

A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual*

Robson Zanetti**

O Código de Defesa do Consumidor utiliza metodologicamente a qualidade dos contratantes para estabelecer quem é o destinatário final nas relações contratuais de consumo, porém, ele mostra ser impreciso (I) também na doutrina e jurisprudência.

Como ensinava Aristóteles, a justiça comutativa não leva em conta a qualidade das partes e sim o equilíbrio que deve estar presente nas prestações dos contratantes.¹ Desta forma, adotando esta teoria milenar de aplicação geral, a utilizaremos como método de proteção dos contratantes no Código de Defesa do Consumidor (II) para que se atinja o equilíbrio entre direito e obrigações contratuais, abandonando-se o binômio fornecedor-consumidor.

I. A inadaptação do método de proteção do consumidor

Além do objeto representado por bens ou serviços (A) que devem estar presentes nas relações contratuais de consumo, o legislador organiza a proteção contratual criando duas categorias diversas de contratantes: o fornecedor (B) e o consumidor (C). A qualidade das partes se apresenta como um fator determinante para caracterização das relações de consumo. Se não existe uma das partes, não existe relação de consumo.

* Palestra realizada em São Paulo, a convite do *International Business Communication* – IBC dia 27 de outubro de 2005.

** Doutor em Direito Privado (Université de Paris 1 Panthéon – Sorbonne); Advogado em Curitiba. E-mail: robsonzanetti@robsonzanetti.com.br.

¹ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 110.

A. O objeto da relação de consumo

A noção de relação contratual de consumo envolve grande de bens (a) e serviços (b).

a. Bens

O parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor fala em produto como objeto das relações de consumo, porém, preferimos utilizar o termo bens tendo em vista que estes têm uma amplitude maior que aquele.

Os produtos podem ser qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (§1º, do art. 1º do CD).

Os bens podem ser objeto de consumo quando forem adquiridos pelo destinatário final e não pelo destinatário intermediário.

b. Serviços

O Código de Defesa do Consumidor, segundo estabelece o art. 3º, §2º, se aplica também aos serviços, considerando serviço “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 “.

Os serviços podem ser de natureza material, como os serviços de detetização e/ou intelectual, cuidados médicos quando fornecidos aos destinatários finais.

Não são incluídos como serviços os prestados pelo próprio Estado e remunerados a título de tributos “ tributos “ em geral, ou “ taxas “ e “ contribuições de melhoria”, tendo em vista sua natureza tributária. Os serviços públicos onde não existe uma remuneração específica estão excluídos do regime jurídico das relações de consumo², assim ocorre com o serviço de saúde, educação, fornecimento de água e esgoto³, iluminação pública,⁴ por exemplos. Estes serviços são conhecidos por próprios ou *Uti universi*, sem possibilidade de identificação dos destinatários.

² Superior Tribunal de Justiça - STJ. Resp. 478.958/PR. T1. Min. Luiz Fux, j. 24/06/2003. *Df*: 04/08/2003, p. 237; REVJMG, vol. 165, p. 446; RJADCOAS, vol. 49, p. 105.

³ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 575.998/MG. T1. Min. Luiz Fux, j. 04/11/2004. *Df*: 21/02/2005, p. 114.

⁴ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 617290/MS. T2. Min. Franciulli Netto, j. 03/08/2004. *Df*: 18/10/2004, p. 246.

Os serviços impróprios ou *Uti singuli* podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. Esses serviços são remunerados por tarifa ou preço público e estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor⁵. Neste caso podemos citar como exemplos: o fornecimento de água, energia elétrica e transporte.

Também, a multa diária não deve ser considerada um serviço, tendo em vista sua natureza processual, no sentido de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Não se aplica o CDC aos serviços realizados pelo perito judicial, não sendo possível a exigência de orçamento prévio.⁶

É discutível se o Código de Defesa do Consumidor se aplica as relações locatícias, sobretudo de imóveis, onde neste caso, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se mostra contrário, porém, parece difícil sustentar este posicionamento quando ampliamos a noção de serviços a locação de veículos.

A análise da prestação de serviços deve ser feita de forma real e não formal, assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não basta o consumidor ser rotulado de sócio e formalmente anexado a uma Sociedade Anônima para que seja afastado o vínculo de consumo, quando evidenciada a administração de recursos de terceiros.⁷

B. O fornecedor

O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor define o fornecedor como “ toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços “.

A qualidade de fornecedor é muito importante para que haja um maior equilíbrio nas relações de consumo, pois, aumentando-se o número de fornecedores (1) teremos uma aplicação maior da justiça comutativa, já que esta não é baseada na qualidade das partes. A definição de fornecedor passa pelo estudo no que seja uma atividade profissional (2).

⁵ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 463331/RO. T2. Ministra Eliana Calmon, j. 06/05/2004. *DJ*: 23/08/2004, p. 178.

⁶ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 213799/SP. T4. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24/06/2004. *DJ*: 29/09/2003, p. 253; *RT*, vol. 820, p. 188.

1. Uma diversidade de fornecedores

Através desta definição percebe-se que o conceito de fornecedor ultrapassa aquele de empresário (i) e dos operadores privados (ii).

i. Além do *status* de empresário

O fornecedor pode ser uma pessoa física ou jurídica, não importando seu porte. A qualidade de fornecedor não se esgota na qualidade de empresário. A qualidade de empresário desaparece em proveito daquela mais ampla que é do fornecedor. O empresário é absorvido pela qualidade de fornecedor. Da mesma forma o é o banqueiro, o profissional liberal, o segurador, o importador, o exportador, etc.

ii. Além do *status* de operadores privados

O conceito de fornecedor do artigo 3º do CDC é amplo, pois abrange a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, os “entes despersonalizados”, como por exemplos, a Itaipu Binacional, a massa falida ou o espólio de um empresário, em nome individual, cuja sucessão é representada pelo inventariante⁸.

Não são considerados fornecedores de serviços as associações desportivas ou condomínios.

2. A atividade profissional

i. A organização de uma atividade habitual

Para que a atividade seja considerada profissional, o fornecedor a deve exercer de forma habitual, ou seja, não ocasional, podendo ser empresarial ou civil.

ii. A finalidade lucrativa

A atividade é considerada profissional quando ela busca uma remuneração em contrapartida da prestação fornecida. A gratuidade de atividade se contrapõe ao caráter especulativo da atividade. A gratuidade se contrapõe a noção de justiça comutativa.

⁷ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 600784/RS. T3. Ministra Nancy Andrighi, j. 16/06/2005. *Df*: 01/07/2005, p. 518; STJ. Resp. 471.683/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; STJ. Resp. 310.723/Pr. Rel. Ministra Nancy Andrighi. *Df*: 18/02/2002; Resp. 239.711. Relatora Min. Nancy Andrighi. *Df*: 19/03/2001.

