

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



DIREITO DE ARREPENDIMENTO
NOS CONTRATOS

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICAS

2009

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**DIREITO DE ARREPENDIMENTO
NOS CONTRATOS**

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

**MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR
PEDRO ROMANO MARTINEZ**

2009

AGRADECIMENTOS

Àqueles que deram o estímulo e as condições necessárias à elaboração deste trabalho: meu pai, eterno guerreiro, e minha mãe, coração maior do que Brasil e Portugal juntos.

Ao Sr. Prof. Dr. Pedro Romano Martinez, pelo estímulo e orientação atenciosa desta dissertação de mestrado.

Ao Sr. Prof. Dr. José Fernando Simão, pela amizade e por todo apoio acadêmico empregado nestes últimos seis anos.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelas excelentes aulas, pesquisas e amigos que pude fazer.

RESUMO

Este trabalho procurou analisar o direito de arrependimento nos contratos de matéria consumerista, sobretudo, naqueles oriundos do comércio eletrônico. Podemos separar este trabalho em dois planos. O primeiro engloba as partes I e II, que trazem noções básicas para a análise do arrependimento. Tendo em vista que o direito de arrependimento afigura-se como uma forma de extinção contratual, preocupamo-nos, na parte I, em analisar as formas tradicionais de extinção dos contratos no direito brasileiro e português. A parte II aborda princípios e regramentos indispensáveis à compreensão do arrependimento, nomeadamente, o princípio da boa-fé e o abuso de direito. Já no segundo plano, que engloba a parte III, IV e V, adentramos especificamente no direito de arrependimento, procurando, a todo o momento, problematizar o debate. Na parte III, verificamos o regime geral do arrependimento, abordando, ainda a controvérsia envolvendo a natureza jurídica do instituto. Para tanto, demonstramos as distintas posições da doutrina, bem como a nossa posição de que o arrependimento deve ser considerado uma nova forma de extinção contratual, que se distingue das tradicionais formas de cessação contratual. A parte IV tratou do estudo do direito de arrependimento na legislação portuguesa e brasileira, assinalando, numa opinião particular, os erros e acertos dos legisladores de ambos os países, evidenciando, ainda, problemas enfrentados pela jurisprudência brasileira e a insuficiência do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Por fim, a parte V tratou de algumas novas problemáticas envolvendo o arrependimento, sem prejuízo dos demais aspectos polêmicos verificados ao longo deste estudo. Concluímos este trabalho afirmando que o direito de arrependimento, certamente, é uma das principais proteções de que dispõem os consumidores no comércio eletrônico, além de ser benéfico ao mercado porque desperta a confiança do consumidor nas contratações à distância.

Palavras-chave: direito de arrependimento; contratos; direito dos consumidores; contratações à distância; comércio eletrônico; internet.

ABSTRACT

This work aims to analyse the Cooling Off Period in contracts of consumerist matter, above that from electronic trade. We separate this work in two plans: The first one embodies the 1st and 2nd Parts, which brings basic notions to the analyses of Repentance. In view of the Cooling Off Period presents itself as a form of contractual extinction, we look into analyse the traditional forms of extinction of contracts at the Brazilian and Portuguese Right in the 1st Part. The 2nd Part approaches the principle and rules which are indispensable to comprehend the Cooling Off Period, called the *Good Faith Principle* and *Abuse of the Right*. So, in the second one, which embodies the 3th 4th and 5th Parts, we enter specifically in the Cooling Off Period, searching problematize the discussion all the time. At the 3th Part, we verify the General Regiments of the Cooling Off Period, approaching the controversy involving the Legal Nature of the Institute. For this, we demonstrate the distinct positions of the doctrine, as well as our position that the Repentance shall be considered as a new form of Contractual Extinction, which differentiate from the traditional forms of Contractual Cessation. The 4th Part treated about the study of the Cooling Off Period into the Brazilian and Portuguese Legislation, indicating with a particular opinion, the mistakes and corrects of the legislators from the both countries. We also highlight the problems faced by the Brazilian Jurisprudence and the failure of the Article 49 from the Brazilian Consumer Defense Code. Finally, the 5th Part approached some of the new problematic involving the Repentance, without prejudice of the other controversial aspects verified in this study. We concluded this work asserting that the Cooling Off Period is certainly one of the main protections that the consumers has at their disposal in the electronic trade, beyond it be beneficial to the trade because arouses the consumers' trust in the distance contracts.

Key-Words: Cooling Off Period; Contracts; Consumers' Right; Distance Contracts; Electronic Trade; Internet.

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO.....	08
1) Razões da escolha do tema.....	08
2) Delimitação do tema e plano de estudo.....	09
3) Evolução do comércio eletrônico e a fragilidade dos consumidores.....	11
PARTE I - DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS POR FATOS POSTERIORES À SUA CELEBRAÇÃO.....	16
1) DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO PORTUGUÊS.....	16
1.1 Caducidade.....	16
1.2 Denúncia.....	18
1.3 Resolução.....	22
1.3.1 Resolução por incumprimento das obrigações.....	25
1.3.2 Resolução fundada em alteração das circunstâncias.....	27
1.4 Revogação.....	29
2) DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO.....	30
2.1 Resilição.....	30
2.1.1 Resilição bilateral ou distrato.....	31
2.1.2 Resilição unilateral.....	31
a – Denúncia.....	32
b – Revogação.....	34
c – Resgate.....	34
d – Exoneração por ato unilateral.....	35
2.2 Resolução.....	35
2.3 Rescisão.....	44
PARTE II – PRINCÍPIOS SOCIAIS, BOA-FÉ, ABUSO DO DIREITO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	46
INFORMAÇÕES PRÉVIAS.....	46
1) PRINCÍPIOS SOCIAIS PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	46
2) O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....	50
2.1 Breve relato do desenvolvimento da boa-fé.....	50
2.2 Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.....	55
2.3 As funções da boa-fé objetiva.....	57
2.4 Os deveres de conduta.....	59
2.4.1 Dever de segurança.....	61
2.4.2 Dever de lealdade.....	62
2.4.3 Dever de cooperação ou solidariedade.....	63

2.4.4 Dever de informação.....	63
3) O ABUSO DO DIREITO E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO	
3.1 Breve histórico do abuso de direito.....	64
3.2 Os critérios adotados no instituto do abuso de direito.....	66
3.3 O abuso de direito no Código Civil português.....	66
3.4 O abuso de direito no Código Civil brasileiro.....	67
3.5 O abuso do direito no arrependimento.....	72
PARTE III – ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	76
1) CONCEITO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	76
2) FUNDAMENTOS DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	80
3) BREVE REFERÊNCIA A SOLUÇÕES PREVISTAS NOUTRAS ORDENS JURÍDICAS.....	86
3.1 França.....	86
3.2 Espanha.....	87
3.3 Alemanha.....	89
3.4 Paraguai.....	91
3.5 Argentina.....	92
3.6 Uruguai.....	93
4) REGIME JURÍDICO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	95
5) A EFICÁCIA DOS CONTRATOS DURANTE O PRAZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	100
6) O DEVER DE INFORMAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	107
7) O DIREITO DE ARREPENDIMENTO E A QUEBRA DO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i>.....	116
PARTE IV – DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA.....	120
1) O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.....	120
1.1 Lei de defesa dos consumidores n. 24/96, de 31 de julho.....	120
1.2 Proteção aos consumidores nos contratos à distância e ao domicílio, Decreto 143/2001, de 26 de abril.....	122
1.2.1 Contratos à distância.....	122
1.2.2 Contratos ao domicílio.....	133
1.3 Contratos de crédito, Decreto 359/91, de 21 de setembro.....	135
1.4 Contratos de crédito celebrados à distância, Decreto-Lei 95/2006, de 29 de maio.....	138

1.5 Contratos de direito real de habitação periódica, Decreto-Lei 275/93, de 05 de agosto.....	140
2) DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR PORTUGUÊS.....	144
3) DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO.....	152
3.1 Requisitos para o exercício do direito de arrependimento.....	152
3.1.1 Existência de relação de consumo.....	153
3.1.2 Contratação do produto ou serviço fora do estabelecimento comercial do fornecedor.....	159
3.2 Prazo da desistência.....	169
3.3 Dever de guarda do bem a ser devolvido.....	170
3.4 Deveres impostos ao fornecedor em decorrência do exercício do direito de arrependimento.....	171
3.5 Críticas ao artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.....	172
PARTE V – NOVAS PROBLEMÁTICAS ENVOLVENDO O DIREITO DE ARREPENDIMENTO.....	183
1) A PROBLEMÁTICA DO EXERCÍCIO DO ARREPENDIMENTO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTRATADOS À DISTÂNCIA.....	183
2) O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NOS <i>SITES</i> DE LEILÃO.....	188
CONCLUSÕES.....	205
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	209

INTRODUÇÃO

1) RAZÕES DA ESCOLHA DO TEMA

O estudo do direito de arrependimento chamou-nos a atenção desde o início do Curso de Mestrado. Ao longo de nossa vivência em Portugal, verificamos que não é incomum os consumidores portugueses arrependem-se das compras realizadas à distância. Ademais, constatamos que os portugueses são bem informados acerca da possibilidade de arrependem-se quanto a este tipo de contratação.

Tão logo iniciamos os nossos estudos na cadeira Direito Civil I - Direito Civil e Direito dos Consumidores, sob a orientação do Sr. Prof. Dr. José Oliveira Ascensão, notamos que o legislador português estatuiu o direito de arrependimento em diversos diplomas consumeristas. Apesar das críticas que fizemos ao longo do estudo, entendemos, perante um panorama geral, que o arrependimento, em Portugal, possui regulamentação suficiente para um exercício justo e regular.

Infelizmente, essa não é a realidade brasileira. Em primeiro lugar, é fácil notar que pouquíssimos consumidores brasileiros conhecem a possibilidade de se arrependem das compras realizadas fora do estabelecimento comercial do fornecedor. A razão desta ignorância possivelmente está relacionada com fato do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC) não obrigar os fornecedores a informarem expressamente os consumidores sobre esta faculdade.

Ademais, ao contrário dos textos legais portugueses, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro reservou, apenas, um artigo para o tratamento de todo o direito de arrependimento. Tal como pudemos depreender no decurso deste trabalho, o art. 49 deste diploma não se mostra suficiente para enfrentar os problemas decorrentes do comércio eletrônico. Além disso, até hoje, este

segmento não recebeu regulamentação no Brasil, tornando o exercício do arrependimento ainda mais tormentoso.

Resta ainda destacar que são raros os trabalhos doutrinários brasileiros acerca do tema. Os manuais de direito do consumidor dos principais autores brasileiros reservam poucas páginas para o tratamento do direito de arrependimento.

Apesar do pouco tratamento da doutrina brasileira, é de se ressaltar que ao lado do direito de informação, o arrependimento pode ser considerado como uma das principais proteções que dispõem os consumidores nos contratos celebrados à distância. Assim, concernentemente à contextualização enunciada, o presente estudo tem por principal objetivo fomentar a discussão deste importante instituto.

2) DELIMITAÇÃO DO TEMA E PLANO DE ESTUDO

A proposta deste trabalho foi analisar aspectos relevantes do direito de arrependimento nos contratos consumeristas. Além de versar aspectos gerais do direito de arrependimento tanto na legislação brasileira quanto na portuguesa, procuramos, a todo o momento, de forma prática, problematizar a questão.

