vulnerável, tendo em vista que os detentores dos meios de produção monopolizam o controle do mercado, decidindo sobre o que, como e para quem produzir e qual a margem de lucratividade. Daí porque se parte do princípio da fraqueza manifesta do consumidor no mercado para conferir-lhe certos instrumentos para melhor defender-se.

Por este motivo que, o instituto do hipossuficiente pode ser encarado sob o prisma objetivo e subjetivo, sendo que quando visto sob a égide objetiva, anota-se ser voltado ao campo econômico, ou seja, levando em consideração quem figura ao campo oposta da relação contratual, não fica difícil imaginar que, o lavrador que compra uma enxada para trabalhar, imagine que o produto contenha defeito e que, quem a tenha vendido seja uma multinacional fabricante de ferramentas. Lado outro, quando se menciona a respeito da hipossuficiência vinculada ao campo subjetivo, anota-se esta acerca da percepção sócio-política acerca do mundo em que convive e de instrução escolar, por exemplo. De igual modo pensemos em um contrato consumerista aonde figura como fornecedor uma grande construtora e o mesmo lavrador citado outrora, este por sua vez, vai à construtora com a finalidade de comprar um imóvel – será que este lavrador dispõe de conhecimento técnico compatível e não inferior ao setor jurídico da construtora (o qual elabora os referidos contratos) para interpretar o contrato de alienação em sua completude?

Resumindo, Negreiros, (2009, p. 17) delibera acerca do porquê a figura do hipossuficiente é fundamental nas relações consumeristas, *in verbis*;

Procura-se diminuir as debilidades e as lacunas do sistema de mercado, debilidades e lacunas estas que são as fontes do desequilíbrio fundamental que caracteriza as relações de consumo em estado puro, num mercado inegavelmente distante do modelo da concorrência perfeita.

Destarte, o hipossuficiente na relação obrigacional, apesar de não depender de critérios taxativos para sua aplicabilidade e ou adequação ao caso em específico, encontrando guarida na maioria dos processos cíveis a inversão do ônus da prova, artigo 6º, VIII, CDC, contudo, alinhavado à perspectiva de que, apesar de comumente utilizado nos processos civis

consumeristas, não figura formalmente como regra, visto que a segunda parte do inciso e artigo supra, deixa a critério do magistrado quando da constatação da verossimilhança das alegações, ou segundo as regras ordinárias de experiência das partes da relação obrigacional consumerista.

3.2.2 Dos Contratos Consumeristas

Ao longo do tempo os contratos e as respectivas relações deles advindas, como conteúdo dinâmico que são, passaram por deveras atualizações institucionais, tais como pode perceber ao longo deste trabalho. Neste ínterim, importante é frisar que, os contratos passam de meras figuras representativas de relações dualísticas compra/venda, para assumir uma função que seria a espinha dorsal de todo o sistema contratualista-consumerista no Brasil, ou seja, a função social dos contratos.

Desta função social, destaca-se os fundamentos de composição, tidos como imperativos determinantes e inalienáveis de todas as relações deste mote, elencando os princípios da boa-fé, transparência e confiança, dentre os quais se tornaram requisitos práticos e objetivos que deveram figurar nas relações contratuais, em especial nas de consumo.

Nas palavras de Grau, (2006, p. 59) tem-se que:

Essas pautas devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas, sim, porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão da mora

Destarte, importante é frisar que, tais princípios norteadores destas relações contratuais de consumo figuram deveras no sistema normativo-dogmático do contratualismo clássico, não sendo novidade seu conceito e muito menos sua função normativa. Contudo, ao serem trazidos para o microsistema consumerista, ganharam valoração metaindividual, ou seja, sua aplicabilidade agora esta voltada como a raiz do sistema contratual específico (consumo), não figurando apenas como mecanismos ordinários na consecução das relações de compra/venda.

Em Nalin, (2011, p. 135) pode-se anotar que:

A nova teoria contratual, em verdade, traduz o redimensionamento dos conceitos e o novo olhar que irradia para todos os campos do Direito Privado, entre eles, a relação entre consumidores e fornecedores. Em suma, a nova teoria contratual capilariza as relações de consumo, embora não seja exclusiva desta.

Assim, faz-se imperioso destacar os princípios determinantes que sustentam toda a estrutura normativo-jurídica do contratualismo nas relações de consumo, sendo estes a boa-fé, a transparência e a confiança, elementos indissociáveis destas relações.

3.2.2.1 Princípio da boa-fé

Pode-se anotar que, em relação ao princípio da boa-fé, este está interligado ao campo das regulamentações éticas que uma sociedade dispõe, ou seja, insere-se neste contexto ações morais as quais fundamentam e regulam a formação e existência de uma ordem normativo-jurídica⁴, ou seja, fala-se de lealdade, honestidade, cumplicidade e probidade, vínculos

⁴Afere-se que, em se tratando de boa-fé, esta regula de modo objetivo todo o sistema normativo-jurídico civilista pátrio além de ser valor subjetivo implícito em todas as outras relações legais as quais afeiçoa-se, visto por exemplo, no artigo 187 do Código Civil, vez que, esta (boa-fé), atua como limítrofe entre o exercício regular e legal de um direito (qualquer um) e um ato totalmente ilícito, nulo. Ou seja, a boa-fé, que nas relações

subjetivos que podem estar presentes nos seres humanos, mas que em se tratando de contratualismo⁵, deve obrigatoriamente ser transportado ao campo objetivo e figurar como pilar fundamenta das relações contratuais, e nesta senda, as consumeristas.