O fim do lucro deve ser entendido de forma ampla, não somente direta como indireta⁹. Assim, ainda que não cobrem entrada, os *Shopping Centers* visam lucros ao oferecer serviços as pessoas que lá se encontram, mesmo que não adquiram nenhum produto.¹⁰ Da mesma forma, os supermercados visam lucro ao oferecem gratuitamente estacionamento aos compradores e potenciais compradores.

A qualidade de profissional vem ao encontro com a finalidade comutativa que deve imperar no Código de Defesa do Consumidor.

Se a qualidade de fornecedor não é difícil se ser definida, o mesmo não ocorre com o conceito de consumidor.

C. O consumidor

O artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o consumidor “ é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final “.

Partindo desta definição, verifica-se que não existe um método preciso na legislação, na doutrina e nem na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de proteção do consumidor, os entendimentos são variados e dependem da observação de cada caso.

Como se observa, existe uma preocupação em se proteger um dos contratantes (o consumidor destinatário final), porém, não somente o consumidor destinatário final é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, de forma fictícia, pessoas determinadas ou não, sem terem sido contratantes ou destinatárias finais dos objetos das relações de consumo, serão protegidas por equiparação (art. 2º, § único, art. 17 e art. 29).

Para tentar resolver o problema de quem é o destinatário final no Código de Defesa do Consumidor, duas tendências se apresentam: a subjetiva ou finalista (a) e a maximalista (b).

⁸ José Geraldo de Brito Filomeno. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 8ª edição, 2004, p. 44.

⁹ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 106.888/PR. Min. Rel. César Asfor Rocha. *DJ*: 05/08/2002.

¹⁰ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 279273/SP. Min. Rel. Ari Pargendler e Min. p/ac. Nancy Andrichi. T3, j. 04/12/2003. *DJ*: 29/03/2004, p. 230 e *RDR*, vol. 29, p. 356.

1. Teoria finalista¹¹

i. A doutrina

A teoria finalista é restritiva, ela parte de um conceito econômico de consumidor e entende que não basta ser o adquirente ou utente destinatário final fático do bem ou serviços, deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

O consumidor aqui é o não profissional e somente ele merece a proteção do Código de Defesa do Consumidor.¹²

Para a teoria finalista, a qualidade das partes é observada como um critério determinante para se direcionar a proteção do consumidor.

ii. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O conceito de consumidor se restringe, em princípio, as pessoas físicas ou jurídicas, não profissionais, que não visam lucro em suas atividades e que contratam com profissionais.¹³

A linha de precedentes adotada pelas Quarta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça vão ao encontro da teoria subjetiva, restringindo a exegese do art. 2º do CDC ao destinatário final fático e também econômico do bem ou serviço.¹⁴

¹¹ Adotada entre outros por Cláudia Lima Marques, Fábio Konder Comparato, Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Toshio Mukai, José Geraldo Brito Filomeno e Alberto do Amaral Júnior, como lembra Edilson Pereira Nobre Júnior. *A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho/setembro de 1998, p. 67.

¹² Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, os. 67-69 afirma “convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, que é o consumidor e quem não o é.” No mesmo sentido: José Geraldo Brito Filomeno. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 8ª edição, 2004, p. 34.

¹³ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. Segunda Seção – S2. Voto do Exmo. Sr. Min. Jorge Scartezzini, p. 11, j. 10/11/2004. *Df*: 16/05/2005, p. 227.

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 218.505/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. T4, unânime. *Df*: 14/02/2000; STJ. Resp. 264.126/RS. Rel. Min. Barros Monteiro. T4, unânime. *Df*: 27/08/2000; STJ. Resp. 475.220/GO. Rel. Min. Paulo Medina. T6, unânime. *Df*: 15/09/2003.

O Superior Tribunal de Justiça decide, por maioria de votos, através da Segunda Seção, que não é considerado destinatário final quem utiliza equipamento de serviço de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito, pois este serviço tem o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial, sendo considerada uma atividade de consumo intermediária¹⁵, o mesmo ocorrendo com o consumidor intermediário que adquire produto ou usufrui serviço com o fim de direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo.¹⁶ Desta forma, fica demonstrado que o consumidor deve adquirir ou utilizar produtos ou serviços fora de sua atividade profissional¹⁷, independentemente dele visar ou não o lucro.¹⁸

No mesmo julgamento realizado pela Segunda Seção, que reconheceu o domínio da teoria subjetiva¹⁹, o STJ flexibiliza este entendimento

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. Min. Rel. Antonio de Pádua Ribeiro. S2, j. 10/11/2004. *DJ*: 16/05/2005, p. 227; em sentido contrário STJ. CC 41056/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Rel. p/ac. Ministra Nancy Andri ghi. S2, j. 23/06/2004. *DJ*: 20/09/2004, p. 181.

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça – STJ; Resp. 660026/RJ. T4. Min. Jorge Scartezini, j. 03/05/2005. *DJ*: 27/06/2005, p. 409.

¹⁷ Assim, é consumidor quem “ adquiriu, como destinatária final, programas de computador distribuídos por esta, com o intuito de melhor gerenciar seu estoque de produtos: “ Extrai-se dos autos que a recorrente é qualificada como destinatária final, já que se dedica à produção de alimento e que se utiliza dos serviços de *software*, manutenção e suporte oferecidos pela recorrida, apenas para controle interno da produção. Deve-se, portanto, distinguir os produtos adquiridos pela empresa que são meros bens de utilização interna da empresa daqueles que são, de fato, repassados aos consumidores “, segundo julgou o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 488.274/MG. Rel. Min. Nancy Andri ghi. 3T, unânime. *DJ*: 23/06/2003; ainda no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça. Resp. 263.229/SP. Rel. Min. José Delgado. 1T, unânime. *DJ*: 09/04/2001, “ considerou ser a pessoa jurídica Golfinho Azul Indústria, Comércio e Exportação Ltda. consumidora dos serviços de fornecimento de água, prestados pela SABESP, para utilização em sua atividade econômica, a produção pesqueira: “ A recorrente, na situação em exame, é considerada consumidora porque não utiliza a água como produto a ser integrado em qualquer processo de produção, transformação ou comercialização de outro produto. O fornecimento de água é para o fim específico de ser consumida pela empresa como destinatária final, utilizando-a para todos os fins de limpeza, lavagem e necessidades humanas. O destino final do ato de consumo está bem caracterizado, não se confundindo com qualquer uso do produto para intermediação industrial ou comercial “.

¹⁸ Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, f. 107, entende que somente estão submetidos “ às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visam lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica “, ou seja, não interessa se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou serviço.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 476.428. T3. Min. Nancy Andri ghi, j. 19/04/2005. *DJ*: 09/05/2005, p. 390.

metodológico, ao reconhecer que em situações especiais, deve ser abrandado²⁰ o critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários²¹ em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável técnica, jurídica ou economicamente, de forma presumidamente ou não.