Exluímos da discussão o chamado direito de arrependimento disposto no art. 420 do Código Civil brasileiro porque entendemos que a previsão deste dispositivo é clara hipótese de rescisão unilateral e não arrependimento. Ademais, afastamos qualquer outra suposta hipótese de direito de arrependimento nos contratos que estão fora do direito do consumidor.

Para tanto, dividimos o estudo em cinco partes. Na Parte I, fizemos uma abordagem brasileira e portuguesa sobre as formas de extinção dos contratos em razão de fatos supervenientes à sua celebração. Como se sabe, o direito

de arrependimento nada mais é do que uma forma de extinção contratual. Contudo, tal como será demonstrado, distingue-se das demais formas tradicionais de extinção contratual. Além disso, Brasil e Portugal têm algumas diferenças no tratamento da cessação contratual. A Parte I corrobora para que seja possível entender, por exemplo, numa análise comparativa, a natureza jurídica do direito de arrependimento.

A Parte II, imbuída de importância substancial, propõe analisar de forma cautelosa princípios e noções imprescindíveis ao estudo do direito de arrependimento. Visto que tanto o direito do consumidor quanto o direito de arrependimento possuem estreita relação com o princípio da boa-fé, sobretudo em seu caráter objetivo.

Além disso, na Parte II, reservamos tratamento especial ao abuso de direito. A figura deste instituto é de importância extrema, pois impõe limites às condutas dos consumidores no exercício do direito de arrependimento. Essa limitação é ainda mais essencial porque, como será visto, ao contrário de Portugal e demais países que preveem o direito de arrependimento, o Brasil não consignou, em seu texto legal, hipóteses de restrições ao exercício do direito de arrependimento.

Fixadas as noções importantes, começamos a tratar especificamente o direito de arrependimento na Parte III. Nesta, tratamos o direito de arrependimento em seus contornos gerais: princípios, fundamentos, referências a outras legislações, regime jurídico, dentre outros.

Devidamente apresentados seus contornos gerais, iniciamos, na Parte IV, o tratamento do arrependimento na legislação portuguesa e brasileira. No tocante ao direito português, daremos nossa opinião quanto aos momentos de acertos e desacertos do legislador, além de apresentar quais os critérios utilizados no Anteprojeto do Código do Consumidor português. Por sua vez, no direito brasileiro, procuramos deixar nítido que a ausência de maiores disposições

acerca do exercício do arrependimento no art. 49 do CDC, bem como ausência de lei que regule o comércio eletrônico, resulta em inúmeras dúvidas e problemáticas relacionadas ao instituto em análise.

Por fim, chegamos à Parte V, que analisa novas problemáticas oriundas do direito de arrependimento, sobretudo no comércio eletrônico. Frise-se, no entanto, que outras questões também controvertidas foram discutidas no desenvolvimento de todo o trabalho, de modo que o enfoque empregado sempre foi no sentido de trazer problemas e soluções acerca do direito de arrependimento.

Deve-se ressaltar que o comércio eletrônico possui importância fundamental no estudo do arrependimento, para tanto, antes mesmo de iniciar o trabalho em si, faz-se mister tecermos algumas palavras sobre ele.

3) EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A FRAGILIDADE DOS CONSUMIDORES

A internet¹ é considerada uma das maiores responsáveis pelas transformações sofridas no final do século XX e início do século XXI^{2,3}. Nos termos da sentença

¹ *“The Internet is a global network of interconnected computers, enabling users to share information along multiple channels. Typically, a computer that connects to the Internet can access information from a vast array of available servers and other computers by moving information from them to the computer's local memory. The same connection allows that computer to send information to servers on the network; that information is in turn accessed and potentially modified by a variety of other interconnected computers. A majority of widely accessible information on the Internet consists of inter-linked hypertext documents and other resources of the World Wide Web (WWW). Computer users typically manage sent and received information with web browsers; other software for users' interface with computer networks includes specialized programs for electronic mail, online chat, file transfer and file sharing”*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Internet>. Acesso em 13.01.2009.

No Brasil, a primeira aparição da Internet, em um texto legal, foi em 1995, na Norma 004/95 do Ministério do Estado das Comunicações, aprovada pela Portaria n.º 148, de 31 de maio. Segundo a alínea ‘a’ daquela norma, a Internet conceitua-se: *“Nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores”*.

² Jacques Labrunie faz um breve relato acerca do histórico da Internet: *“A Internet tem suas raízes num sistema criado na década de 1970, pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América. Era o chamado ARPAnet (Advanced Research Project Agency), que conectava diversos centros de pesquisa militar. Os métodos desenvolvidos pela ARPA permitiam que diferentes computadores se intercomunicassem, transmitindo diferentes*

do caso Janet Reno *versus* American Civil Liberties Union, a Corte Suprema Americana definiu a internet como uma rede internacional ou de computadores interconectados, assim, consentindo que se comuniquem dezenas de milhões de pessoas, além de permitir o acesso a uma vasta quantidade de informações de todo o mundo⁴.

Ricardo L. Lorenzetti⁵ observou algumas características juridicamente relevantes acerca da internet: (i) é uma rede aberta, posto que qualquer um pode acessá-la; (ii) é interativa, já que o usuário gera dados, navega e estabelece relações; (iii) é internacional, no sentido de que permite transcender as barreiras nacionais; (iv) permite a comunicação em “tempo real” e uma “desterritorialização” das relações jurídicas.

Por meio da rapidez nas trocas de informações na internet, surgiu o comércio eletrônico. Cláudia Lima Marques⁶ o define como uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços a partir de meio eletrônico ou via eletrônica.

*informações e documentos. Esses métodos incluíam um protocolo de funcionamento, denominado “Transmission Control Protocol/Internet Protocol”. Em fins dos anos 1980, a National Science Foundation (NSF), dos EUA, utilizando a tecnologia da ARPAnet, expandiu o funcionamento destes métodos de comunicação, criando uma verdadeira rede de computadores entre Universidades, Agências Governamentais e Institutos de Pesquisa. A partir de 1993, o desenvolvimento da tecnologia de informática, passou a permitir a comunicação entre diversos computadores, em locais diferentes, a partir de uma linha telefônica comum, em vista de equipamentos e programas de computador muito mais desenvolvidos e rápidos, que passaram a ter um custo acessível ao uso particular e individual. Cria-se, então, a tão conhecida rede internacional de comunicação, via computador, denominada Internet” (LABRUNIE, Jacques. *Conflitos entre normas de domínio e outros sinais distintivos*. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet: aspectos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 267).*

³ Segundo José Oliveira Ascensão, a abertura mundial das telecomunicações pode ser comparada com a abertura mundial dos portos, em que o Reino Unido se empenhou no século XIX. (ASCENSÃO, José Oliveira. *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*. Lisboa: Almedina, 2001. p. 84).

⁴ Conforme trecho proferido na sentença da Corte Janet Reno vs. American Civil Liberties Union. Inteiro teor da sentença disponível em: <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZO.html>. Acesso em 13.03.2009.

⁵ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24-25.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 38.

Nos últimos anos, o comércio eletrônico se tornou um dos grandes segmentos do comércio⁷. Os números são assustadores. No Brasil, este segmento movimentou bilhões de reais todos os anos⁸. O mesmo movimento é constatado no mundo inteiro. É clara a percepção que alguns ramos do comércio tradicional perderam espaços em razão do comércio eletrônico.

Contudo, toda a facilidade e o entusiasmo pelo “novo” escondem o lado obscuro e os perigos que o comércio eletrônico pode representar aos consumidores. Inúmeros são os problemas advindos das compras realizadas à distância. O espaço virtual, nem sempre, demonstra o que realmente é.

O fato é que os internautas estão a todo o momento vulneráveis no ambiente eletrônico. Basta comparar. Se não há plena segurança no comércio tradicional, imagine-se no comércio realizado sem a presença física dos contraentes. Ademais, não raras vezes, deparamo-nos com ataques de *hackers*, configuração de crimes eletrônicos (*cybercrimes*), violação ao direito de intimidade⁹, infrações contra a propriedade intelectual, dentre outros¹⁰.

⁷ Sobre o comércio eletrônico, manifestou-se Ricardo Luis Lorenzetti: *“El comercio electrónico realizado a través de diversos médios electrónicos y principalmente por internet, se presenta como un área de notable expansión, fenómeno sobre el que existe una profusa información que nos exige de mayores comentarios. El comercio electrónico tiene fuertes incentivos económicos: una reducción de costos administrativos e impositivos, el acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar durante todo el día; la superación de las barreras nacionales; el aumento de la celeridad en las transacciones”*. (LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, ciberlaw y e-commerce. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 36. outubro-dezembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais).

⁸ Segundo o site Magoweb.com, apesar da crise econômica, o comércio eletrônico no Brasil vem crescendo muito acima da média do comércio tradicional. Apenas nos dois primeiros meses de 2009, o e-commerce cresceu 25% em relação ao ano passado. Muitos empresários têm visto no mundo virtual uma oportunidade de novos negócios e de expansão de seus empreendimentos reais. As compras de bens de consumo realizadas no comércio eletrônico brasileiro somaram R\$8,2 bilhões em 2008, o que representa crescimento de 30% em relação ao ano anterior.

Disponível em: <http://www.magoweb.com/saladenoticias/?tag=comercio-eletronico>. Acesso em 13.03.2009.

⁹ Com relação à invasão da privacidade do internauta, veja-se as palavras proferidas por José Oliveira Ascensão: *“O cruzamento das informações obtidas permite como que uma radiografia da vida de qualquer cidadão. A devassa da vida privada fica praticamente completa. E com isto, a vulnerabilidade de cada um a todo o tipo de pressões ou chantagens. Com a Internet chega-se a resultados espantosos. O navegante na Internet, que pensa que realiza uma pesquisa que não deixa indícios, está afinal a deixar atrás de si algo que é como que o seu retrato. Os movimentos são gravados. Com eles consegue-se, através de programas apropriados, traçar o perfil de cada internauta. E assim, quando ele se dirige a um sítio*

No comércio eletrônico, os consumidores estão vulneráveis à publicidade agressiva dos fornecedores por meio de *spams*¹¹ e *pop-ups*¹², resultando na aquisição de produtos e serviços desnecessários. A dificuldade em tocar e o embelezamento das imagens expostas na internet é uma incitação a que os consumidores, levados por impulsos, celebrem os mais diversos contratos.

Veja-se que o comércio eletrônico, ao contrário do comércio tradicional, não data de milhares de anos. É um fenômeno recente, que possui menos de vinte anos. Assim, receamos se as leis acompanharam o crescimento deste fenômeno para prever todas as suas problemáticas. Veja-se que, no Brasil, não há até hoje qualquer lei específica que regule o comércio eletrônico. Projetos de lei ainda encontram-se esquecidos no Congresso Nacional Brasileiro.