No sentido etimológico da expressão, anota-se que: “[boa-fé] etimologicamente, provém de *cum fides*, com fé. A boa-fé, *bona fides*, é uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa” (NALIN, 2011, p. 133).

Deste modo, ao ser intrinsecamente parte do contratualismo, se perfaz elemento sem os quais se tornam nulos e abusivos todos e quaisquer atos fomentados e pactuados sem observância legal e objetiva destes subprodutos legais.

Farias, (2012, p. 85) delibera da seguinte maneira, veja-se:

A qualificação de “objetiva”, atribuída ao conceito de boa-fé impõe apreendê-la para além da intenção das partes ou do aspecto psicológico. É objetiva porque trata da conduta, do agir exterior, do comportamento das pessoas vinculadas numa obrigação. Espera-se uma conduta leal, íntegra, dotada de probidade. A avaliação desta conduta será feita segundo as circunstâncias concretas do caso.

Assim, “a boa-fé é um arquétipo ou standard jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade, qualificando, por isso, uma norma de comportamento leal” (MARTINS COSTA E BRANCO, 2002, p. 44).

Anota-se que, devido sua indispensabilidade ao sistema contratualista (consumerista), a Lei 8.098/90 delibera-o expressamente em seu artigo 4º, III,

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: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), **sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1990, grifo nosso).**

Destarte, o princípio da boa-fé objetiva aplicado aos contratos (consumeristas) é interpretado como um paradigma a ser observado na elaboração de qualquer vinculação obrigacional, proporcionando segurança jurídica e estabilização equânime destas relações.

3.2.2.2 Princípio da confiança

Nesta senda, o princípio da confiança aparece como norteador das relações contratuais no sentido de permitir e garantir que o contratado será o executado. Tem-se que, em relação a este princípio, absorve-se que dispõe de teleologia direcionada a proporcionar ao final do ato contratado, o cumprimento das reais expectativas primeiras, ou seja, serve como um instrumento cautelar de garantia formal e material das disposições volitivas contratuais.

Nas palavras de Martins Costa e Branco, (2002, p. 174) entende-se que:

contratualistas ganha a semântica qualificadora de objetiva, se perfaz mecanismo abstrato de controle de legalidade e volitividade entre os pares (FARIAS, 2012).

⁵Assim delimita a Lei 10.406/2002 – Código Civil: Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (BRASIL, 2022).

O princípio da confiança, identificável desde a formação do contrato até a sua execução, dá conta já na fase da aproximação negocial, de proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e, quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos contratantes. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam.

Aqui, indiscutivelmente tem-se que o princípio em voga se materializa oportunamente como sendo uma extensão lógica da lealdade, ou seja, contém em seu núcleo hermenêutico a finalidade da lealdade, pois, delibera acerca de relação se manter nos moldes primeiros (regra), sendo que espera-se objetivamente das partes envolvidas na relação, que estas empenhem todos os esforços éticos e morais na consecução obrigacional, sendo indispensável que haja cumplicidade e certa colaboração participativa (e subjetiva) dos envolvidos nas obrigações.

A lealdade pode ser entendida como instrumentalidade derivada da confiança, e, ao lado de outros mecanismos instrumentais éticos⁶, amplia seu campo de abrangência e atua como regulador formal do princípio da confiança. Exemplificando, não se consegue falar em confiança se não estiver presente a instrumentalidade da lealdade, padrão comportamental transferido ao campo formal das obrigações e que fornece subsídios político-normativos ao campo do contratualismo (consumerista).

Assim, apesar de não estar explícito na Lei 8.098/90, o princípio da confiança sustenta, ao lado do princípio da boa-fé objetiva, todos os contratos obrigacionais que se perfazem sob o crivo consumerista, deliberando acerca da certeza de que o contratado ao começo será, em regra, entregue ao final.

3.2.2.3 Do princípio da transparência

Neste mote, insta salientar que o princípio da transparência está elencado no artigo 4º, caput, da Lei 8.098/90, sendo que: “a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo [...] a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos alguns princípios” (BRASIL, 1990).

Destarte, pode-se anotar que transparência pode-se ser entendida como o ato de não omitir qualquer ato obrigacional a ser executado (campo objetivo de aplicação principiológica) e, de outro lado, pode ser encarada como sendo a necessidade (obrigatoriedade) subjetiva de tornar acessível às partes e interessados o comando nuclear das vontades, quais foram transcritas para um documento contratual.

Em relação ao supramencionado, tem-se as assertivas de Farias, (2012, p. 95):

O princípio da transparência é uma nova “pré-condição para que o consumidor possa manifestar sem medo e livremente sua vontade, e realizar suas expectativas legítimas”¹²². Acima de tudo, o referido princípio norteador rege o momento pré-contratual e a eventual conclusão do contrato. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato ou, se falha, representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido.