O consumidor não sendo vulnerável econômica, jurídica ou tecnicamente não será protegido.²²

Para resumir, a pessoa jurídica aqui pode ser consumidora, desde que destinatária final fática e econômica e que ainda preencha os seguintes requisitos²³:

- não detenha a pessoa jurídica intuito de lucro, isto é, não exerça atividade econômica, o que ocorre com as fundações, associações, entidades religiosas, sindicatos, partidos políticos; ou
- caso tenha a pessoa jurídica adquirente ou utente intuito de lucro, duas circunstâncias, cumuladamente, devem estar presentes: (a) o produto ou serviço adquirido ou utilizado não possua qualquer conexão direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e (b) esteja demonstrada a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência (fática, jurídica ou técnica) perante o fornecedor.

²⁰ No mesmo sentido, ver STJ. Resp. 661.145. T4. Min. Jorge Scartezzini, j. 22/02/2005.

²¹ Assim, o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 468148/SP. T3, j. 02/09/2003. DJ: 28/10/2003, p. 283, anulou a cláusula de eleição de foro baseada na qualidade do contratante que era uma microempresa para facilitar sua defesa.

²² Superior Tribunal de Justiça – STJ. CC 32.270/SP. Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, DJ: 11/03/2003; AEResp. 561.853/MG. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, T3, unânime, DJ: 24/05/2004; Resp. 519.946/SC, Rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, unânime, DJ: 28/10/2003 e Resp. 457.398/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, T4, unânime, DJ: 09/12/2002.

²³ Explicação dada no voto vista sobre a teoria subjetiva pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrigui, p. 4, junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 41056/SP. S2. Min. Rel. Aldir Passarinho e Ministra p/ac. Nancy Andrigui, j. 23/06/2004. DJ: 20/09/2004, p. 181.

2. Teoria maximalista ou objetiva²⁴

a. A doutrina

A teoria maximalista pressupõe um conceito jurídico-objetivo de consumidor e dá uma interpretação ampla ao termo “destinatário final”, podendo ser pessoa física ou jurídica, que se apresente como destinatário final fático do bem ou serviço, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação de serviços, ou seja, o destinatário final do produto é aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação de serviços, como por exemplo, a compra de um ônibus somente para transporte dos funcionários. O que interessa é o ato de consumo final e não sua finalidade. Não deve haver finalidade de revenda.

Para esta teoria, não importa perquirir a finalidade do ato de consumo, sendo irrelevante se a pessoa objetiva a satisfação de necessidades pessoais ou profissionais, se visa ou não o lucro ao adquirir ou utilizar produto ou serviço. Ainda, não interessa analisar sua vulnerabilidade técnica (ausência de conhecimentos específicos quanto aos caracteres do bem ou serviço consumido), jurídica (falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos) ou socioeconômico (posição contratual inferior) em virtude da magnitude econômica da parte adversa ou do caráter essencial do produto ou serviço por ela oferecido.

Para a teoria maximalista o ato de consumo pelo destinatário final fático é um critério determinante para a caracterização do consumidor.

b. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A Primeira e a Terceira Turmas do Superior Tribunal de Justiça, adotam os pressupostos da teoria objetiva ou maximalista, considerando-se o consumidor o destinatário final fático do bem ou serviço, ainda que venha a utilizá-lo no exercício profissional ou de empresa.²⁵

²⁴ A qual conta com defensores como Duciran Van Marsen Faren. *Notas sobre o consumo e o conceito de consumidor – Desenvolvimentos recentes*, “in” “*Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*”, nº 2. Brasília, jan.-mar./2002, pp. 42/43; Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2ª ed., 1995.

²⁵ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 208.793/MT. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. Votação unânime. *Df.*: 01/08/2000; STJ. Resp. 329.587/SP. Rel. Min. Carlos

O direito contratual das relações de consumo (teoria objetiva) está mais ligado a noção objetiva de ato de consumo²⁶ do que a noção subjetiva de consumidor, assumindo assim uma função preponderante econômica.

O importante aqui é a retirada do bem de mercado (ato objetivo) sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo).²⁷

O Código de Defesa do Consumidor se mostra mais preocupado com a relação jurídica existente entre tomador e o fornecedor do crédito sobre o qual se litiga, que é de consumo²⁸, do que com a natureza da pessoa contratante ou a destinação dos bens adquiridos²⁹.

O direito contratual das relações de consumo (teoria objetiva) está mais ligado a noção objetiva de ato de consumo final.³⁰

Alberto Menezes Direito. T3. Votação unânime. *Df*: 24/06/2000; STJ. Resp. 286.441/RS. Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro. Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3, maioria. *Df*: 03/02/2003; STJ. Resp. 488.274/MG. Rel. Ministra Nancy Andriighi, unânime. *Df*: 23/06/2003; STJ. Resp. 468.148/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3, unânime. *Df*: 28/10/2003; STJ. Resp. 445.854/MS. Rel. Min. Castro Filho. T3, unânime. *Df*: 19/12/2003; STJ. Resp. 235.200/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. *Df*: 04/12/2000; STJ. Resp. 248424/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. *Df*: 05/02/2001 e STJ. Resp. 263.721/MA. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. *Df*: 09/04/2001; STJ. Resp. 263.229/SP. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma, unânime. *Df*: 09/04/2001.

²⁶ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. S2 – Segunda seção. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10/11/2004. *Df*: 16/05/2005, p. 227.

²⁷ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. S2 – Segunda seção. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10/11/2004. *Df*: 16/05/2005, p. 227; STJ. Resp. 286.441/RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3T., maioria. *Df*: 03/02/2003, afirmando que “O que é feito com o produto transportado não tem, a meu ver, peso algum na definição de quem foi o “destinatário final” do serviço de transporte.”

²⁸ Desta forma, o crédito educativo está sujeito as relações de consumo, como julgou o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 638130/PR. T1. Min. Luiz Fux, j. 17/02/2005. *Df*: 28/03/2005; o CDC é aplicado aos contratos de mútuo para financiamento habitacional pelo SFH (Súmula 83).

²⁹ Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg nos Edcl no Resp 630963/RS. Ministro Humberto de Barros. T3, j. 24/05/2005. *Df*: 27/06/2005, p. 378; Súmula 297; o Superior Tribunal de Justiça. Resp. 468.148/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3T, unânime. *Df*: 28/10/2003, “ considerou ser consumidora a pessoa jurídica SBC Serviços de Terraplanagem Ltda., ao adquirir crédito bancário para compra de tratores a serem utilizados em sua atividade econômica “; ainda no mesmo sentido o STJ. Resp. 445.854/MS. Rel. Min. Castro Filho. 3T, unânime. *Df*: 19/12/2003, entendeu que é consumidor aquele que adquire crédito bancário para a compra de colheitadeira a ser utilizada em sua atividade econômica.