Diante o cenário virtual, faz-se importante que o legislador e o aplicador do direito atentem-se aos novos desafios decorrentes do comércio eletrônico. Temos a certeza que o desenvolvimento deste ramo seguirá em uma crescente linha vertiginosa nos próximos anos.

comercial, por exemplo, o 'navegador' programa de busca) elaborou já com base nos pedidos anteriores a informação que lhe concerne. A resposta que lhe é dada não é uma resposta objectiva e uniforme, contra o que se supõe, mas uma resposta já adequada às preferências detectadas daquele internauta. Na realidade, o paradigma internauta/servidos está hoje posto em causa. A máquina toma o papel activo, e conduz o navegante, sem que este frequentemente se possa sequer aperceber disso" (ASCENSÃO, *Estudos...*, p. 186).

¹⁰ A edição n.º 2.113 de maio de 2009 da revista brasileira *Veja*, reservou matéria de capa para tratar dos Crimes Eletrônicos que os brasileiros estão suscetíveis. Segundo dados da matéria *"Mouse ao alto"*, no Brasil, o volume de notificações relacionadas a fraudes, furtos, vírus destruidores, invasões e tentativas de invasão de computador quadruplicaram em cinco anos. Só os programas destinados a invadir contas bancárias infectam 195 (cento e noventa e cinco) computadores por hora no país. Além disso, o Brasil figura em 4º lugar dentre os países mais contaminados por países capazes de furar informações, alterar ou destruir dados dos computadores. Em 2008, no Brasil, foram registrados 130 (cento e trinta) milhões de reais relacionados aos prejuízos advindos de crimes eletrônicos.

¹¹ O termo *spam*, abreviação em inglês de *"spiced ham"* (presunto condimentado), é uma mensagem eletrônica não-solicitada enviada em massa. Na sua forma mais popular, um *spam* consiste numa mensagem de correio eletrônico com fins publicitários. O termo *spam*, no entanto, pode ser aplicado a mensagens enviadas por outros meios e noutras situações até modestas. Geralmente, os *spams* têm caráter apelativo e, na grande maioria das vezes, são incômodos e inconvenientes. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Spam>. Acesso em 13.03.2009.

¹² A *pop-up* é uma janela extra que abre no navegador ao visitar uma página web ou acessar uma hiperligação específica. A *pop-up* é utilizada pelos criadores do sítio para abrir alguma informação extra ou como meio de propaganda. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pop-up>. Acesso em 13.03.2009.

É principalmente neste contexto de grandes novidades que procuramos tratar do direito de arrependimento, que é sem dúvida, uma das principais proteções contratuais aos consumidores no *e-commerce*.

PARTE I – DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS POR FATOS POSTERIORES À SUA CELEBRAÇÃO

1) DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO PORTUGUÊS

1.1 - Caducidade

O termo caducidade, no direito português, refere-se tanto à caducidade de direitos (previsão expressa no Código Civil português – arts. 298 e 328), quanto a um dos modos de extinção do vínculo contratual.

Ao contrário da caducidade de direitos, a caducidade como forma de extinção contratual não possui capítulo específico, mas previsão espalhada ao longo do Código Civil português (p. ex. no caso do arrendamento - arts. 1051 a 1056).

Conforme nos ensina Pedro Romano Martinez¹³, no domínio contratual, a caducidade implica a extinção do negócio jurídico sempre que as prestações devam ser realizadas num determinado prazo, fixado por lei ou convenção das partes (termo resolutivo) ou quando se esgota o objeto do contrato.

Também podemos afirmar que, em geral, há caducidade quando decorre o prazo pelo qual o contrato foi acordado. Findo esse prazo, o contrato caducou. Neste caso, a caducidade opera *ipso iure*¹⁴. Ressalte-se que a lei portuguesa prevê, excepcionalmente (v.g. arrendamento), a ocorrência da renovação automática em alguns contratos¹⁵.

¹³ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006. p. 43.

¹⁴ Ressalte-se, no entanto, que em determinadas situações, v.g. no arrendamento urbano, findo o prazo estabelecido no contrato, caso uma das partes não tenha mais interesse na continuidade do contrato, deverá comunicar a sua oposição quanto à renovação automática do contrato. Não sendo realizada a denúncia por nenhuma das partes, a lei presume que a intenção delas é a continuidade do vínculo contratual (art. 1.054 do CCP).

¹⁵ Nada obstante, entretanto, que na elaboração do contrato de arrendamento as partes consignem que não haverá a sua renovação automática. Tal previsão possui fundamento no princípio da liberdade contratual. Esta assertiva, contudo, não é aceita por Pires de Lima e Antonio Varela (*Código Civil Anotado*. 4. ed. [S.l.]: Coimbra, 1987. v. II, p. 398). Em que pese a opinião destes autores, estamos de acordo com a lição de Pedro Romano Martinez. Segundo este jurista, “*não se vislumbra qual o motivo deste limite à autonomia privada: se qualquer das*

Pedro Romano Martinez¹⁶ ainda estatui que a caducidade também ocorre quando for verificado fato ou efeito superveniente a que se atribua efeito extintivo da relação contratual (v.g. a morte de uma das partes).

Esse efeito superveniente simplesmente obsta a continuidade da relação jurídica firmada entre as partes. Caducado o contrato por efeito superveniente, as partes devem averiguar caso a caso se houve ou não culpa de uma das partes, para que possa ou não, haver direito de indenização.

Por fim, ocorrerá a caducidade quando um contrato está sujeito a termo final incerto e este vier a ocorrer. Registre-se que caso haja previsão expressa no contrato de uma *condição* resolutive, o regime estabelecido deverá ser o da resolução nos termos do art. 270 do CCP.¹⁷

Em suma, a caducidade é uma das formas de extinção do vínculo contratual no direito português e ocorrerá quando: (i) a execução do contrato esteja prevista a ser concluída em um prazo fixado na lei ou no contrato e, ultrapassado esse prazo, não for concluído seu objeto; (ii) vier a ocorrer um efeito superveniente que obsta a continuidade do vínculo contratual; (iii) quando em um contrato existir um termo incerto e este vier a ocorrer (esse termo não se confunde com a cláusula resolutive expressa¹⁸); (iv) se decorreu o prazo pelo qual o contrato foi estipulado (desde que não haja renovação automática).

partes pode denunciar o contrato no dia seguinte ao da sua celebração, porque razão não poderá, no momento do ajuste, estabelecer que o contrato se renova; esta última até corresponde a uma actuação mais consentânea com a boa-fé” (MARTINEZ, Da cessação..., p. 45).

¹⁶ Martinez, *Da cessação...*, p. 43 et seq.

¹⁷ A questão realmente é mais complexa com relação à condição resolutive. Pedro Romano Martinez afirma que a “*condição resolutive, apresenta uma forma híbrida, pois determina a extinção do vínculo por caducidade, na medida em que a dissolução decorre da verificação de um fato jurídico strictu sensu, mas, quanto aos efeitos, remete-se para o regime da resolução dos contratos. Em suma, verificada a condição resolutive o contrato caduca, mas aplicam-se os efeitos da resolução dos contratos, pelo que a diferença respeita ao modo de exercício: na condição resolutive a extinção do vínculo verifica-se em razão de um acordo desde que ocorra um facto; na resolução convencional, a extinção funda-se também num acordo e, além de um facto justificativo, pressupões ainda a declaração de uma parte, manifestando vontade de resolver o contrato” (ibidem, p. 173 et seq.).*

¹⁸ Antunes Varela nos ensina que a cláusula resolutive distingue-se da condição resolutive, porque esta arrasta consigo a imediata destruição da relação contratual, logo que o

Como podemos verificar, as situações que geram a caducidade do vínculo não dependem das atitudes das partes. Tanto podem resultar do decurso do tempo quanto da inviabilidade de execução do contrato. Ocorrendo uma das situações enunciadas acima, em princípio, o contrato simplesmente caduca *ipso facto*.

1.2 - Denúncia

Segundo o que consta no dicionário¹⁹, o verbo denunciar significa fazer ou dar denúncia de; acusar, delatar; dar a conhecer, revelar, divulgar; publicar, proclamar, anunciar, informar, comunicar, dentre outros. No direito português, a denúncia, além de ser utilizada para fins de cessação do vínculo contratual, também, é empregada no sentido de informar, tal como preconiza o art. 916 do Código Civil português²⁰.

Como forma de cessação contratual, a denúncia é precisamente uma *declaração* feita por um dos contraentes para dar notoriedade da sua intenção de extinguir o contrato outrora celebrado. Segundo Jorge Henrique Furtado²¹, a denúncia é uma manifestação de vontade, revelada por um dos contraentes perante o outro, com determinada antecedência, conforme os casos, a comunicar, afastando a prorrogação legal, que o contrato cessará com a expiração do termo respectivo.

Noutras palavras, pode-se dizer que a denúncia tem por escopo cessar as relações contratuais cujas prestações se protelam no tempo. A doutrina

fato futuro e incerto se verifica. Ao passo que a cláusula resolutiva, uma vez verificado o fato, apenas concede ao beneficiário o poder de resolver o contrato (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. [S.l.]: Almedina, 1997. v. II. p. 278).

¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 537.

²⁰ No direito civil brasileiro, o termo denúncia também tem por escopo fazer cessar os efeitos de um contrato por meio de resilição unilateral (art. 473 do CCB). A denúncia, portanto, também é considerada uma forma de levar conhecimento da outra parte a intenção de extinguir determinado contrato. Outrossim, o termo denúncia é comumente empregado na Lei brasileira n.º 8.245/91 (mais conhecida como “Lei do Inquilinato”), quando a parte que pretende extinguir os efeitos da locação de um imóvel deverá o fazer por meio da denúncia à parte contrária.

²¹ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Manual do arrendamento urbano*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 891.

distingue três casos em que a denúncia pode ser exercida: (i) para impedir a vigência das relações contratuais estabelecidas por tempo indeterminado; (ii) para obstar a renovação automática do acordo; (iii) como forma de “desistência” no cumprimento das obrigações de determinados contratos.

Na primeira delas, ou seja, como forma de cessar as relações estabelecidas por tempo indeterminado, a denúncia tem por objetivo simplesmente cessar o vínculo contratual mediante declaração por um dos contraentes à parte contrária. Nesta declaração, aquele que se encontra vinculado a um contrato por prazo indeterminado apenas informa a ausência de interesse na continuidade do contrato.

A segunda modalidade tem por objetivo fazer oposição à renovação automática de certos contratos. Como já mencionado, o art. 1.054 do CCP prevê a renovação automática do contrato de arrendamento caso “*nenhuma das partes se tiver oposto à renovação no tempo e forma convencionados ou designados na lei*”. Assim, no contrato de arrendamento, a denúncia visa a informar a parte contrária que não pretende que o contrato seja renovado de forma automática.

Por fim, a terceira modalidade batizada, pela doutrina, como forma de “desistência” no cumprimento das obrigações de determinados contratos é admitida em algumas hipóteses previstas na lei ou no contrato, em que uma das partes possa se desvincular do contrato.

Essa liberdade de desvinculação corresponde a uma hipótese atípica da denúncia, bem como uma quebra ao princípio do *pacta sunt servanda*. A possibilidade de denúncia como forma de desistência do contrato tem embasamento legal no art. 406 do Código Civil português (CCP)²². Exemplo

²² “Art. 406: O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”.

dessa forma de desistência é a determinação disposta no art. 1.229 desse mesmo diploma legal²³.