⁶Neste sentido, o autor destaca estes mecanismos instrumentais, sendo eles: lealdade, cuidado, previdência e segurança, aviso e esclarecimento, informação, consideração aos legítimos interesses do parceiro contratual, proteção ou tutela da pessoa e do patrimônio da contraparte, evitar ou diminuir riscos e abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual (MARTINS COSTA E BRANCO, 2002, p. 175).

Quer-se dizer que, não deve haver nas relações obrigacionais nenhuma surpresa em relação a nenhum campo deliberado à priori, pois caso isto ocorra, dever-se-á ser declarada ilegal, posto que viola drasticamente o princípio da transparência.

A própria Lei 8.098/90 delibera acerca de vários artigos e incisos em relação à transparência entre comerciante/fabricante e consumidores, visto um exemplo, a obrigatoriedade de descrição íntegra e fidalga de pesos e medidas, bem como a imperiosidade de se destacar os preços de modo claro, objetivo, inclusive dispondo do valor final do produto ou serviço quando este se der por parcelamento.

Ante o exposto, fica evidente que o princípio da transparência atua de modo regulador destas relações, vez que direciona uma condição objetiva aos envolvidos nas relações obrigacionais, ou seja, o dever de se manterem mutuamente informados, e, visto sob o prisma subjetivo, tem-se como a garantia de que não haverá surpresas em relação à vontades das partes, ao objeto contratado e às condições em que estes se dão.

2.2.3. Definição de Cláusulas Abusivas nos Contratos Consumeristas

Entende-se que, cláusulas abusivas são todas aquelas em que configuram qualquer tipo de violação aos princípios norteadores das relações obrigacionais, ou seja, “são [um] aspecto patológico dos contratos, excedem limites. É fruto do novo contrato da sociedade complexa de massas, sendo lícito ao Estado intervir na relação privada limitando a liberdade contratual” (2004, p. 188).

A lei 8.098/90 delibera literalmente em seu artigo 6º, IV, a obrigatoriedade de observância em relação aos direitos básicos (princípios) que sustentam os consumidores nas eventuais relações, sendo que:

Art. 6º- São direitos básicos do consumidor: [...] IV, CDC: é direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e *cláusulas abusivas* ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (BRASIL, 1990, *grifo nosso*)

Desta feita, anota-se que as relações obrigacionais consumeristas se desenvolvem sob a égide da proteção precípua do consumidor, sendo levada em consideração a previsibilidade de hipossuficiência deste em relação à outra parte da cadeia obrigacional.

Assim, Grinover *et al*, (2005, p. 558) delibera que:

Cláusulas abusivas são como sinônimas de cláusulas opressivas, vexatórias, onerosas ou excessivas. Assim, cláusula abusiva é aquela notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso, é o consumidor. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes.

Nesta senda, tem-se que as cláusulas abusivas são aquelas que imputam demasiadamente um ônus a uma parte da relação contratual (em suma, os hipossuficientes), tornando assim a obrigação quase impossível de ser adimplida, o que desequilibra o *status quo* destas relações e viola deveras os princípios constitucionais e infraconstitucionais, tais como a igualdade e a proteção ao consumidor, a

A este mote, a Lei 8.098 de 90 delibera um artigo especificamente para este fim, ou seja, conceituar e deliberar acerca de mecanismos processuais e legais que viabilizam a nulidade de determinadas cláusulas em relação ao seu abuso, sendo que nesta esteira o artigo 51 ao longo de seus dezenove incisos, define literalmente o que se entende por cláusulas abusivas em relações obrigacionais de consumo,

Anota-se que, ao longo de seus incisos, tem-se um viés interpretativo garantista, ou seja, elencam em seus enunciados normativos ações que, caso praticadas, tornam nulas as relações obrigacionais. Nesta esteira, Grinover *et al*, (2005, p. 560) trazem a seguinte assertiva, *in verbis*:

O inciso IV, do art. 51⁷ do CDC, é uma verdadeira cláusula geral da boa-fé, equidade e do equilíbrio. Trata-se de norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais voltada ao equilíbrio contratual. Os termos “obrigações iníquas” e “vantagem exagerada” estabelecem conceitos indeterminados que deverão ser preenchidos pelo juiz, em razão das circunstâncias que envolvem o caso concreto

Contempla-se que, em relação ao supramencionado, sua complementaridade delineia-se no parágrafo primeiro do artigo 51, quando delibera acerca da conceituação exemplificativa do que seriam vantagens exagerada, quando: a) estas ofenderem os princípios fundamentais do sistema jurídico ao qual estiverem submetidas⁸; b) restringirem direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual e; c) as que se mostram excessivamente onerosas para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Assim, cláusulas gerais que causem interpretação dualística, ou que não represente a vontade dos contratantes, devem ser elididas com a força normativa do direito, de igual modo, o rol apresentado em relação à abusividades das cláusulas contratuais consumeristas não se esgota em si, podendo, o magistrado, com amparo legal, deliberar acerca de eventuais abusos cometidos em sede contratual consumerista.