³⁰ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. S2 – Segunda seção. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10/11/2004. *Df*: 16/05/2005, p. 227.

O importante aqui é a retirada final do bem de mercado (ato objetivo) sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo)³¹.

Conclusão da primeira parte

A qualidade do consumidor como destinatário final de produtos e serviços é analisada sob o ponto de vista econômico, ou seja, leva-se em conta o sujeito como último estágio do processo produtivo.

Ao utilizar este critério o conceito de consumidor se revela impreciso tanto na legislação como na doutrina e jurisprudência, parecendo um erro de construção metodológica³², demonstrando ser inapto para se atingir o objetivo de proteção de contratantes de uma mesma categoria.

* * *

³¹ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. S2 – Segunda seção. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10/11/2004. *DJ*: 16/05/2005, p. 227; STJ. Resp. 286.441/RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3T., maioria. *DJ*: 03/02/2003, afirmando que “ O que é feito com o produto transportado não tem, a meu ver, peso algum na definição de quem foi o “ destinatário final “ do serviço de transporte. “

³² Neste sentido N. Rzepecki. *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Thèse Strasborug, 1998, p. 336.

II. O abandono do critério legal baseado no binômio fornecedor-consumidor³³

Face à incerteza metodológica de parâmetros para a proteção do consumidor como destinatário final, propomos que seja levado em conta a economia contratual dos contratos comutativos para corrigir o desequilíbrio contratual manifesto entre as prestações dos contratantes, ou seja, entre seus direitos e obrigações³⁴ e que sejam incluídos de forma ampla os bens e serviços privados e públicos (*Uti singuli e Uti universi*).

O contratante deve receber uma proteção compensatória em virtude do desequilíbrio contratual manifesto e não baseado na sua qualidade extrínseca³⁵.

A proteção do contratante deve tomar como causa a desvantagem manifesta para haver uma harmonização dos interesses de seus participantes (art. 4º, III, do CDC) e não a qualidade dos contratantes tidos como fornecedor e consumidor. Neste sentido a legislação consumerista sobre cláusulas abusivas pode se revelar como o fruto de

³³ Silney Alves Tadeu. *O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 185, ao discorrer sobre a qualidade de consumidor sob o ponto de vista da união européia, afirma, com o que concordamos, que “ se considera que não é adequado falar-se de um direito de consumo, senão de uma teoria geral dos contratos, pois se ignora que os consumidores são contratantes e uma parte componente do mercado, e que por isso sua proteção deve se integrar necessariamente em normativas que regulem o mercado em conjunto (Nesse sentido veja-se A y R. Berconvitz Rodríguez Cano. *Estúdios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid: tecnos, 1987, p. 45). “ O autor ainda questiona “ que se ha de entender por consumidor, isto é, se é definido ou não como uma categoria distinta a de um adquirente de bens ou serviços que justifique a constituição de um direito especial em torno desta figura “ e conclui que não existe “ uma definição de caráter uniforme do termo consumidor “ , ao se basear em Guido Alpa. *Diritto privato dei consumi*. Bologna: Ed. Il Mulino, 1986, p. 22. Ainda o autor muito bem destaca “ Por outro lado, se o conceito de consumidor se generaliza até o ponto de considerar que – consumidores somos todos – dita condição já não é especial, porque em referido âmbito subjetivo não pode basear-se a criação de um direito excepcional denominado como direito dos consumidores; ademais, se sigamos mantendo a tese da excepcionalidade, incorreríamos em um grande erro de tratar como especial aquele que aparece como genérico. “

³⁴ Ronaldo Porto Macedo Júnior. *A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 37, jan.-março de 2001, p. 89, destaca que “ Explorar o art. 6º do CDC que dispõe do equilíbrio de obrigações e deveres numa perspectiva não exclusivamente econômica, mas de igualdade de direitos, do poder de fiscalização, do poder de participação poderia ser um caminho. “

³⁵ Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 210.

uma insuficiente reflexão sobre as possibilidades oferecidas pelo direito comum em matéria de correção dos desequilíbrios contratuais.³⁶

Se o direito contratual comporta disposições gerais permitindo de conferir a mesma proteção aos contratantes, então a erradicação do método baseado na qualidade dos contratantes torna-se possível. Assim, estaremos caindo nas fontes de direito e a questão então é de saber se a aplicação judicial do direito comum dos contratos seria desejável para colocar fim ao atual método de proteção do consumidor.

Para que exista um equilíbrio contratual de prestações nos contratos comutativos o método proposto é que o julgador intervenha nas relações de consumo (A) para corrigir os desequilíbrios manifestos (B).

A. A busca do equilíbrio contratual através da intervenção judicial

As teorias finalista e maximalista analisam o consumidor como a causa de proteção enquanto entendemos que a causa da proteção deve ser o equilíbrio contratual, cujo efeito é a proteção da parte em desequilíbrio.

A evolução do direito contratual se mostra preocupada com o equilíbrio contratual e a intervenção do juiz se faz presente. “Se desenha uma nova forma de considerar o contrato, como uma união de interesses equilibrados, (...) sob a égide de um juiz que sabe ser, quando necessário, juiz da equidade (...)”.³⁷

Desta forma, sem cair na arbitrariedade, o juiz deve intervir no processo para corrigir os desequilíbrios manifestos (a), sem portanto, deixar de observar o princípio da força obrigatória dos contratos (b), fazendo com que haja uma conciliação entre estes dois pontos.

a. A intervenção judicial como método de correção do desequilíbrio entre os contratantes

A justiça corretiva não pode ser vista com um fim em si, mas somente como um meio de correção das convenções (muito) desequilibradas.³⁸

³⁶ J. P. Chazal. *Théorie de la cause et justice contractuelle: a propos de l'arrêt Chronopost (Cass.com. 22 oct. 1996)*. JCP 1998, éd. G, I, 152, p. 1317; do mesmo autor, v. nota sobre *Cass. civ. 1er, 20 mai 2000*, Dalloz, 2000, p. 879, *spéc.* N° 10, p. 882; C. Nourissat. *La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien?* D. 2000, *chron.*, p. 369.

³⁷ Ph. Remy. *Droit des contrats: questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*. Economica, 1987, p. 271.

³⁸ Aristóteles. *Ética a Nicômaco* São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 110 e s.