Assim, nos termos deste dispositivo, a legislação portuguesa autoriza o dono da obra a *desistir* da empreitada a qualquer momento, desde que pague indenização ao empreiteiro²⁴. Essa denúncia não carece de qualquer fundamento ou aviso prévio e tem eficácia *ex nunc*. Ainda que não seja necessária qualquer justificativa, os motivos para que o dono da obra requeira a denúncia do contrato podem ser os mais variados. Sendo possível, por exemplo, que o dono da obra não tenha mais interesse na sua execução porque foi promovido no trabalho e tem que se mudar às pressas, além disso, o dono da obra pode requerer a desistência desta para que seja concluída por outro empreiteiro. Enfim, são inúmeros os motivos para que o dono da obra pretenda fazer cessar o vínculo contratual. Apesar de não carecer de qualquer motivação para por termo ao contrato, faz-se necessária a indenização ao empreiteiro, nos termos do art. 1.229 do CCP.

Salvo algumas exceções²⁵, a denúncia não requer determinada motivação e seu exercício é discricionário (*ad libitum*). Assenta-se em um direito potestativo que assiste a quaisquer dos contraentes. Isso porque não se admite que, por via contratual, as partes fiquem vinculadas indefinidamente contra a sua

²³ “Art. 1229: O dono da obra pode desistir da empreitada a todo o tempo, ainda que tenha sido iniciada a sua execução, contanto que indenize o empreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra”.

²⁴ A legislação brasileira possui previsão legal análoga com a portuguesa: “Art. 623 do CCB: Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra”. Frisamos, no entanto, que apesar de ser hipótese de rescisão unilateral, a letra da lei brasileira utiliza o termo *suspensão*. Diante o emprego incorreto do vocábulo, manifestou-se Jones Figueiredo Alves (ALVES, Jones Figueiredo; FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 570): “O seu sentido dúbio merece correção. *Suspensão* é um adiamento da execução, ou execução protraída no tempo, diferindo o término da obra, por retardo ditado na iniciativa do comitente. Na evidência de que a norma institui uma indenização calculada em função da obra concluída, isto quer significar, obviamente, a rescisão unilateral do contrato, e não, a rigor, a mera suspensão do prazo contratual ou da execução em si mesma”. Referida incorreção foi acatada pelo Deputado Ricardo Fiúza e resultou na inclusão ao Projeto de Lei n.º 6.960/2002, que pretende alteração de diversos dispositivos do Código Civil e, dentre eles, o art. 623.

²⁵ No contrato de trabalho, por exemplo, a denúncia é condicionada (motivada).

vontade. Assim, se um negócio se protela sem limite temporal, quaisquer das partes pode fazê-lo cessar recorrendo à denúncia.

A denúncia funciona como um aviso prévio. Deve ser exercida com a antecedência determinada na lei (v.g. art. 1.055 do Código Civil português, alíneas 'a' a 'd') ou na estipulação feita entre as partes. Caso nem a lei nem o contrato estabeleçam prazo para o exercício da denúncia, o contraente deverá realizá-la com antecedência razoável, valendo-se do princípio da boa-fé conferida no art. 762, n.º 2, do CCP. Essa antecedência serve para que a parte destinatária da declaração possa se precaver quanto ao fato do contrato se extinguir em breve.

Na falta de prazo estabelecido na lei ou no contrato, Pedro Romano Martinez²⁶ sugere uma interessante solução. A antecedência razoável pode ser calculada por analogia (dependendo da situação) com os períodos constantes no regime da locação (art. 1.055, n.º 1, do CCP) e da agência (art. 28, n.º 1, do Decreto-Lei n.º178/86).

A legislação portuguesa, via de regra, não estabelece uma forma específica para o exercício da denúncia (art. 219 do CCP). Assim, vale uma simples comunicação informal em que o contraente deixe claro que pretende por termo ao contrato. Com algumas exceções²⁷, a regra geral é que essa comunicação não requer forma escrita. Contudo, por ser melhor medida de direito, recomenda-se que a parte interessada faça a denúncia por escrito como forma de produzir prova para eventual necessidade futura.

Denunciado o contrato, este será mantido nos termos normais durante o período de aviso prévio, ou seja, as partes continuam vinculadas a cumprir suas obrigações nos mesmos moldes até a data combinada. Poder-se-ia dizer,

²⁶ MARTINEZ, *Da cessação...*, p. 117.

²⁷ É o caso do art. 18, número 1, alínea a) e b) do regime do arrendamento urbano rural (Decreto-Lei n.º 355/08), do qual requer seja a denúncia realizada de forma judicial

inclusive, que durante este período o contrato denunciado equipara-se a um contrato com termo certo.

Por fim, ressalte-se que a desistência contratual realizada por meio da denúncia aproxima-se muito da natureza jurídica do direito de arrependimento, mas deste se distingue primeiro porque a denúncia pode ser procedida apenas nos contratos cuja execução se protela no tempo; em segundo lugar, porque não possui efeito retroativo; e, por fim, porque admite o pagamento de indenização à parte contrária.

1.3 - Resolução

Dentre as formas de extinção do vínculo contratual, a resolução (regime geral) é a única que possui previsão em capítulo apartado no Código Civil português (arts. 432 a 436).

Mário Júlio de Almeida Costa²⁸ define a resolução como ato de um dos contraentes dirigido à dissolução do vínculo contratual, em plena vigência deste, e que tende a colocar as partes na situação que teriam caso o contrato não se houvesse celebrado.

O art. 432 do Código Civil português admite a resolução contratual quando fundada na lei²⁹ ou em convenção. A resolução realiza-se por meio de declaração unilateral de uma das partes. Essa declaração tem como destinatário o outro contraente e se torna eficaz depois de chegar ao poder ou por este ser conhecido nos termos do art. 224, n.º 1, do CCP. Destarte, por via de regra, no direito português, a resolução não é decretada judicialmente, bastando a mera declaração de uma das partes.

²⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 319.

²⁹ É o caso, por exemplo, do quanto estabelecido nos arts. 801, n.2, 802, 808 e 437)

Todavia, em determinadas situações ou caso uma das partes negue ao outro o direito de resolução, esta deve ser realizada judicialmente. Caso seja decretada de forma judicial, o momento da resolução se dá quando o interessado comunicou a resolução do contrato à parte contrária (art. 436 do CCP)³⁰.

A doutrina distingue a resolução em duas modalidades: *legal* e *convencional*. A resolução legal relaciona-se, comumente, com o incumprimento de prestações contratuais, subdividindo-se esta em *resolução legal fundamentada*, ou seja, quando requer motivação para extinção do contrato (regra geral) e *resolução legal imotivada*, quando desnecessária qualquer motivação para cessação contratual (exceção).

A resolução ainda pode ser *direta*, quando a dissolução do vínculo é uma consequência imediata de uma declaração de vontade, *v.g.* quando um dos contraentes põe termo final ao contrato em razão do incumprimento da parte contrária; e *indireta* quando implicar a dissolução de outro vínculo como consequência do fato extintivo. Essa hipótese se aplica em contratos que são coligados, ou seja, a resolução de um contrato pode ter como resultado a extinção de outro vínculo. Exemplo disso é o art. 12 do Decreto-Lei n.º 359/91, o qual aduz que a validade do contrato de compra e venda de bens fica condicionada à validade do contrato de crédito.

No tocante à forma da resolução, destaca-se a forma *expressa* e *tácita*. Sem grandes surpresas, a forma expressa é aquela em que a parte interessada na resolução declara expressamente sua pretensão em dissolver o vínculo. Essa declaração pode ser por uma declaração escrita ou simples comunicação verbal. A forma tácita se dá quando o contraente demonstra por seus atos que claramente pretende extinguir o contrato.

³⁰ Esse é o entendimento de Pires de Lima e Antunes Varela (LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil...*, p. 412). Em sentido contrário, é o entendimento de Pedro Romano Martinez que entende que neste caso, o negócio jurídico só cessa a partir da data em que a decisão transitou em julgado (MARTINEZ, *Da cessação...*, p. 186).

São três os modos de cessação contratual por resolução: (i) em decorrência da declaração de vontade; (ii) quando decretada judicialmente³¹; (iii) por efeito da lei. A resolução contratual por declaração de vontades pode ser judicial (exceção) ou extrajudicial. Por seu turno, a resolução fundada na lei extingue o vínculo contratual de forma automática, assim é o caso do quanto estabelecido no art. 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 142/2002³².

Com relação aos efeitos da resolução, o art. 433 do CCP afirma que, na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico. A anulabilidade efetivamente possui a mesma finalidade quanto à eliminação retroativa dos efeitos do negócio jurídico. Contudo, diverge em quatro pontos: (i) quanto à legitimidade; (ii) aos limites para o exercício do direito; (iii) aos efeitos com relação a terceiros; (iv) e em relação aos contratos de execução continuada ou periódica.

Nos termos do art. 434 do CCP, a resolução tem efeito retroativo, salvo se a retroatividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução. A resolução, por consequência, faz com que as partes fiquem na posição como se nunca tivessem celebrado o contrato, ou seja, *status quo ante*. Esse efeito retroativo, todavia, não prejudica o direito adquirido por terceiros (art. 435, n.º 1, do CCP).

Nessa esteira, o art. 432 do CCP autoriza a resolução contratual desde que a parte interessada esteja em “condições de restituir o que houver recebido”. A resolução, portanto, obriga as partes a devolverem o que receberam.

³¹ No contrato de locação, por exemplo, a lei exige que a resolução seja decretada de forma judicial (arts. 1.047 e 1.084, n.º 2, do CCP). Na mesma esteira, o regime laboral também exige a intervenção judicial.

³² “Artigo 8.º, n.º 1 - Na falta de pagamento do prémio ou fracção na data indicada no aviso referido no artigo anterior, o tomador de seguro constitui-se em mora e, decorridos que sejam 30 dias após aquela data, **o contrato é automaticamente resolvido**, sem possibilidade de ser repostos em vigor”. (grifo nosso).

Acompanhamos a lição de Romano Martinez³³, o qual afirma que o contrato pode ser resolvido ainda que a restituição não seja possível porque houve deterioração do bem ou uso anormal da coisa, desde que a parte interessada compense a contraparte do respectivo prejuízo.

Apresentado o quadro introdutório e geral das formas de resolução, passa-se a adentrar na resolução pelo não-cumprimento das obrigações e pela alteração das circunstâncias.

1.3.1 – Resolução por incumprimento das obrigações

Segundo Antunes Varela³⁴, o cumprimento da obrigação é a realização voluntária da prestação devida. É a atuação da relação obrigacional no que respeita ao dever de prestar.

Além do dever de cumprir a obrigação à qual estão incumbidas nos termos acordados e nos prazos fixados³⁵, as partes devem, ainda, conduzir seus atos valendo-se do princípio da boa-fé disposto no art. 762, n.º 2, do CCP.

Quando o devedor não cumprir a sua obrigação ou realizá-la de forma parcial, estar-se-á perante uma situação de não-cumprimento do dever obrigacional e cumprimento defeituoso, respectivamente.

O incumprimento da obrigação é definido por Antunes Varela³⁶ como a não realização da prestação devida, sem que, entretanto, tenha-se verificado quaisquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional. O incumprimento é considerado definitivo sempre que a prestação não tenha sido realizada e já não possa mais ser. Já o cumprimento defeituoso, segundo

³³ MARTINEZ, *Da cessação...*, p. 126.