3.2.3.1 Dos contratos de adesão

Insta salientar que os contratos de adesão estão delineados normativamente no artigo 54 da Lei 8.098/90, quando acentua que: “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”.

Os contratos de adesão são aqueles contratos utilizados em massa, ou seja, após a (r)evolução da sociedade e com a adoção da produção em quantidades elevadas (massa), viu-se necessariamente obrigado aqueles que dispõem destes contratos, que fosse elaborado de modo padronizado, e em grande escala.

A principal característica dos contratos de adesão é em relação à (falta de) discricionariedade que recai sobre o consumidor em relação à discussão e ajustes contratuais, ou seja, aos contratos de adesão, apesar de facultado ao aderente⁹ que discuta as cláusulas bem como as condições destas, ou ainda que retire ou acerca alguma condição, este mecanismo geralmente não encontra adeptos em relação ao fornecedor, pois, em suma, os

⁷Art. 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 seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (BRASIL, 1990).

⁸Exemplifica-se a cláusula abusiva como o fornecedor que, ao elaborar um contrato (ainda que de adesão), retire direitos e garantias fundantes do sistema consumerista, imagine-se um contrato que retira do consumidor o direito a desistir da compra efetuada fora do estabelecimento comercial em até 07 (sete) dias (artigo 49 da lei 8.098/90), ou ainda que reduza este tempo (MARTINS COSTA E BRANCO, 2002, p. 143).

⁹Art. 54 – [...] § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato (BRASIL, 1990).

contratos estão delineados e completos, à espera apenas da outra parte na relação contratual que aceite as condições, sem que, contudo, possa discuti-las.

Por este motivo, os contratos de adesão, apesar de figurar em rol normativo próprio na Lei 8.098/90, é contrato estipulado sem que haja previamente a oitiva de vontade da outra parte da relação, o que torna esta modalidade contratual mais suscetível a não observância de direitos e garantias fundamentais, inclusive no âmbito contratual.

4 PACTA SUNT SERVANDA E CLAÚSULA REBUS SIC STANTIBUS NO DIREITO CONSUMERISTA BRASILEIRO

4.1. PACTA SUNT SERVANDA

As relações obrigacionais estampadas em contratos que manifestam as vontades das partes nascem com o propósito de serem estimulados ao cumprimento integral, para que, após isto, esteja completa e satisfeita o que fora devidamente pactuado entre os aderentes.

Nesta senda, não é de difícil assertiva de que os contratos nascem para serem cumpridos – honrados. Existe uma expressão em latim que externa o significado desta característica das relações contratuais, qual seja: *pacta sunt servanda*, que literalmente significa o pacto deve ser cumprido.

Remonta-se o período do direito clássico romano no século XVII, quando o contratualismo imperava de modo latente, sendo a base de inúmeras mudanças no contexto mundial, principalmente no que diz respeito às revoluções que se desencadeavam objetivando direitos e garantias que igualassem a todos os seres.

Destarte, anota-se em Tartuce, (2020, p. 195) que:

O princípio da força obrigatória dos contratos permeia as relações contratuais desde a antiguidade, e já encontrava previsão no Direito Romano, estabelecendo que uma vez firmado, o pacto deveria ser cumprido de forma obrigatória (*pacta sunt servanda*), como se fosse lei entre as partes.

A autonomia de vontade era imperiosa nas relações obrigacionais, e esta, delineada no princípio supramencionado, fundamentava de modo legal e moral todas as obrigações contratuais, destarte, naquele tempo, o contrato tinha um caráter rigoroso e sacramental, de modo que o “seu conteúdo deveria ser cumprido, ainda que não expressasse exatamente a vontade das partes. No mais, a solenidade era requisito essencial para que se criasse uma obrigação” (VENOSA, 2020, p. 364-365).

Deste modo, o que se tinha em verdade era que as relações que nasciam de uma maneira e com obrigações específicas estavam fadadas a terminarem como contratado, mesmo diante de qualquer ação (humana ou não) que pudesse desencadear uma onerosidade excessiva a uma das partes contraentes, na maioria das vezes eram as partes mais vulneráveis desta relação.

De acordo com Gonçalves *et al*, (2020, p. 22), *in verbis*:

O princípio da força obrigatória dos contratos é baseado na necessidade de garantia da segurança jurídica dos contratos firmados, pois se assim não fosse, as partes deixariam de cumprir com as obrigações firmadas e então a sociedade passaria a um estado de anarquia e desordem total. Além disso, os contratos em regra são inalteráveis unilateralmente, assim, para que haja a modificação de qualquer de suas cláusulas é necessário que as ambas as partes estejam de acordo.

O Código Civil de 1916 estava alicerçado sob o fundamento do *pacta sunt servanda*, sendo que o princípio da autonomia de vontade era o que sustentava as relações contratuais em face deste regramento infra-constitucional. Na ótica de Gonçalves *et al*, (2020, p. 40), entende-se que:

No direito clássico, a liberdade de contratar, a força obrigatória dos contratos e os efeitos destes vinculando apenas os contratantes (princípio da relatividade dos contratos) representam os principais fundamentos da teoria clássica dos contratos, em que se dão a oferta e a aceitação, o livre consentimento e a igualdade formal dos contratantes. É o chamado modelo liberal, seguido não só pelo nosso Código Civil, mas pelas principais leis civis substantivas do final do século passado e início deste. O contrato, nesse modelo liberal, faz lei entre as partes, e a sua força é conhecida no brocardo *pacta sunt servanda*. Destarte, se os contraentes são livres para celebrar um pacto e o fazem, passam a assumir todas as obrigações convencionadas, segundo a vontade manifestada, devendo, pois, ser cumprido aquilo que foi acordado.