A tendência no direito moderno é a de que o juiz tome decisões motivadas³⁹ com força de lei, sendo que tais decisões passam a ser fontes derivadas e auxiliares do direito. Uma reforma do direito contratual não pode passar despercebida por esta questão, porém, isto não significa dizer que o poder do judiciário exclua uma metodologia própria para se buscar o equilíbrio contratual, a qual deve receber o aval do legislador.⁴⁰

No Código de Defesa do Consumidor, o consumidor recebe uma proteção promocional decorrente da legislação, enquanto que aqui, o contratante em desvantagem manifesta recebe uma proteção frente ao desequilíbrio contratual visto pelo juiz, pois a lei por si só se revela incapaz deste controle, como ocorre com o controle das cláusulas abusivas.⁴¹

O juiz deve intervir quando estiver presente o desequilíbrio das prestações, assim, quando a cláusula de eleição de foro, oriunda de contrato de adesão dificultar o acesso a justiça, ocorrerá a intervenção judicial para reconhecer sua nulidade, porém, o simples fato do contratante alegar que é “ uma empresa menor do que a ré não é suficiente, por si só, para afastar o foro eleito “, ou seja, o juiz não intervém porque não fica comprovado o abuso.⁴² Para corrigir o desequilíbrio contratual, o juiz deve observar a eventual onerosidade excessiva do contrato e não a hipossuficiência do contratante.⁴³

³⁹ Assim, muito bem lembra Cristina Tereza Gaulia. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 40, out-dez 2001, p. 91 que “ O sistema de persuasão racional é o acolhido em nosso direito, que o consagra através do art. 131 do CPC (‘o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento ‘), a cuja orientação se deve cingir a interpretação da regra contida no art. 157 do CPP (‘o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova); Antonio Carlos de Araújo Cintra: Ada Pellegrine Grinover; e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 3 ed. RT, p. 319.

⁴⁰ Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 238.

⁴¹ Daniela Moura Ferreira. *Contrato de consumo*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 163.

⁴² Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. *DJ*: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

⁴³ Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. *DJ*: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

O julgador não deve esquecer de tomar como base a legislação dentro do que for razoável para a solução da lide, sob pena de se ferir o princípio da força obrigatória dos contratos.

b. O respeito ao princípio da força obrigatória dos contratos através da aplicação da teoria da razoabilidade

A situação de manifesto desequilíbrio entre os contratantes faz com que ocorra a intervenção estatal pela via legislativa, para atuar no campo contratual, flexibilizando as tão decantadas autonomia da vontade e obrigatoriedade do contrato, pela presença da ordem pública.⁴⁴

Na busca deste equilíbrio, o juiz tem o poder de refazer os contratos imperfeitos.⁴⁵ À manifestação do consentimento e à sua força vinculante é agregado o objetivo do equilíbrio das partes, através da ordem pública e da boa-fé. Assim, numa relação entre um advogado e seu cliente quando não ficar estipulado o valor dos honorários advocatícios e existir uma prestação efetiva de serviços, cabe ao julgador arbitrar o valor dos honorários ou quando este valor se revelar excessivo buscar o equilíbrio analisando as prestações dos contratantes reduzindo-o.

A autonomia da vontade dos contratantes será ultrapassada quando reconhecida, à vista de provas, nas instâncias ordinárias, a abusividade⁴⁶, como visto no exemplo acima, tanto pela ausência de preço como pelo excesso.

O respeito à força obrigatória dos contratos deve se dar conforme o que for razoável⁴⁷, observando-se a expectativa dos contratantes com

⁴⁴ Edílson Pereira Nobre Júnior. *A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho-setembro de 1998, p. 59; neste sentido o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em matéria já sumulada pelo STF (Súmula 121/STF) entende que “ É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada. “.

⁴⁵ Neste sentido afirmou o Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira em sua palestra realizada em Milão, sob o título “ A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro “. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 43, julho-setembro de 2002, p. 75.

⁴⁶ Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no Ag 640587/RJ. T1. Min. Luiz Fux, j. 03/05/2005. *Df.* 30/05/2005, p. 228.

⁴⁷ Esta noção de razoabilidade também deve ser aplicada aos serviços públicos, como destaca Ronaldo Porto Macedo Júnior. *A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 37, jan.-março de 2001, p. 88, pois, “ Uma tal visão nos obrigaria, portanto, a uma interpretação menos formalista e mais sociológica da relação do consumidor ou do usuário deste mercado de consumo. “

relação as prestações recíprocas. Ocorrerá uma interferência judicial compensatória para que se atinja o razoável.

É possível se verificar que o atual método de proteção do consumidor pode ser revisto através de uma cooperação entre o que estabelece a lei e o poder do juiz.

Para que o juiz atinja a proteção compensatória, ele deverá utilizar instrumentos jurídicos adequados, relativizando a autonomia da vontade em prol da justiça contratual⁴⁸, pois, o contrato só poderá ser útil ao princípio da sociabilidade dos contratos se⁴⁹ proporcionar equilibrados benefícios para ambas partes contratantes.

B. A correção do desequilíbrio por meio de instrumentos jurídicos legais

a. Mecanismos de correção do desequilíbrio contratual

Ao se abandonar o critério legal de proteção baseado na qualidade das partes, baseando-se na intervenção do juiz⁵⁰ para se atingir o equilíbrio entre os contratantes, este, sem se desviar de noções legais estritamente definidas, aplicará às regras de provas como instrumento na busca deste equilíbrio contratual (1) bem como outros *standards* (2).⁵¹

1. O recurso às regras de prova

Nas relações de consumo existe uma regra de prova na qual se presume que o consumidor é a parte vulnerável⁵², a parte fraca e assim ele tem o direito “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

⁴⁸ Edílson Pereira Nobre Júnior. *A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho/setembro de 1998, p. 75.

⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. *DJ*: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

⁵⁰ O art. 5º, XXXV, CF estabelece que nenhuma ameaça ou lesão deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

⁵¹ Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 260.

⁵² Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 476428/SC. T3. Ministra Nancy Andrighi, j. 19/04/2005. *DJ*: 09/05/2005, p. 390.

hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII, CDC).

A facilitação da produção de provas, inclusive com a inversão de seu ônus, serve para mostrar a dificuldade presumida que o consumidor tem em produzi-la. Assim, o juiz tem o poder-dever⁵³ de buscar o equilíbrio na relação contratual onde a produção apresenta ser difícil ao consumidor.

Existe a facilitação e mesmo a inversão, porém, se não ficar demonstrada a existência do desequilíbrio contratual efetivo, não haverá proteção do contratante.⁵⁴ Desta forma, a presunção simples de que o consumidor é a parte fraca nas relações de consumo não resolve o problema do desequilíbrio contratual, pois, a causa está no desequilíbrio contratual e não na qualidade dos contratantes.

O desequilíbrio contratual deve ser demonstrado pelo contratante para que exista a proteção do equilíbrio contratual⁵⁵. Na busca do equilíbrio das prestações, é praxe a utilização de ações revisionais protegidas pelo art. 6º, V, do CDC, visando a corrigir os abusos praticados na relação contratual (art. 51, §1º, do CDC).⁵⁶

O excesso na prestação de um dos contratantes deve ser demonstrado nas instâncias ordinárias. Assim, num período sem inflação, não se pode admitir uma cobrança mensal de juros remuneratórios superiores a 41% ao mês, “sob pena de permitir-se anormal enriquecimento de um dos partícipes da relação negocial, em detrimento do outro” [...] quando a remuneração vai além do dobro do que resultaria da incidência da

⁵³ José Carlos Maldonado de Carvalho. *A inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 46, abril-junho de 2003, p. 249.

⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 691929/PE. T1. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01/09/2005. *DJ*: 19/09/2005, p. 207.

⁵⁵ Assim, no julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 628461/RS. T3. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 07/10/2004. *DJ*: 17/12/2004, p. 541, ficou demonstrado através de ação revisional de contrato de mútuo bancário que a cobrança de juros remuneratórios de 41,80% e 41,74% era abusivo, ficando estabelecida a cobrança pela taxa média de mercado.

⁵⁶ Ronaldo Porto Macedo Júnior. *A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 37, jan.-março de 2001, p. 85, destaca que “o Código de Defesa do Consumidor inova em relação ao Código Civil, por exemplo, na medida em que ele obriga o operador do direito a analisar as circunstâncias do desequilíbrio concreto, real, econômico e social; para, daí, extrair a medida do desequilíbrio contratual caracterizado pela presença do ônus excessivo.”

correção monetária e mais o percentual de juros padrão, está-se diante de tratamento iníquo em relação a um dos obrigados, qual seja o devedor”⁵⁷.

Por outro lado, não haverá proteção do contratante se não houver a demonstração de nenhum excesso. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que ainda que aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos regidos pelo SFH, o contratante não obteve êxito em demonstrar que as cláusulas contratuais sejam abusivas, o que afasta a nulidade do contrato por afronta às relações básicas de consumo.⁵⁸

Os exemplos acima servem para demonstrar que a qualidade do binômio fornecedor-consumidor pode ser abandonada para se resolver o problema do desequilíbrio contratual, substituindo-se uma regra de prova por uma regra de fundo, a qual responde melhor a realização da justiça comutativa.⁵⁹

O abandono da qualidade dos contratantes será ainda favorecido pela aplicação de *standards* desencadeando a ressurreição do direito comum dos contratos.⁶⁰

2. A utilização de *standards* para proteção do contratante

A utilização de *standards*, ou seja, de normas que não são imediatamente operacionais⁶¹, constituindo-se uma noção-quadro, uma noção com conteúdo variável⁶², aberta a complementação e sujeita à

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no Ag 640587/RJ. T1. Min. Luiz Fux, j. 03/05/2005. *Df*: 30/05/2005, p. 228.

⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 691929/PE. T1. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01/09/2005. *Df*: 19/09/2005, p. 207.

⁵⁹ Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 265.

⁶⁰ Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 260.

⁶¹ Ph. Jestaz. *Rapport de synthèse “in “ Les standards dans les divers systèmes juridiques*. RRJ droit prospectif, 1988-3, p. 1181, *spéc.*, p. 1182; Delmas-Marty. *Pour un droit commun*. Seuil, 1994, p. 123 e s.

⁶² Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 266.

variação no tempo, possibilita ao juiz⁶³ a apreciação *in concreto* de situações⁶⁴ que neles se enquadram para buscar o equilíbrio contratual.

A boa-fé e a eleição de uma obrigação essencial⁶⁵ constituem-se bons exemplos de *standards*, assim como o abuso de poder econômico e o dolo quando ficar demonstrado o desequilíbrio significativo de prestações e o abuso por parte de um dos contratantes. A boa-fé (art. 4º, *caput*, III e art. 51, IV, do CDC) é o principal *standards* a ser utilizado para o equilíbrio das prestações contratuais. Seu antônimo é o abuso a iniquidade. Onde não houver abuso, não existe iniquidade.⁶⁶

As cláusulas abusivas obedecem esta finalidade porque elas trazem um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações dos contratantes. Assim, a abusividade e a onerosidade excessiva devem ser analisadas de forma objetiva e corrigidas, pois, a preocupação do legislador de buscar o equilíbrio ideal entre fornecedor e consumidor nos contratos de consumo⁶⁷ não pode se limitar somente a qualidade destes contratantes, mas sim a qualquer contratante.

⁶³ O Ministério Público pode administrativamente realizar o controle das cláusulas abusiva no Código de Defesa do Consumidor, como lembra Cristiano Heineck Schmitt. *As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 33, jan.-março de 2000, p. 179.

⁶⁴ Assim, os fatos citados pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (STJ-T3), no Resp. 476428/SC, j. 19/04/2005, *DJ*: 09/05/2005, p. 390 relacionados a vulnerabilidade do consumidor que esta “ não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores “, são fatos que entendemos poderem se encaixar dentro de *standarts*, para que ocorra o equilíbrio das prestações entre os contratantes, não tendo sua aplicação limitada a proteção da qualidade do contratante consumidor.

⁶⁵ Superior Tribunal de Justiça-STJ. Resp. 196.031/MG. *DJ* 11.06.2001, traz um exemplo da eficácia da obrigação essencial ao julgar que “ III – Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja consequência não deve arcar o consumidor “.

⁶⁶ O Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 684.613/SP. T3. Ministra Nancy Andrighi, j. 21/06/2005. *DJ*: 01/07/2005, p. 530 entendeu que a fixação de cláusula contratual de eleição de foro não é abusiva quando estiver ausente a vulnerabilidade do consumidor e o contrato estiver cumprindo sua função social e não ofender a boa-fé objetiva, nem tampouco trazer como resultado a inviabilidade ou especial dificuldade de acesso a justiça, ou seja, aqui não existe desequilíbrio contratual; no mesmo sentido STJ. Resp. 33256/SP. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Rel. p/ac Min. Barros Monteiro. S2, j. 27/10/2004. *DJ*: 06/04/2005, p. 201.

⁶⁷ Nelson Nery Júnior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 587.

O desequilíbrio não precisa necessariamente ser efetivo para que se busque o equilíbrio, basta a ameaça do desequilíbrio contratual para que ocorra a correção.⁶⁸

O consumidor não é protegido somente pela sua qualidade. Para que ele receba a proteção diante de uma cláusula abusiva ele deverá mostrar que existe excesso na sua prestação. Desta forma, é abandonado o critério legal de proteção do consumidor frente a ausência de desequilíbrio contratual⁶⁹, pois o julgador aqui demonstra estar preocupado não com a qualidade dos contratantes, mas sim com a aplicação da justiça comutativa.

Ao ser eleito o foro para discussão de um contrato de adesão, independente de a relação ser ou não de consumo, esta cláusula deve prevalecer se não houver demonstração de onerosidade excessiva para o contratante, nem prova de dificuldade de acesso ao judiciário ou restrição a sua defesa em juízo, pois, a simples contratação por adesão não é elemento suficiente para determinar a vulnerabilidade do contratante que adere.⁷⁰

O abuso ocorre quando ficar demonstrado o desequilíbrio contratual porque o comprador está na dependência de um produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, por exemplo, de trabalhar com o sistema de pagamento de cartão de crédito, etc.⁷¹

⁶⁸ Nelson Nery Júnior e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 591.

⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 691929/PE. T1. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01/09/2005. *Df*: 19/09/2005, p. 207.

⁷⁰ Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. *Df*: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; STJ. C/C 31.227/MG. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. *Df*: 04/06/2001; STJ. C/C 32.887/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. *Df*: 07/04/2003. Assim, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do Resp. 379.949/PR. *Df*: de 15/04/2002 entende que: “ a cláusula de eleição de for inserida em contrato de adesão é, em princípio válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatoria adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. “. Esses fatos exposto pelo e. Min. demonstram o desequilíbrio entre as prestações.

⁷¹ Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. *Df*: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

Como a boa-fé deve estar presente na fase pré-contratual até a fase pós-contratual, é permitido que seja demonstrado o abuso de prestações e o enriquecimento ilícito mesmo após o término do contrato.

A utilização dos *standards* nas relações de consumo faz despertar o direito comum. Assim, a aplicação e não criação de *standards* pelo julgador, se mostra como instrumento capaz de substituir o atual método legislativo que se baseia na qualidade dos contratantes, por um método de proteção compensatória fundamentado no equilíbrio contratual dos contratantes.

A luta contra as cláusulas abusivas nas relações de consumo se mostra como um método discriminatório ao se permitir a proteção somente de uma categoria de pessoas, os consumidores. Para acabar com esta discriminação, propomos que seja eliminado o binômio fundamentado na qualidade dos contratantes (fornecedor e consumidor) pelo fundado no equilíbrio contratual, abandonando-se a qualidade dos contratantes.

A aplicação do conceito de cláusula abusiva deve levar em conta o desequilíbrio manifesto entre os contratantes⁷², ou seja, sem a existência do desequilíbrio, não existe motivo para se anular uma cláusula, pois não existe abuso⁷³. Na análise de uma cláusula, para ver se ela é abusiva ou não, justamente estamos aplicando um *standard*, o antônimo da boa-fé, o abuso nas relações contratuais. O Código de Defesa do Consumidor comporta um *standard*. Porque não ir mais longe e aplicá-lo a outros contratantes? O juiz não poderá utilizar um *standard* do direito comum dos contratos?⁷⁴

J. Calais-Aloy estima que o direito do consumo coloca ao serviço da boa-fé contratual os meios de restaurar o equilíbrio contratual que até

⁷² Nelson Nery Júnior. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 8ª edição, 2004, p. 558, a define a cláusula abusiva com sendo “aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação de consumo”, ou seja, o “consumidor”. Preferimos dizer, dentro do que sustentamos, que ela é manifestamente desfavorável a um dos contratantes, pois abandonamos a qualidade das partes para que sua aplicação seja mais ampla dentro dos contratos comutativos, na busca do equilíbrio contratual.

⁷³ Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 691929/PE. T1. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01/09/2005. *Df*: 19/09/2005, p. 207.

⁷⁴ Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 281.

agora o direito comum ignorava.⁷⁵ A propensão da boa-fé como base do controle judicial do caráter abusivo de uma cláusula, independe da qualidade das partes.⁷⁶ O abuso, por sua vez, deve permitir o controle do desequilíbrio contratual, independente da qualidade dos contratantes.

A boa-fé se manifesta também através da obrigação de informação⁷⁷ (art. 6º, III, do CDC), pois assim o consentimento pode ser protegido e se protegendo o consentimento está se protegendo o patrimônio. A informação persiste não só na fase pré-contratual, ela vai até a fase pós-contratual (art. 10, §1º, do CDC).⁷⁸ O primeiro caminho para se obter a justiça contratual está indicado no art. 47 do CDC, ao estabelecer que as cláusulas contratuais serão interpretadas de forma favorável ao consumidor.⁷⁹

O consumidor é protegido de forma preventiva por meio do direito de informação, pois, a falta de informação é fonte de desequilíbrio.⁸⁰ O Código de Defesa do Consumidor assegura como direito básico do consumidor, o direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, III, do CDC).

Assegurando a qualidade do consentimento do consumidor evita-se a injustiça contratual.⁸¹

b. Efeitos da aplicação dos *standards*

A correção do desequilíbrio deve ser buscada de forma a que se atinja o mais próximo equilíbrio total, lutando contra a injustiça contratual, seja quando esta se manifeste pelo desequilíbrio excessivo do conteúdo do contrato, seja pela desproporcionalidade excessiva decorrente dos poderes dos contratantes.

⁷⁵ J. Calais-Aloy. *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*. Paris: RTD. Com. 1998, p. 115, esp. 117.

⁷⁶ Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 282.

⁷⁷ Assim, o consumidor deve tomar conhecimento prévio antes de seu nome ser negativedo nos serviços de restrição de crédito, como estabelece o art. 43, §2º do CDC, sob pena de quem não o fizer pagar pelos danos morais causados.

⁷⁸ Sérgio Cavalieri Filho. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 35, julho-setembro, 2000, p. 102.

⁷⁹ Edílson Pereira Nobre Júnior. *A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho/setembro de 1998, p. 63.

⁸⁰ Jean Calays-Auloy e Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, p. 49, nº 49.

⁸¹ Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002, p. 210.

O julgador deve buscar o equilíbrio contratual de forma objetiva, caso a caso⁸². Assim, frente ao reconhecimento da existência de juros abusivos, devem ser fixadas taxas de juros praticadas no mercado, declarando-se nula a cláusula contratual.⁸³

A correção judicial deve ser buscada não somente para reconhecer a nulidade da cláusula contratual⁸⁴, mas também para corrigi-la sem que haja necessidade do reconhecimento de sua nulidade, quando esta última vier a trazer prejuízos aos contratantes, gerando novo desequilíbrio contratual.

O modo de correção do desequilíbrio deve trazer a nulidade como última conseqüência, ou seja, quando a sua regularização for impossível ou se o contrato não tem mais utilidade.⁸⁵ Por isso, não concordamos com a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas estabelecidas no art. 51 do CDC e entendemos que deve ser sempre buscado o equilíbrio contratual, evitando que a nulidade da cláusula traga um novo desequilíbrio.

Diante da onerosidade excessiva, não somente o consumidor, mas o contratante que demonstrar o desequilíbrio contratual poderá buscar⁸⁶: a) a modificação da cláusula contratual, a fim de que se preserve o equilíbrio do contrato (art. 6, V, CDC); b) a revisão do contrato em virtude de fatos supervenientes não previstos pelas partes quando da conclusão do negócios (art. 6º, V, segunda parte, CDC); c) a nulidade da cláusula por trazer desvantagem exagerada ao consumidor (art. 51, IV, e §1º, III, do CDC); e ainda d) a resolução do contrato quando sua conservação configurar ônus excessivo a qualquer das partes (art. 51, §1º, III, CDC). Como se vê neste último exemplo, o contrato pode ser resolvido também em benefício do fornecedor.