³⁴ VARELA, *Das obrigações...*, v. II. p. 7.

³⁵ O Código Civil português aduz no art. 406, n.º 1, que o contrato deve ser “pontualmente cumprido”, admitindo-se a modificação das datas aprezadas desde que as partes assim acordem ou haja previsão expressa da lei.

³⁶ VARELA, *Das obrigações...*, v. II. p. 62.

Pedro Romano Martinez³⁷, corresponde a uma desconformidade entre a prestação devida e a que foi realizada.

Em ambas hipóteses, ou seja, não-cumprimento ou cumprimento defeituoso, o credor poderá requerer a resolução do contrato. Frise-se, no entanto, que o credor não poderá resolver o negócio se o não-cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância (art. 802, n.º 2 do CCP).

Ocorrendo o não-cumprimento definitivo da obrigação por culpa do devedor, o credor, independente do direito à indenização, poderá optar pela resolução do contrato ou exigir o cumprimento do quanto ainda for possível realizar (art. 801, n.º 2).

Caso o devedor não tenha cumprido a sua obrigação na data aprezada, ou seja, ferindo o princípio da pontualidade, este incorrerá em mora nos termos do art. 804, n.º 2 do CCP, devendo responder por perdas e danos consoante o art. 804, n.º 1 do CCP.

A mora tem o seu início com o vencimento da obrigação não-cumprida, podendo advir da interpelação feita pelo credor, ou de forma automática nos casos determinados na lei (v.g. art. 805 n.º 2 do CCP). Enquanto houver mora, não ocorrerá incumprimento definitivo total da obrigação. O incumprimento da obrigação apenas ocorrerá quando transcorrido o prazo admonitório sem que o devedor purgue a mora, ou caso o credor perca o interesse na prestação da obrigação (art. 808, n.º 1, do CCP).

Já no caso de cumprimento defeituoso, o credor poderá exigir que o cumprimento inexato seja retificado (art. 817 do CCP). Não sendo o defeito eliminado, o credor também pode exigir que a prestação seja substituída ou, ainda, seja o contrato resolvido, vez que já não há mais o interesse na realização daquela prestação.

³⁷ MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso*: em especial na compra e venda e na empreitada. [S.l.]: Almedina, 1994. p. 143.

Pode ainda ocorrer o não-cumprimento da obrigação por razões não imputáveis ao devedor, ou seja, quando este não teve culpa com a não-realização da prestação. Nesses casos, a obrigação será extinta nos termos do art. 790, n.º 1, do Código Civil português.

1.3.2 - Resolução fundada em alteração das circunstâncias

A resolução contratual ou a possibilidade de revisão do contrato por alteração das circunstâncias encontra previsão legal no art. 437 do CCP³⁸. Conforme nos ensina Pedro Romano Martinez³⁹, esse dispositivo legal estabelece um confronto entre a estabilidade e a segurança jurídica, por um lado; a justiça comutativa, por outro; e, ainda, noutra plano, dir-se-á que existe uma contraposição entre a autonomia das partes e a boa-fé.

Veja-se que a alteração das circunstâncias do contrato⁴⁰ admite a resolução do contrato ou sua modificação segundo juízos de equidade. Diante disso, o art. 437, n.º 2, do CCP determina que, caso seja requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido requerendo sejam as condições do contrato modificadas.

³⁸ “Art. 437: 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.”

³⁹ MARTINEZ, Da Cessação..., p. 157.

⁴⁰ Como bem manifestado por Daniel Ustarróz, “[...] o legislador português utilizou a expressão “anormal” ao invés de “imprevisível” como no direito italiano. Essa mudança, em parte, supera o grave problema suscitado na Itália em razão do vocábulo prevedibile. Lá, os magistrados enfrentam grandes dificuldades para precisar quais eventos que poderiam ser tidos como imprevisíveis. Primeiro, recorreu-se à fórmula do uomo diligente, assentando-se a regra de que imprevisíveis seriam os fatos que o bom pai de família não pudesse imaginar ao tempo da contratação. Entretanto, logo se viu que a fórmula era por demais imprecisa, afinal, a mente humana é capaz de imaginar os mais extraordinários eventos. Eventos estes graves e que podem afetar a reciprocidade da relação contratual, como a guerra e as epidemias” (USTÁRROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo código civil. *Revista Jurídica*, n. 304 (fev/2003 p. 32 et seq.)

Analisando esse dispositivo, Pires de Lima e Antunes Varela⁴¹ afirmam que nessas situações deverá o tribunal, atendendo à boa-fé, a base do contrato do negócio e ao circunstancialismo do caso, verificar se deverá ser resolvido o contrato ou proceder à modificação equitativa do negócio.

Contudo, caso o tribunal entenda pela resolução do contrato, deverá analisar se estão presentes todos os seus requisitos⁴². São eles: (i) alteração *anormal* das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar; (ii) que a exigência da obrigação à parte lesada afete gravemente os princípios da boa-fé contratual e não esteja coberta pelos riscos do negócio; (iii) que o contrato não seja de execução imediata, isto é, alguma das prestações seja realizada no futuro.⁴³

O Código Civil português determina que a parte lesada apenas poderá invocar a resolução do contrato se não estiver em mora, no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou (art. 438).

Por fim, vale ressaltar que para garantir o princípio da manutenção dos contratos melhor que o juiz encontre uma forma de conservar o contrato com a redução da prestação para dar equilíbrio às partes. A resolução do contrato apenas deve ser admitida nas situações em que a manutenção do mesmo trará sérios prejuízos a uma das partes em detrimento da outra.

⁴¹ LIMA; VARELA, *Código Civil...*, v. I. p. 413.

⁴² Segundo Inocêncio Galvão Telles, “[...] circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar são as circunstâncias que determinaram as partes de contratar, de tal modo que, se fossem outras, não teriam contratado, ou tê-lo-iam feito, ou pretendido fazer, em termos diferentes. Ou não passou sequer pela cabeça dos interessados que o status quo se modificaria; ou admitiriam que tal ocorresse, mas em medida irrelevante. [...] A alteração deve ser significativa, que deve assumir apreciável vulto ou proporções extraordinárias, põe-no em relevo a lei ao falar de alteração anormal” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. [S.l.]: Coimbra, 2002. p. 343-344).

Mário Júlio de Almeida Costa aduz outros requisitos para que as alterações das circunstâncias conduzam à resolução do contrato ou à modificação do respectivo conteúdo (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 336 et seq.).

⁴³ LIMA; VARELA, *Código Civil...*, p. 413 et seq.

1.4 - Revogação

A revogação consiste na destruição voluntária da relação contratual mediante uma declaração dos contraentes oposta à primitiva que lhe deu vida⁴⁴. Exprime, em regra, um poder discricionário do qual as partes não necessitam justificar o fundamento para que o contrato seja extinto.

No direito português, é chamado *distrato* quando realizado de forma bilateral pelos contraentes. Baseia-se num acordo celebrado entre as partes para por fim ao contrato que as vincula. Pode-se dizer que o *distrato* é a forma mais corriqueira de extinção do vínculo contratual.

A revogação pode ser unilateral nos casos em que for permitida pela lei ou pelo contrato. Exemplo disso é o disposto no art. 448, n.º 1 do CCP, ou seja, contrato a favor de terceiro. Neste caso, a promessa pode ser revogada enquanto um terceiro não manifestar a sua adesão, ou enquanto o promissário for vivo, quando se trate de promessa que haja de ser cumprida depois da morte deste.

Quanto aos seus efeitos, a revogação não retroage, ou seja, produz efeito *ex nunc*. Outrossim, fora raras exceções⁴⁵, não há forma prescrita em lei para que a revogação seja realizada.

No entanto, deve-se atentar que pelo princípio da liberdade negocial, previsto no art. 405 do CCP, as partes têm a faculdade de fixar livremente a forma como será extinto o contrato. Assim, a revogação pode produzir seus efeitos imediatamente após a sua celebração ou em momento ulterior. Os contraentes também podem estipular que a cessação do vínculo pode determinar a constituição de outro contrato. Castro Mendes⁴⁶ traz um exemplo elucidativo:

⁴⁴ COSTA, *Direito...*, p. 321.

⁴⁵ A revogação da doação por ingratidão deverá ser realizada por meio de ação judicial conforme determina o art. 976, n.º 1, do CCP.

⁴⁶ MENDES, Castro apud MARTINEZ, *Da cessação...*, p. 113.

extingue-se um contrato de comodato e, em seu lugar, as partes, no próprio acordo de revogação, ajustam um depósito, em que o comodatário passa a depositário.

Segundo Antunes Varela⁴⁷, a revogação distingue-se da resolução porque esta se projeta para o futuro e, por seu turno, a revogação refere-se a declarações de vontade integradoras de negócios ainda não consumados (caso do testamento, que, antes da morte do autor, é um negócio em *gérmen*; caso da doação ainda não aceita - art. 969, n.º 1 do CCP, que é um negócio em formação) ou de ela ressaltar, nos outros casos, os efeitos negociais (do pretérito) já consumados (caso da revogação unilateral da doação, que só produz efeitos, independentemente da boa ou má-fé do donatário, a partir da proposição da respectiva ação: art. 978 do CCP).

2) DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 – Resilição

Etimologicamente, do latim *resilire*, a resilição significa: “voltar atrás”⁴⁸. Segundo Maria Helena Diniz⁴⁹, a resilição é o modo de extinção contratual por vontade de um ou dos dois contratantes, em virtude de razões que variam ao sabor de seus interesses, podendo ser, portanto, unilateral ou bilateral. Tanto a resilição unilateral quanto a bilateral operam de forma *ex nunc*, produzindo efeitos apenas para o futuro. Vejamos de forma individualizada cada uma destas formas.

⁴⁷ VARELA, *Das obrigações...*, v. II. p. 279.

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 221.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III p. 155.

2.1.1 – Resilição bilateral ou distrato

Como nos ensina Carlos Alberto Bittar⁵⁰, o distrato é o acordo por meio do qual as partes põem fim à relação contratual, denominando-se, pois, *contratus contrarius*. É contrato feito para extinguir outro, de qualquer classificação. Serve para desatar o vínculo contratual, sem qualquer indenização, senão nos termos convencionados pelos próprios distratantes.

No caso do distrato, a lei autoriza que as partes fiquem livres para extinguirem o contrato da melhor forma que lhes convier. Contudo, nos contratos cuja forma é prescrita em lei, o art. 472 do Código Civil brasileiro (CCB) determina que o distrato deve ser realizado pela mesma forma que o contrato a ser extinto foi celebrado. Ou seja, se a lei exige a escritura pública para a validade deste, as partes não podem distratá-lo por instrumento particular. Do contrário, nada obsta que num contrato de locação (do qual a lei não exige forma expressa), firmado por escrito, seja distratado de forma verbal.

2.1.2 – Resilição unilateral

Em consonância com José Fernando Simão⁵¹, a resilição unilateral é a faculdade concedida por lei, em determinados casos, de a vontade de apenas uma das partes por fim ao contrato. Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵², a resilição unilateral é o gênero do qual são espécies a denúncia, a revogação e a renúncia. Vejamos as espécies de resilição unilateral criadas pela doutrina:

⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 163.