Com a evolução do direito e suas nuances, anota-se que, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988 tem-se uma mudança paradigmática em relação às relações obrigacionais, principalmente no que diz respeito ao princípio norteador de até então, ou seja, a autonomia de vontade.

A autonomia de vontade deixa de ser o cerne das relações contratuais para dar espaço a princípios balizadores do estado democrático de direito, ou seja, na concepção constitucionalista, passa-se a filtrar as normas cogentes a partir de uma relação estreita com as normas constitucionais, e dentre estas, destaca-se a função social do contrato e a participação ativa (positiva) do estado na formação de direitos e garantias fundamentais elencados na Carta constitucional.

Nesta senda, Tartuze (2020, p. 201) assevera que:

Diante da sociedade capitalista atual, da livre iniciativa de mercado, e especialmente pelo domínio dos grandes grupos econômicos sobre os mais vulneráveis, os contratos não podem mais serem vistos como um pacto absoluto e inalterável, como era antigamente. Assim, é possível que o Estado, baseado nos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, intervenha nas relações contratuais, afastando as regras anteriormente estabelecidas, e até então imperativas, com o intuito de restabelecer o equilíbrio contratual.

Desta maneira, tem-se que a partir de uma série de ações normativas com a promulgação da Constituição de 1988, com edição da Lei 8.078 de 1990 (Código de defesa do Consumidor) e posteriormente com a lei 10.406 de 2002 (Código Civil), passa-se a analisar e observar a obrigatoriedade contratualista sob o enfoque constitucional, e deste modo, as relações horizontais deverão, necessariamente passar pelo filtro constitucional, e ao estado, cabe agora, diferente de outrora que se mantinha estático frente as relações contratuais, sem intervir diretamente, alçar os valores constitucionais e fazê-los cumprir dentro destas relações particulares, principalmente sob o crivo da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como no princípio da igualdade.

4.1.1. Cláusula *Rebus Sic Stantibus*

Com o objetivo de garantir a aplicação contratual nos moldes constitucionais, tem-se que a Teoria da Imprevisão (*Rebus Sic Stantibus*) é um instituto também com origem no direito romano que, em sua literalidade, quer dizer “estando assim as coisas”, e significa a exceção à teoria contratual clássica, estando diretamente interligado ao *Pacta Sunt Servanda*.

Neste mote, Stolze e Pamplona, (2020, p. 26) delibera acerca da teoria da imprevisão, veja-se:

Se o descumprimento decorreu de desídia, negligência ou, mais gravemente, por dolo do devedor, estaremos diante de uma situação de inadimplemento culposo no cumprimento da obrigação, que determinará o consequente dever de indenizar a parte prejudicada.

E continuam os supramencionados autores:

Por outro lado, se a inexecução obrigacional derivou de fato não imputável ao devedor, emoldurável na categoria de caso fortuito ou força maior, configurar-se-á o inadimplemento fortuito da obrigação, sem consequências indenizatórias para qualquer das partes.

A Teoria da Imprevisão, apesar de não estar implícita com tal denominação, encontra guarida nos artigos 317¹⁰, 478¹¹, 479¹² e 480¹³ do Código Civil, com a nomenclatura de Onerosidade Excessiva, percebe-se com a leitura do dispositivo legal que, apesar de a onerosidade excessiva ser um dos fundamentos da revisão contratual frente à impossibilidade de cumpri-lo, este não é o único, sendo que, quando a obrigação 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.

Percebe-se que, apesar de uma obrigação se tornar excessivamente onerosa à outra parte, isto por si não basta, deve haver extrema vantagem para outra parte em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (caso fortuito e força maior¹⁴), tudo isto em uma leitura cumulativa e não exemplificativa.

Segundo Tartuce, (2020, p. 207), tem-se que:

Para a aplicação da teoria da imprevisão como possibilidade de revisão contratual, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, são eles: a) o contrato precisa ser comutativo e de execução continuada; b) alteração drástica das condições econômicas no momento da execução do contrato; c) pretensão excessivamente onerosa para uma das partes e benéfica para a outra; c) superveniência de fato imprevisível e extraordinário.

Deste modo, para que influa a cláusula (instituto) *Rebus Sic Stantibus* ou Teoria da Imprevisão é necessário que algo de incomum, extraordinário aconteça, algo que não haja previsibilidade presente e nem futura, e a partir deste acontecimento perceba-se uma onerosa e excessiva vantagem, ou seja, é preciso que estes requisitos estejam presentes e após a

¹⁰Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação (BRASIL, 2002).

¹¹Art. 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 (BRASIL, 2022).

¹²Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato (BRASIL, 2002).

¹³Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva (BRASIL, 2002).