⁸² Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no Ag 640587/RJ. T1. Min. Luiz Fux, j. 03/05/2005. *Df.* 30/05/2005, p. 228; STJ. Resp. 327727/SP. T4. Min. César Asfor Rocha. *Df.* 08/03/2004, p. 166.

⁸³ Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no Ag 640587/RJ. T1. Min. Luiz Fux, j. 03/05/2005. *Df.* 30/05/2005, p. 228.

⁸⁴ Superior Tribunal de Justiça. STJ. Resp. 327727/SP. T4. Min. César Asfor Rocha. *Df.* 08/03/2004, p. 166.

⁸⁵ Carole Ouerdane – Aubert de Vincelles. *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris: Dalloz, 2002, p.463.

⁸⁶ Nelson Nery Júnior e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 591 e 592. O renomado autor, entende que somente o consumidor pode buscar.

A busca do equilíbrio nas relações contratuais comutativas está acima da qualidade das partes.

Conclusão da segunda parte

A legislação não é suficiente para equilibrar os contratos em desequilíbrio manifesto, para que exista o equilíbrio nas prestações dos contratantes, a intervenção judicial será necessária.

A intervenção não pode ocorrer de forma arbitrária, para que isso não ocorra o juiz deverá recorrer as regras de provas e *standards*.

* * *

Conclusão geral

O Código de Defesa do Consumidor acabou reforçando os direitos individuais dos cidadãos, contribuindo para acelerar e acentuar o processo de reforma nos ramos do direito civil, comercial e processual⁸⁷, mas utilizou uma metodologia imprecisa e discriminatória⁸⁸ fundamentada na qualidade dos contratantes.

O conceito de consumidor já não se encontra referido ao operador final do processo produtivo e é ampliado para generalidade dos cidadãos ante a necessidade de aumentar se nível de qualidade de vida⁸⁹. Desta

⁸⁷ Sálvio de Figueiredo Teixeira. *A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 43, julho-setembro de 2002, p. 76.

⁸⁸ No mesmo sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior. *A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 37, jan.-março de 2001, p. 88 afirma que “O Código de Defesa do Consumidor caracteriza-se, de maneira muito expressa no seu art. 6º, como um código discriminatório, pois traz um tratamento diferenciado em favor do consumidor, assumindo isto com muita clareza ao estabelecer, por exemplo, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, isto é, o Código do Consumidor parte do princípio de que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo e que, portanto, esta legislação surge para reequilibrar direito e deveres.”. Este posicionamento também é sustentado no direito alienígena quando Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme critère legal de protection*. Paris: LGDJ, 2002, p. 232 afirma “l’illégitimité de la conception organique acutelle du contrat de consommation est flagrante: elle provient du fait qu’il est contraire au principe d’égalité de refuser à certaines catégories de contractants une protection “compensatoire”, dont on sait qu’elle est fondée sur une égalité simple entre les biens et qu’elle ne fait, en principe, pas intervenir le critère de la qualité du contractant.”

⁸⁹ Silney Alves Tadeu. *O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 187.

forma, devemos abandonar a qualidade do binômio fornecedor-consumidor para traçarmos uma nova metodologia reforçando o direito comum dos contratos⁹⁰, fundamentada no equilíbrio contratual de direito e obrigações de todos os indivíduos⁹¹ e ser aplicada pelo julgador com sustentação em *standards*.

Bibliografia

- Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2ª ed., 1995.
- Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- José Geraldo de Brito Filomeno. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., 2004.
- Nelson Nery Júnior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.
- Carole Ouerdane – Aubert de Vincelles. *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris: Dalloz, 2002, p. 463.
- Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme critère legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002.

⁹⁰ Silney Alves Tadeu. *O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 186 muito bem destaca que a influência trazida pelo Código de Defesa do Consumidor está “ em como contratar e como receber a correspondente informação, tão importante e pouco considerada. O fenômeno da massificação social e a legitimidade da utilização de contratos mediante condições gerais e cláusulas preconstituídas como objetivo de racionalização, redução de custos e facilitação de serviços em empresas modernas que abriram um capítulo novo na história do contrato sendo isto o que requer uma nova regulamentação “.

⁹¹ Assim Silney Alves Tadeu. *O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 186, lembra que Francesco Galgano. “ *La democrazia dei consumatori*.” Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., nº 2, p. 215 e s., 1980 afirma que a perspectiva está mudando, ao considerar que a democracia dos consumidores havia se convertido na democracia dos cidadãos e o primeiro autor complementa “ Desta modo, a idéia se expande de que todos nós somos consumidores, mas não enquanto realizamos atos concretos como tais, e sim porque temos uma faceta de nossa vida, qual seja, a de consumidor, a que interessam distintos aspectos da vida social como se expressa Berconvitz, por isso de fala de cidadão não consumidor, isto é, de cidadão como consumidor. De fato o que nasceu como proteção do consumidor, se esta convertendo em proteção do indivíduo particular e isto não é senão uma mera manifestação da evolução social do direito, já inclusive manifestada nos modernos códigos civil e nas modernas constituições, como por exemplo na brasileira”.

- Jean Calais-Aloy e Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz.
- Ph. Remy. *Droit des contrats: questions, positions, propositions*, “ in “ *Le droit contemporain des contrats*. Paris: Economica, 1987.
- Cristina Tereza Gaulia. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista do Consumidor, nº 40, out-dez 2001.
- Daniela Moura Ferreira. *Contrato de consumo*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 163.
- Duciran Van Marsen Faren. *Notas sobre o consumo e o conceito de consumidor – Desenvolvimentos recentes*, “ in “ *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*“, nº 2. Brasília, jan.-mar/2002.
- Edílson Pereira Nobre Júnior. *A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho-setembro de 1998.
- José Carlos Maldonado Carvalho. *A inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 46, abril-junho de 2003.
- Ronaldo Porto Macedo Júnior. *A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 37, jan-março de 2001.
- Sálvio de Figueiredo Teixeira. *A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 43, julho-setembro de 2002.
- Sérgio Cavalieri Filho. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 35, julho-setembro, 2000, p. 102.
- Silney Alves Tadeu. *O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária*. São Paulo: Revista do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003.
- C. Nourissat. *La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien?* D. 2000, chron., p. 369.
- Delmas-Marty. *Pour un droit commun*. Seuil, 1994.
- J. Calais-Alois. *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*. Paris: RTD, 1998.
- J. P. Chazal. *Théorie de la cause et justice contractuelle: a propos de l'arrêt Chronopost (Cass. Com. 22 oct. 1996)*. JCP 1998, éd. G, I, 152.
- P. H. Jestaz. *Rapport de synthèse* “ in “ *Les standards dans les divers systèmes juridiques*. RRJ droit prospectif, 1998-3.