⁵¹ SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos* (Série leituras jurídicas: provas e concursos). São Paulo: Atlas, 2005. p. 74.

⁵² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 442.

a) Denúncia

Com a maestria de sempre, Pontes de Miranda⁵³ afirma:

“Nas relações jurídicas duradouras, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Porque relação jurídica duradoura a que não se pudesse por termo seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens. Não bastaria subordiná-la a eventual resolução por inadimplemento ou ao distrato. Daí a figura da denúncia, com que se des-nuncia, pois resulta de haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo, que é o de denunciar”.

A denúncia, portanto, objetiva por fim às relações que se perduraram no tempo, tal como a denúncia estudada, anteriormente, no direito português. Como o direito não admite que as partes fiquem vinculadas eternamente, a denúncia tem por escopo cessar os efeitos do contrato.

A denúncia realiza-se nos contratos de tempo indeterminado; de execução continuada ou periódica; contratos benéficos e de prestação de serviços não esporádicos, ou eventuais⁵⁴.

Como regra geral, a denúncia é imotivada (vazia), ou seja, o contraente sem qualquer justificação põe fim ao contrato mediante notificação à parte contrária. É o caso da denúncia vazia no contrato de locação, por prazo indeterminado (Lei do Inquilinato 8.245/91 – art. 6º). A exceção é a denúncia motivada (ou cheia), v.g. na dispensa por justa causa do empregado.

Apesar da denúncia advir, em regra, de um direito discricionário, determinou o parágrafo único do art. 473 do CCB que, caso uma das partes tenha feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só

⁵³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. §3.081, v. 38. p. 294.

⁵⁴ BITTAR, *Direito dos contratos...*, p. 162.

produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Para José Fernando Simão⁵⁵, este dispositivo decorre diretamente da função social do contrato. O contrato deve ser bom e justo para ambos os contratantes. Se for bom para um e significar a ruína do outro, ferida estará a função social do contrato. Assim, ainda que as partes estipulem um prazo para a vigência do contrato e que, após tal prazo, o contrato possa ser resilido por quaisquer das partes mediante denúncia, a denúncia pode ter seus efeitos suspensos. Assim, continuará o contrato a produzir seus efeitos por prazo compatível com os efeitos realizados.

Essa hipótese se aplicaria no caso, por exemplo, da empresa “A” que firma contrato com o Estado de São Paulo para distribuição de merendas a presidiários de determinada casa de detenção. Prevê o contrato prazo de 2 (dois) com a possibilidade de denúncia, com aviso prévio de 30 (trinta) dias. Nestes termos, para poder distribuir as inúmeras merendas, a empresa “A” realiza uma série de investimentos, tais como a construção de uma cozinha industrial, contratação de mão-de-obra especializada, dentre outras medidas. Ultrapassado apenas seis meses de contrato, em razão de cláusula que autoriza a rescisão unilateral, sem qualquer motivação, o Estado de São Paulo decide extinguir o contrato por meio da denúncia imotivada. Como forma de garantir seus direitos, a empresa “A” poderá requerer a suspensão dos efeitos da rescisão até que transcorra um prazo compatível com o vulto dos investimentos que realizou.

⁵⁵ SIMÃO, *Direito Civil...*, p. 74.

b) Revogação

Conforme Flávio Tartuce⁵⁶, a revogação é uma espécie de rescisão cabível quando há quebra de *confiança* naqueles pactos em que esta se faz presente como fator predominante, tais como a doação e o mandato.

A revogação faz cessar a manifestação de vontade de um dos contraentes. O que se retira é a *vox*, de modo que se volte ao *status quo*⁵⁷. Segundo Araken de Assis⁵⁸, ao revogar, alguém se desdiz e emite uma vontade oposta à primitiva.

Exemplo da revogação é encontrado no contrato de doação. Como rege o Código Civil brasileiro (arts. 555 a 564), o doador poderá revogar a doação que realizou quando o donatário: (i) atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; (ii) cometeu contra o donatário ofensa física; (iii) injuriou gravemente ou o caluniou; (iv) se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

A revogação também pode ser livremente exercida no caso do mandato, como prevê o art. 682, inciso I, do CCB. A extinção do contrato de recompensa (art. 865 do CCB) e o testamento (art. 1.969 do CCB) também se fazem pela revogação.

c) Resgate

O resgate, afirma Maria Helena Diniz⁵⁹, significa ato de libertar alguma coisa de uma obrigação, ônus ou encargo a que estava vinculada, ou de cumprir

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. (Série Concursos Públicos). São Paulo: Método, [s.d.]. v. III. p. 215. Nesse mesmo sentido, veja-se WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 198.

⁵⁷ MIRANDA, *Tratado...*, v. 38, §3.075, p. 269 et seq.

⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2004. p. 90.

⁵⁹ DINIZ, *Curso...*, v. III. p. 161.

uma obrigação de caráter pessoal. Essa forma de resilição unilateral era tratada para o caso da enfiteuse prevista no Código Civil de 1916, ora já revogado. Com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, ficou proibida a constituição de novas enfiteuses (art. 2.038), tornando praticamente extinto o termo “resgate” entre as formas de resilição unilateral⁶⁰.

d) Exoneração por ato unilateral

Flávio Tartuce⁶¹ fez excelente lembrança sobre uma nova forma de resilição unilateral trazida pelo CCB. A exoneração unilateral é cabível por parte do fiador, na fiança, por prazo indeterminado. Prevista no art. 835 do CCB, terá eficácia plena depois de 60 (sessenta) dias de notificação do credor e do devedor, efetivada pelo fiador. Pelo teor desse dispositivo, a exoneração unilateral não se aplica ao contrato de fiança por prazo determinado. Essa forma de proteção do fiador decorre do princípio da função social do contrato, disposto no art. 421 do Código Civil Brasileiro.

2.2– Resolução

Segundo De Plácido e Silva⁶², a resolução tem a função de destruir ou desfazer os efeitos do contrato ou ato jurídico. Pode decorrer da lei⁶³ ou ser convencionada expressamente no contrato. Se estabelecida no contrato, estamos diante da figura da *cláusula resolutiva expressa* ou *pacto comissório*⁶⁴.

⁶⁰ No direito português, o termo resgate é utilizado com forma de resgate antecipado de títulos, (em particular títulos da dívida pública, certificados de aforro ou obrigações do tesouro). Também é aplicado com frequência no direito administrativo, no sentido de fazer cessar uma concessão, identificável com o uma denúncia justificada por conveniência de interesse público. Cf. MARTINEZ, *Da cessação...*, p. 89.

⁶¹ TARTUCE, *Teoria Geral...*, p. 215.

⁶² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 5. p. 1.366.

⁶³ Dentre as formas legais de resolução, podemos citar, por exemplo, aquelas decorrentes de onerosidade excessiva ou inadimplemento.

⁶⁴ Segundo Sílvio de Salvo Venosa, o pacto comissório pode ser conceituado como “a *cláusula pela qual se estipula que qualquer das partes opte pela resolução do contrato, se o outro contratante não cumpre a obrigação que lhe compete*” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito*

A distinção entre resolução legal e o pacto comissório é importante porque diz respeito à necessidade (ou não) de provocação judicial para a decretação da resolução. Dispõe o art. 474 do Código Civil brasileiro: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

Havendo cláusula resolutiva expressa, a resolução opera *ipso iure*⁶⁵. Por seu turno, não havendo o pacto comissório, a resolução dependerá da interpelação judicial⁶⁶. Em ambas, os efeitos serão operados de forma *ex tunc*.

Quanto às hipóteses previstas na lei para a decretação da resolução, elencamos, em primeiro lugar, àquelas decorrentes de *força maior* ou *caso fortuito*. Assim, em determinadas situações, pode ocorrer que uma das partes (ou ambas) não possa cumprir a sua obrigação entabulada no contrato. Neste caso, o contrato é resolvido de pleno direito, independentemente de qualquer formalidade. Na obrigação de dar coisa certa, por exemplo, caso a coisa se perca, sem culpa do devedor, a obrigação se resolve para ambas as partes (art. 234 do CCB).

Outra hipótese consagrada na lei que autoriza a resolução do contrato advém da *mora* incorrida por uma das partes. A mora é caracterizada quando uma das partes não cumpre a sua obrigação na data aprezada, de acordo com o determinado nos arts. 394 e 397 do CCB. A mora é, por natureza, transitória.

civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 518).

⁶⁵ Sobre a desnecessidade da interferência judicial na declaração da resolução, manifestou-se Daniel Ustárroz: “[...] ao se firmarem o pacto, as partes apontam de antemão nos quais o contrato é resolvido, descabe ao Judiciário outra conduta que não a de cancelar suas vontades. Dentro desse contexto, qualquer alteração do conteúdo do contrato deve se dar mediante o reconhecimento das figuras que permitem a anulação do negócio jurídico e jamais pela mera vontade do julgador e sua ideia particular de justiça. Quer dizer isto que, caso o contrato tenha sido celebrado longe de vícios, não cabe a terceiros analisar a gravidade ou não da conduta prescrita na cláusula resolutiva, pois a mesma fora elaborada pelos próprios interessados” (USTÁRROZ, *A resolução...*, p. 36).

⁶⁶ Quanto à necessidade ou não da interpelação judicial para a decretação da resolução, verificamos uma distinção nas legislações europeias. A primeira, a exemplo do Direito Alemão, aduz que em caso de inadimplemento absoluto, uma simples manifestação da parte lesada poderá resolver o contrato, sem qualquer necessidade de sentença judicial. A segunda é adotada pela França. O Código Civil francês (art. 1.184) determina que a resolução poderá ser requerida apenas via judicial (“Art. 1.184. *La résolution doit être demandée en justice*). Por seu turno, como se verifica da leitura do art. 474 do CCB, o Brasil adotou uma teoria mista, ou seja, a resolução poderá ou não ser decretada judicialmente, dependendo se há ou não o pacto comissório expresso.

Isso porque ou é purgada de prontidão ou se transforma em inadimplemento, dando azo para que o credor requeira a resolução contratual. Assim, não havendo a purgação da mora pelo devedor, poderá optar o credor em resolver o contrato, ou requerer o seu cumprimento forçado cabendo, em todos os casos, a devida indenização.

A regra geral, no entanto, é que a resolução ocorra quando uma das partes houver dado causa ao *inadimplemento* de suas obrigações. É o que determina o art. 475 do Código Civil brasileiro⁶⁷.

A resolução também pode ocorrer nos casos de *inadimplemento antecipado*, ou seja, nas situações antes do vencimento da prestação, do qual o devedor poderá deixar claro que não irá adimplir a sua obrigação. Exemplo disso se dá no caso da obrigação de entrega de uma construção (coisa certa). Estipulado o prazo de dois anos para entrega do edifício, restando três meses para o cumprimento da obrigação, o empreiteiro sequer iniciou as fundações no terreno. Nesse caso, a doutrina brasileira admite a possibilidade de resolução do contrato de forma antecipada, ainda que não tenha ocorrido o prazo final para que aquela obrigação fosse cumprida⁶⁸.