¹⁴Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir (BRASIL, 2002).

celebração contratual, não sendo necessário figurar de forma expressa no instrumento contratual.

Em Schreiber, (2020, p. 39), entende-se que:

Ademais, segundo o autor, quando a mudança fática contratual é tamanha a ponto de tornar o contrato desequilibrado, por si só já está caracterizado o fato imprevisível e extraordinário, uma vez que as partes não firmariam o negócio se era possível prever a modificação do cenário que às levariam ao prejuízo.

Outra questão é que sua influência acontece sobre contratos de prestação diferida ou continuada, e assim, necessário é diferenciá-los para uma melhor compreensão. Contratos de prestação continuadas são contratos que contêm em sua obrigação algo que deverá acontecer de modo continuado, consecutivo e constante.

Já no que tange aos contratos de prestação (obrigação) diferida, estes são celebrados com a finalidade de retardar o cumprimento de uma obrigação, ou seja, apesar de ser assinado (pactuado) em um momento presente, contém obrigação a ser cumprida em momento futuro, e deste modo, deverão ambas as partes cumprir a obrigação. Exemplo de obrigação diferida pode se dar quando se compra um produto pela internet, o qual se paga no momento da compra, porém a obrigação será cumprida (contrato será efetivamente cumprido) apenas quando o produto chegar na posse do comprador, o que não acontece no mesmo dia.

No Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso V, comporta literalmente a Teoria da Imprevisão, quando delibera que: 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.

Nas lições de Tartuce, (2020, p. 210), anota-se que:

Assim, se era possível pelas circunstâncias do negócio celebrado, prever a ocorrência do fato gerador do desequilíbrio contratual, ou o mesmo constituir mero risco do negócio, não é possível a aplicação da revisão contratual por não preencher o requisito da imprevisibilidade. Percebe-se, portanto, que a imprevisibilidade é fator crucial para determinar a revisão contratual com base na teoria da imprevisão.

É certo que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 as relações obrigacionais, sejam na senda consumerista ou não, se encontraram amparadas pelas normas constitucionais e pela eficácia vertical da aplicação da norma, com ocorrência horizontal (entre particulares), quando em seu artigo 5º, XXXII,¹⁵ 170, III¹⁶. Já quando analisado no Código de Defesa do Consumidor, além do artigo 6º, V, anota-se os artigos 46¹⁷, 47¹⁸ e 51¹⁹, os quais formam de maneira sintética as características peculiares da proteção das relações consumeristas, vistas sob o enfoque da proteção do consumidor e eventuais acontecimentos

¹⁵XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

¹⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

¹⁷Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão 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 (BRASIL, 1990).

¹⁸Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (BRASIL, 1990).

¹⁹Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (BRASIL, 1990).

contratuais que tornem onerosamente, não apenas o cumprimento da obrigação, mas o resultado desta em si.

Deste modo, resta evidente que a cláusula (instituto) da Imprevisão, apesar de não conter essa nomenclatura em nenhuma legislação pátria, é a garantia do cumprimento isonômico entre os contratantes, principalmente nas relações consumeristas, quando estas acontecem de modo massivo com disparidade entre os opostos nas relações, aonde uma tende a deter o poderio econômico e outro, apenas a vontade de consumir, e a boa vontade de cumprir a obrigação.

4.1.2. A Pandemia do Coronavírus, Cláusulas Abusivas e o Direito Obrigacional nas Relações de Consumo no Brasil

Fato certo é que a pandemia do coronavírus em 2020 afetou de maneira inimaginável todas as esferas das relações sociais. Não sendo diferente, tem-se que na senda consumerista estas obrigações se mostraram demasiadamente constantes e influenciadas pela pandemia.

No que tange a estas relações, anota-se que não poucas foram as ações judiciais em busca de revisões contratuais com base em duas premissas, a pandemia do coronavírus e a impossibilidade de cumprimento, seja por parte do contratante ou contratado.

Assim, muitos contratos na área da educação, saúde, locatícias e consumerista, esta última, alicerçada nos fundamentos da abusividade das relações contratuais e o desequilíbrio constatado na esfera consumerista por apenas uma das partes, ou seja, a onerosidade excessiva e o eventual prejuízo da não viabilização de readequação contratual.

Na intenção de adequar a sistemática normativa com a realidade trazida pela pandemia, foram editados diversos decretos presidenciais, estaduais e municipais, principalmente na questão sanitária, objetivando a segurança social e o bem comum.

Neste mote, não por menos, legislações em todas as esferas da tríade dos poderes da República, exercitando funções típicas e atípicas de cada poder, foram também deliberadas, contudo, sempre com o objetivo de viabilizar a real consecução dos direitos constitucionalmente normatizados.

A Lei 13.979 promulgada em fevereiro de 2020 foi a primeira em âmbito federal que tratou de gerenciar normativamente as medidas necessárias e inevitáveis durante a pandemia, tais como o enfrentamento e a estrutura organizacional de cada ação e a sua importância frente ao cenário pandêmico.

Neste sentido, a Lei 14.010, promulgada em junho de 2020 foi direcionada a regulamentar acerca do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado no período pandêmico, e dentre todas suas disposições legais, encontra-se o artigo 6º e 7º da referida lei, os quais deliberam acerca das responsabilidades decorrentes da pandemia na esfera obrigacional, sendo que o artigo 6º assevera que os eventos decorrentes dos fatos em relações à pandemia não possuirão efeito retroativo ao evento excepcional (pandemia), inclusive os mencionados no artigo 393 do Código Civil, o qual trata da não responsabilização contratual do em decorrência de caso fortuito ou força maior.

O artigo 7º da Lei 14.010, por sua vez, determina que não serão considerados fatos imprevisíveis para fins exclusivos dos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil. Contudo, em relação ao parágrafo primeiro do caput do artigo supramencionado, exclui a aplicabilidade da não consideração de fatos imprevisíveis a pandemia nas relações consumeristas, consagrando assim a teoria da imprevisibilidade e a possibilidade de adequação das relações obrigacionais pelo fundamento do fato imprevisível - pandemia.

No que diz respeito à aplicabilidade prática do que se tem na teoria até o presente momento, é apresentado por decisões judiciais no sentido de reafirmar tal posicionamento legal, principalmente no âmbito do direito do consumidor, quando o advento do fato

imprevisível chamado pandemia tornou excessiva deveras obrigações contratuais, principalmente no que tange aos consumidores.

Neste sentido, dentre algumas medidas tomadas para mitigar os efeitos jurídico-contratuais da pandemia, ações das mais variadas espécies foram propostas na intenção de revisar contratos obrigacionais, principalmente na esfera do ensino particular, quando a paralisação das atividades devido ao coronavírus tornou excessivo e abusivo a cobrança integral da mensalidade, e ainda havia casos em que além de manter o preço, ainda houve reajuste. Assim, sob estes fundamentos um aluno de uma faculdade de medicina do Estado de Minas Gerais entrou na justiça para ter reduzido a prestação pecuniária em relação ao pagamento da mensalidade do curso, pois as aulas presenciais haviam sido suspensas.

Em primeira instância o magistrado concedeu a tutela antecipada para que fosse reduzido o valor da mensalidade proporcional ao serviço que estava sendo prestado. A faculdade agravou e foi confirmada no Tribunal de Justiça a tutela antecipada.

Em relação ao mérito da ação, foi julgado procedente para condenar a faculdade a reduzir o valor das mensalidades em 30 % (trinta por cento), com aplicação de multa diária em caso de descumprimento, fundada esta na teoria da imprevisibilidade e da onerosidade excessiva.

Segue trecho da *ratio decidendi* da sentença condenatória, *in verbis*:

A partir disso, entendo que, se por um lado restou configurada a situação de onerosidade excessiva sofrida pela Autora, a situação da Requerida também deve ser levada em conta diante dos impactos causados pela pandemia do coronavírus, que vão desde as restrições de circulações impostas, até ao prejuízo econômico e financeiro. Portanto, se torna necessário ponderar os interesses e as necessidades de ambas as partes, uma vez que restou devidamente comprovado que a pandemia gerou consequências negativas para ambas. Além disso, é certo que a situação experimentada foge à vontade das partes, não podendo ser imputada culpa pelo acontecimento à nenhuma delas. (Processo 5007723-26.2020.8.13.0105, 2ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares – distribuído em 24/06/2020).

E decide desta maneira:

(Ante o exposto, e depois de considerar o mais que dos autos consta, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido inicial para determinar a redução do valor das mensalidades no percentual de 30% (trinta por cento), tendo como termo inicial a data do ajuizamento da ação, qual seja, dia 24/06/2020 e tendo Fliminar outrora deferida. (Processo 5007723-26.2020.8.13.0105, 2ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares – distribuído em 24/06/2020).

O processo em questão encontra-se em segunda instância aguardando a resolução, não sendo proferido Acórdão em relação à lide. Contudo, tem-se que a decisão em si, no que diz respeito à concessão da tutela antecipada de urgência, bem como sua confirmação em sede de Agravo de Instrumento e posterior Sentença, fundado exclusivamente na teoria da imprevisão e excessiva onerosidade, tornando assim abusivas as eventuais cláusulas contratuais que deliberavam acerca das mensalidades contratadas de modo inaugural, é um exemplo claro de que a pandemia pode ser considerada um fato imprevisível causadora em muitos casos, de abuso de cláusulas e relações contratuais consumeristas, sendo que tornou-se inevitável que tais relações fossem discutidas e decididas pelo Judiciário, visto o interesse em jogo.

CONSIDERAÇÕES FINAS

As relações de consumo são dinâmicas e devem ser isonômicas. Sob esta premissa definiu-se historicamente as relações obrigacionais e sua posterior adequação ao campo consumerista, rigores propostos pelo desenvolvimento e o avanço das relações no mundo contemporâneo, visto o massivo crescimento da população e a complexidade das relações hodiernamente.