⁶⁷ “Art. 475: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

O Código Civil de 1916, neste ponto em especial, continha imprecisões em sua redação, tratando em diversos momentos a rescisão como sinônimo de resolução. Dispunha o art. 1.092 do revogado Código Civil: “Art. 1092. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir **a rescisão** do contrato com perdas e danos” (grifo nosso). Essa imprecisão foi caracterizada por Pontes de Miranda como “erro crasso” do legislador (MIRANDA, *Tratado...* v. 38. § 4.248, p. 337). Sendo assim, acertada a redação trazida pelo art. 475 do Código Civil de 2002, que encerrou de vez com a antiga imprecisão do art. 1.092 do Código Civil de 1916: Art. 475 do CCB de 2002: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. A nova redação afastou o emprego do termo *rescisão* para causas que se refiram à resolução contratual. Isso porque, como veremos adiante, a rescisão só se aplica nos casos de lesão e estado de perigo.

⁶⁸ Essa posição também é adotada por Daniel Ustarróz (*A resolução...*, p. 40): “[...] é de se admitir a quebra antecipada do contrato sempre que, em face das circunstâncias adjacentes ao negócio jurídico, reste evidente que o mesmo será inadimplido na forma e no tempo combinados”.

Outra questão interessante é a prevista na teoria do *substancial performance* ou adimplemento substancial. O adimplemento substancial foi conceituado por Jones Figueiredo⁶⁹, como um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento, vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé.

Esta figura visa justamente salvaguardar relações negociais que, se não lograram alcançar êxito pleno, muito próximo disto estiveram. É o caso do consumidor que adquire um imóvel em 100 (cem) prestações e, por uma dificuldade financeira passageira, deixa de pagar as duas últimas parcelas.

Não é justo que, em razão deste pequeno inadimplemento, a construtora possa requerer a resolução total do contrato. Conforme se manifestou Eduardo Bussata⁷⁰, em obra específica sobre o tema, somente se pode pensar na resolução do contrato quando o descumprimento é sério, lesivo aos interesses da parte não-inadimplente. Tal descumprimento deve retirar o sinalagma funcional do contrato, afastando sua função socioeconômica. Contrariamente, fica vedado o exercício do direito à resolução quando o inadimplemento possui escassa importância. Caso o inadimplemento seja leve, o contrato deverá ser mantido⁷¹, podendo, então, o credor exigir o cumprimento das prestações devidas, mais as perdas e danos que o caso importar.

⁶⁹ FIGUEIREDO, Jones. *Novo...* p. 111.

⁷⁰ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99-100.

⁷¹ Acerca do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva, manifestou-se com primazia Anderson Schreiber: *“Da mesmíssima forma que se veda ao devedor frustrar a obrigação antes do seu vencimento, deve-se impedir o credor de frustrá-la posteriormente. Assim, cumpre acolher o adimplemento retardado sempre que possível, preferindo-se a mora ao adimplemento absoluto, desde que conservada a função socioeconômica da relação obrigacional, em cada caso concreto. Em sentido diverso caminhou o legislador de 2002, ao eliminar a referência à mora no art. 390, sugerindo o acolhimento da posição tradicional pela qual o inadimplemento nas obrigações negativas é sempre absoluto. A alteração normativa atende à lição doutrinária segundo a qual ‘a obrigação negativa não comporta variante. Ou o devedor não pratica o ato proibido e está cumprindo a obrigação; ou pratica, e dá-se a inexecução’. Ignora, contudo, que, se a máxima vale para obrigações de cumprimento imediato, pode não se afigurar imperativa em relações obrigacionais de caráter continuado, nas quais a abstenção em retardo pode mostrar-se útil ao credor e ao atendimento da função concretamente desempenhada pela relação obrigacional. Assim, se o devedor se obriga a não*

Como não poderia deixar de ser, em determinadas circunstâncias, a jurisprudência brasileira, baseando-se no princípio do adimplemento substancial, boa-fé objetiva e função social do contrato, tem limitado o direito à resolução⁷².

Por fim, a resolução pode ser decretada nos casos em que for constatada *onerosidade excessiva* a uma das partes. Conforme a lição de Caio Mário da Silva Pereira⁷³, todo o contrato é previsão e, em todo o contrato, há margem para oscilação do ganho e da perda em termos que permitem lucro e prejuízo. Mas quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência tolera, e atinge-se o plano de desequilíbrio, não pode se omitir do homem o direito e deixar que, em nome da ordem jurídica e por amor ao

concorrer com o credor, e eventualmente o faz, nada impede que, purgando a mora (com as eventuais perdas e danos), volte a se abster. Com efeito, seja nas obrigações negativas seja nas positivas, o adimplemento não se limita ao instante singular do seu cumprimento, mas espalha-se pela continuidade da relação obrigacional, para atrair em seu favor a conduta das partes antes e depois do vencimento da obrigação. Assim, à luz da boa-fé objetiva, o adimplemento passa a ser compreendido como um processo que se estende temporalmente, abrangendo o comportamento das partes antes e após a execução pontual da prestação". (SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 134-135)

⁷² O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro na aplicação da teoria do adimplemento substancial, senão veja-se: "*CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de rescisão julgada improcedente e procedente a consignatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários.*" (Apelação Cível Nº 588012666, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/04/1988). O entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é com certeza o mais acertado. Seria no mínimo injusto e fora dos ditames estabelecidos pelo Código Civil permitir que diante um inadimplemento irrisório perante a prestação total, o credor pudesse resolver todo contrato de forma *ex tunc*. A teoria do adimplemento substancial, portanto, protege o devedor da extinção do contrato diante um inadimplemento parcial e insignificante.

Posteriormente, os demais tribunais brasileiros pacificaram este entendimento. Veja-se, por exemplo, julgado do Superior Tribunal de Justiça: "*SEGURO. INADIMPLEMENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, alias, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido*". (Superior Tribunal de Justiça, REsp 76362, 4ª Turma, j. 11/12/1995).

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. III. p. 162.

princípio da obrigatoriedade do contrato, um dos contratantes leve o outro à ruína completa e extraia para si o máximo benefício.

Ultrapassada essa razoabilidade, entendeu o legislador que deveria proteger o contraente que sofreu prejuízo em razão da desproporção da sua prestação por fatos imprevisíveis.

E assim surgiu, no direito romano, a chamada cláusula *rebus sic stantibus* (estando assim as coisas⁷⁴), que significava que os contratos deveriam ser cumpridos enquanto se mantivessem as circunstâncias em que foram concluídos. Todavia, as inclinações moralizantes do contrato que vigeram no período medieval, sob o prisma do *pacta sunt servanda*, fizeram com que essa doutrina ficasse cada vez mais desmoralizada.

Entretanto, durante o período da I Guerra Mundial, o qual trouxe completo desequilíbrio para os contratos em longo prazo, os países europeus resolveram reerguer a bandeira da possibilidade de ser resolvido (ou revisto) a avença contratual diante circunstâncias que deixassem um dos contraentes em situação extremamente adversa⁷⁵.

Diante disso, como uma resposta a esse desequilíbrio que afetava a economia de forma geral, França, Itália e Inglaterra reconstituíram o mecanismo de proteção contra a excessiva onerosidade superveniente. No Brasil, o primeiro julgamento a tratar deste tema foi de Nelson Hungria, o que abriu a porta do pretório às novas tendências do pensamento jurídico⁷⁶.

Apenas em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, finalmente o legislador previu essa proteção aos consumidores no art. 6º,

⁷⁴ QUEIRÓS, Virgílio; MIRANDA, Sofia. *Breviário Latim – Português*. reimp. Lisboa: Quid Júris, 2006. p. 151.

⁷⁵ As primeiras legislações a adotarem a teoria da onerosidade excessiva foram a austríaca e antiga prússia (Código Civil austríaco, § 936 e Preussisches Allgemeines Landrecht, V, §§ 377). (PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* v. 25, § 3.060, p. 217).

⁷⁶ PEREIRA, *Instituições...* v. III. p. 164.

inciso V⁷⁷. Valendo-se da mesma doutrina, foi estatuído o art. 478 do Código Civil de 2002⁷⁸.

Analisando o art. 478 do CCB, Luiz Guilherme Loureiro⁷⁹ afirma que quatro são os pressupostos para que seja possível a resolução do contrato por excessiva onerosidade: (i) existência de contrato que seja de execução continuada ou diferida; (ii) superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis⁸⁰ cumulado com agravamento econômico da prestação; (iii) nexa causal entre o evento superveniente e a (iv) conseqüente onerosidade excessiva.

⁷⁷ Art. 6º, inciso V do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: “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”.

Excelente doutrina sobre a onerosidade excessiva no CDC é a de Humberto Theodoro Júnior, do qual afirma: “É verdade que não precisa haver um evento catastrófico, uma hecatombe, para que se invoque a teoria da previsão nos moldes do CDC. Mas, também, é óbvio que se não há de permitir a revisão do contrato por qualquer inovação nos dados econômicos que o envolvem, se a inovação for daqueles que fazem parte da álea natural dos negócios patrimoniais. Pensar de modo contrário e aceitar que qualquer alteração da conjuntura negocial possa autorizar a revisão do contrato, equivaleria a destituí-lo de sua força e funções naturais no mundo jurídico. A função da teoria da imprevisão, na espécie é a de restabelecer o equilíbrio contratual, de sorte que não haverá lugar para a revisão das bases do negócio se o ônus de que se queixa o consumidor não corresponder a um injustificável acréscimo de vantagens para o fornecedor. É inaceitável pretender-se melhorar a situação do consumidor, à custa de prejuízo a ser transferido para o fornecedor. Inviável, portanto, a invocação da teoria da imprevisão pelo consumidor que se baseia apenas em dificuldades pessoais para cumprir o contrato bilateral já inteiramente adimplido na parte relativa ao fornecedor. Sem fato extraordinário a prejudicar o devedor, e sem locuplemento por parte do credor, não há que se cogitar a revisão contratual por onerosidade excessiva, e muito menos a resolução do contrato”. (THEORODO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3. ed. p. 34).

Ver mais sobre a onerosidade excessiva no CDC em: SANTOS, Antônio Jeová. *Função Social do Contrato*. 2. ed. Método: São Paulo, 2004. p. 274 et seq.

⁷⁸ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

⁷⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 286.

⁸⁰ Conforme já manifestado anteriormente, o legislador português utilizou a expressão “anormal” ao invés de “imprevisível” tal como no direito brasileiro e italiano. A palavra anormal parece ser a mais acertada, vez que a imprevisibilidade é mais subjetiva e pode ensejar dúvidas do que é ou não previsível. O direito português parece ter protegido melhor o contraente no caso da onerosidade excessiva. Essa opinião também é acompanhada por Daniel Ustarróz (*A resolução...*, p. 32 et seq.).

Frise-se que o evento extraordinário e imprevisível deve surgir após a celebração do contrato⁸¹. A lei também não tutela o contratante que não usou da prudência necessária para antever e compreender as circunstâncias do contrato. Assim, apenas os riscos absolutamente anômalos, que fogem da previsão razoável dos contratantes é que podem dar ensejo à resolução do contrato.

Luiz Guilherme Loureiro⁸² ressalta que o acontecimento tem caráter de generalidade quando se alteram as condições de todo um mercado ou de todo um setor de relações, como é o caso da greve de um determinado setor da indústria, o advento de lei que proíba a produção e comercialização de determinado produto ou substância ou eventos naturais de extrema gravidade⁸³.