De igual maneira abordou-se a definição de cláusulas abusivas nas relações consumeristas. Tal questionamento desdobrou-se na necessidade de conceituar consumidor para o sistema normativo pátrio bem como a exposição de seus direitos elencados na Lei 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Neste mote delineou-se que consumidor é aquele descrito no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, podendo ainda ser equiparado a consumidor uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Discorreu-se acerca dos contratos de adesão no sistema normativo-jurídico brasileiro, quando inevitável foi que se procedesse sua conceituação e sua aplicabilidade prática no direito consumerista. Entende-se que estes contratos foram elaborados para acompanhar justamente a (r)evolução tecnológica, comercial e social, aonde estas relações obrigacionais comportam que sejam aderidos por partes de seus compromissários obrigações pré-estabelecidas em contratos de elaboração previa, contratos estes que apesar de retirarem boa parte da autonomia da vontade do consumidor em relação às cláusulas pactuadas, não a elimina, pois a autonomia de vontade ainda está presente no simples fato de o consumidor poder escolher se adere ou não a este tipo de obrigação.

Por findo, expôs-se a definição de *Pacta sunt Servanda*, quando este se materializa nas obrigações como o princípio norteador da segurança jurídica em relação ao que se foi deliberado contratualmente. De igual modo, apresentou-se uma exceção a esta previsibilidade obrigacional, a qual se dá através de cláusula *Rebus Sic Stantibus*, a qual delibera acerca da possibilidade de revisão obrigacional com base em fatos imprevisíveis e que causem demasiada onerosidade a uma das partes da relação.

Neste sentido, vislumbra-se a análise de um caso concreto, quando se tratava de pedido de redução do valor de mensalidade paga por um aluno a uma faculdade de medicina no Estado de Minas Gerais, quando os argumentos propostos pela parte autora era justamente a teoria da imprevisão (*Rebus Sic Stantibus*) devido à pandemia do coronavírus, sendo que esta declinou um desequilíbrio na relação entre as partes.

A *ratio decidendi* do magistrado em sede de primeira instância (sede de concessão de tutela antecipada de urgência e de sentença), bem como em segunda instância (Agravado de Instrumento) fundou-se estritamente nestes argumentos, pois não se pode olvidar que, ambas as partes das relações contratuais, com o advento da pandemia, tiveram seus *status quo* abalado, contudo, em questão de proporcionalidade entre os direitos e princípios em jogo, preservou-se incólume o direito à igualdade e proteção consumerista, ambos elencados na Constituição Federal de 1988, considerando que a não reconsideração contratual em questão, acarretaria em abuso das cláusulas que deliberavam acerca dos valores iniciais pactuados.

Por tais motivos, conclui-se que as cláusulas abusivas no que tange às relações de consumo não são casos isolados, e esta ação inviabiliza o cumprimento íntegro da obrigação pactuada, causando deveras desequilíbrio e onerosidade excessiva à parte, o que deverá ser mitigado com a aplicabilidade da teoria da imprevisão, sendo sua aplicação extensiva nos dias atuais em relação à imprevisibilidade pandêmica, assegurando o cumprimento dos direitos fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Código do Consumidor*. Lei 8.078 de 1990. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Código Civil*. Lei 10.406 de 2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- _____. Lei Federal 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 - *Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*. Brasília, DF. D.O.U 07/02/2020.
- _____. Lei Federal 14.010 de 10 de junho de 2020. *Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)*. Brasília, DF. D.O.U 12/06/2020.
- _____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (Processo 5007723-26.2020.8.13.0105, 2ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares – distribuído em 24/06/2020). *Dispõe sobre a revisão contratual em cláusula abusiva em decorrência de evento imprevisível (Teoria da Imprevisão) e excessiva onerosidade ao consumidor*. Sentença julgada procedente em 23/10/2020.
- EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das relações de consumo*. 2. ed., 4. tiragem, Curitiba: Editora Juruá, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Proteção do consumidor na era da globalização*. Revista de Direito do Consumidor, n. 41, Ano 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Publicação oficial do Brasilcon (Instituto Brasileiro de política e direito do consumidor), p. 81 a 95, janeiro-março de 2012.
- FERREIRA, Daniela Moura. *O contrato de consumo: e os princípios informadores no novo Código Civil*. Revista de Direito do Consumidor, n. 49. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, p.177-193, janeiro-março de 2004.
- FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, Volume Único, 2001.
- FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2006.
- GONÇALVES, Ana P. R. Gomes; ROBERTO, Juliana V. Almeida; TULER, Luiza C. M. Rocha; OLIVEIRA, Rayani de S. Amorim. *A pandemia do coronavírus e o direito civil: uma análise dos efeitos do covid-19 nas relações contratuais em 2020*. Seminário Científico do UNIFACIG, 2020. Disponível em <<http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/seminariocientifico/article/view/2247/1854>>. Acesso em: 26/jun/2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zenari. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *O novo Código civil brasileiro: em busca da ética da situação*. Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MIRAGEM, Bruna. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª edição. Revista e atualizada. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional), vol. II, Curitiba: Editora Juruá. 2011.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006.

NORAT, Markus Samuel Leite. *Evolução Histórica do Direito do Consumidor*. Revista jurídica *cognitio juris* | Ano I – Número 2 – agosto 2011 | ISSN 2236-3009, João Pessoa – 2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

SCHREBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*, 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: volume único*. Editora Método. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos*, vol. 3, Rio de Janeiro, Atlas, 2020.