O Código Civil brasileiro ainda determina, no art. 479, que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se ao réu a modificar equitativamente as condições do contrato”. Esse dispositivo também merece aplausos. O *pacta sunt servanda* não foi extirpado dos princípios dos contratos. Os contratos devem efetivamente ser cumpridos. Só não o serão em casos excepcionais. Neste diapasão, o art. 479 dá a possibilidade de o contrato ser conservado com a devida revisão, que poderá inclusive ser acordada pelas partes, ou ser discutida em juízo.

⁸¹ Antônio Jeová Santos defende a tese de que na relação consumerista, a onerosidade excessiva pode se dar no momento da conclusão do contrato. Essa tese é chamada pelo doutrinador de onerosidade excessiva concomitante ou onerosidade excessiva liminar (SANTOS, *Função...*, p. 274 et seq.).

⁸² LOUREIRO, *Contratos...*, p. 287.

⁸³ A rápida desvalorização da moeda é tida como circunstância de onerosidade excessiva segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo: “*LEASING. DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. ONEROSIDADE EXCESSIVA. A repentina desvalorização da moeda trouxe a onerosidade excessiva alegada pelo apelado e, além disso, consubstanciou mudança na direção da economia, contrariando o que vinha sendo apregoado pelo governo federal. Tratou-se de fato notório, que, até mesmo, dispensa a produção de provas, neste aspecto (CPC 334, I). Em verdade o indexador eleito pelas partes era o vinculado a uma moeda cuja oscilação se encontrava sob controle governamental. A partir de 13.1.1999, porém, outra configuração do indexador apareceu, era mesmo procedente o pedido revisional.* (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação 603128-0/2, Des. Rel. Juiz Nestor Duarte. v.u., j. 17.04.2001).

Neste último caso, o juiz pode entender que a nova proposta formulada pelo credor atendeu o princípio da função social do contrato e da boa-fé, determinando que o devedor cumpra sua obrigação nos novos termos. Poderá, ainda, estabelecer novos caminhos para que o contrato seja cumprido.

Ademais, a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob os auspícios do Superior Tribunal de Justiça e na coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, formulou o seguinte enunciado:

“Enunciado 176. Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o CC 478 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Essa interpretação nos parece a mais acertada. Antes de ser resolvido o contrato, as partes e o juiz devem procurar a manutenção do contrato com a sua possível revisão. A resolução do contrato apenas deve ocorrer nos casos mais extremos, em que a manutenção do contrato trará excessiva vantagem a uma das partes em detrimento da outra.

Caso a obrigação couber a apenas uma das partes, o art. 480 do CCB determina que esta poderá pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou que seja alterado o seu modo de execução⁸⁴.

⁸⁴ Não há dúvidas de que essas novas disposições do Código Civil de 2002 refletem a intenção do legislador em aplicar, em todos os casos, os modernos princípios da função social do contrato e a boa-fé objetiva. Conforme se manifestaram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, o contrato é sempre, e em qualquer circunstância, operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lícitas pretensões. Não se identifica, em nenhuma hipótese, como mecanismo estratégico de que se poderia valer uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo de outra. Essa ideia de socialidade do contrato está impregnada na consciência da população, que afirma constantemente que o contrato só é bom quanto é bom para ambas as partes (NERY JÚNIOR; NERY, *Código...*, p. 447).

2.3– Rescisão

Como mencionado anteriormente, a má redação do art. 1.092 do antigo Código Civil de 1916, permitia a “rescisão” do contrato em razão de inadimplemento de uma das partes. Felizmente, esse erro legislativo foi superado pelo art. 475 do Código Civil de 2002.

Desse modo, a confusão que se fazia com o emprego do termo rescisão vem ocorrendo em menor número. Raros são os livros que ainda utilizam a rescisão como sinônimo de resilição ou resolução. A rescisão, atualmente, no direito brasileiro, é considerada forma de extinção contratual apenas nos casos de *lesão* ou *estado de perigo*⁸⁵.

Na óptica de Orlando Gomes⁸⁶, a rescisão opera como causa extintiva, aproximando-se da anulabilidade porque há de ser pleiteada em ação proposta pelo interessado. Distingue-se da nulidade porque a rescisão somente pode ser obtida mediante ação judicial, enquanto a nulidade é decretável independentemente de provocação.

Pedro Romano Martinez⁸⁷ lembra-nos que, no Código Civil português de 1867, a ação de rescisão era utilizada para situações de nulidade e anulabilidade (arts. 687 et seq). Isso porque a sua utilização estava associada à ausência de distinção entre as causas de invalidade e de cessação do negócio jurídico.

No âmbito laboral, o termo rescisão era frequentemente utilizado, todavia, o Código do Trabalho português aboliu-o. E assim também ocorreu na matéria

⁸⁵ GOMES, *Contratos...*, p. 227. Para maiores desenvolvimentos sobre a lesão e o estado de perigo favor verificar: NICOLAU, Gustavo René. Lesão e estado de perigo. Direito civil: direito patrimonial e direito existencial. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). São Paulo: Método, 2006. p. 82-93.

⁸⁶ GOMES, *Contratos...*, p. 227 et seq. No mesmo sentido: BRITTO, Rodrigo Toscano de. *Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais*. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005. v. IV. p. 55-74.

⁸⁷ MARTINEZ, *Da cessação...*, p. 85.

do arrendamento urbano. O antigo diploma que regulava a matéria em Portugal (Decreto-Lei n.º 201/75, de 15 de abril, art. 4º) aludia à rescisão do contrato. Todavia, o atual diploma que estatui o arrendamento urbano em Portugal refere-se à denúncia ou resolução, não mais à rescisão.

Em Portugal, a terminologia é, portanto, variada, podendo, até, indicar alguma ambiguidade, pois, nem sempre, as expressões usadas, do ponto de vista etimológico, apresentam-se relacionadas com a desvinculação. Assim, como a rescisão não tem um sentido unívoco, quando o legislador ou as partes recorrem a esta terminologia, ter-se-á de interpretar o respectivo significado. Na dúvida, entender-se-á que corresponde a uma resolução (legal ou convencional), pois é este o sentido em que amiúde o termo rescisão é empregado⁸⁸. Verifica-se, portanto, que o termo rescisão vem sendo cada vez menos utilizado pelos legisladores brasileiros e portugueses.

⁸⁸ Ibidem. p. 90.

PARTE II – PRINCÍPIOS SOCIAIS, BOA-FÉ, ABUSO DO DIREITO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

INFORMAÇÕES PRÉVIAS

Esta Parte II, de importância inquestionável, tem por escopo demonstrar quais os princípios que, ao longo dos anos, permitiram que fosse solidificado e consagrado o direito de arrependimento. Os princípios sociais e a boa-fé serão examinados na óptica do direito brasileiro.

Ao final desta Parte II, evidenciaremos a suma importância do instituto do abuso de direito para o arrependimento. Nesta ocasião, o abuso de direito será tratado tanto na legislação portuguesa quanto brasileira.

1) PRINCÍPIOS SOCIAIS PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Antes de perquirirmos os princípios da boa-fé e da figura do abuso de direito no Código Civil brasileiro, faz-se mister traçarmos breves considerações sobre o chamado direito civil contemporâneo e os princípios gerais que deram origem a esses princípios sociais.

O embrião destas novas concepções não teria tamanha magnitude não fosse a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que alterou profundamente a doutrina e futuras legislações brasileiras. A CF/88 valorizou a pessoa humana e, em consequência, trouxe um caráter social ao texto maior. Essa ideia é facilmente notada em sua redação⁸⁹:

⁸⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - **a dignidade da pessoa humana**; [...]”

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma **sociedade livre, justa e solidária**.”

“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** [...]”(grifos nossos).

Claramente se buscou uma maior justiça social num país fortemente marcado pelas inúmeras desigualdades que até hoje o assolam. Ademais, como bem asseverado por Wladimir Alcibíades Falcão Cunha⁹⁰, a justiça social é o pano de fundo sobre o qual deve se desenrolar a atividade econômica brasileira, segundo as disposições constitucionais⁹¹.

A justiça social também é representada pelo princípio da isonomia ou igualdade consagrado no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que determina que todos são iguais perante a lei. A moderna doutrina⁹², adotando o paradigma de solidariedade aludido pela Lei Maior, infere que o escopo deste princípio é que a lei deva tratar de maneira “igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais”⁹³.

⁹⁰ CUNHA, Wladimir Alcibíades Falcão. *Revisão judicial dos contratos. Do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. Coleção Prof. Limongi França. São Paulo: Método, 2007. v. 3. p. 82.

⁹¹ A justiça social foi o fundamento para a chamada ‘justiça social contratual’, do qual foi analisada por Roxana Cardoso Brasileiro Borges: “Embora a segurança jurídica continue sendo um valor indispensável para o ambiente jurídico-econômico, outro valor sobressai na ordem civil constitucional obrigacional contemporânea: o valor da justiça contratual ou equidade contratual. Justificada, linhas acima, a exigência de segurança jurídica na ordem liberal pós-revolucionária, percebe-se que tal exigência não ocupa posição tão elevada na nova ordem, tendo em vista a mudança do contexto e a desnecessidade de princípios que tenham como principal objetivo a estabilidade dos vínculos e a conservação das conquistas burguesas. A ordem civil constitucional brasileira contemporânea não é conservadora, mas dirigente, propositiva, progressiva, promocional e solidária. Portanto, no que se refere à teoria contratual, não é mais o valor da segurança jurídica que ocupa o lugar privilegiado, mas o valor de equidade, do equilíbrio, da justiça nas relações negociais. Para atingir os objetivos fundamentais assumidos pelo constituinte de 1988 no art. 3.º, não serve um ordenamento conservador; é necessário um conjunto de normas com mandamento de mudança, de transformação, de evolução, de progresso em vários âmbitos: progresso econômico, progresso cultural, progresso ambiental, progresso jurídico. A justiça contratual é uma exigência dos objetivos fundamentais e dos fundamentos do Estado Brasileiro. Substitui, no atual contexto jurídico, o conservador princípio da segurança jurídica. Esta ainda subsiste, por óbvio, mas não está mais no topo da pirâmide de valores que orientam o direito obrigacional. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Gilseda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coordenadores). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 26-27)

⁹² TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. (Coleção Prof. Rubens Limongi França. v. 2.) São Paulo: Método, 2007. p. 80.

⁹³ Nesta mesma linha de ideias, o Código Civil Brasileiro também consagrou a *função social dos contratos* nos arts. 421 e 2.035. Para maiores desenvolvimentos sobre esse tema, verificar: Giselda Hironaka, *A função social do contrato*. Direito Civil. Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 101-117); TARTUCE, *Função...*; CUNHA, *Revisão...*; GODOY, Cláudio Bueno de. *Função social do contrato*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Como precursores destas ideias, além da CF/88, outros diplomas adotaram a mesma postura de socialidade. Convergindo ao senso de justiça social e proteção aos hipossuficientes, outro importante texto legal estatuído no Brasil, em 1990, foi o Código de Defesa do Consumidor.

Este importante diploma legal teve por objetivo proteger os consumidores os quais, além de sofrerem em demasia com a inflação que angustiava o povo brasileiro, ainda, eram alvos das mais diversas abusividades realizadas por fornecedores de produtos e serviços. Seguindo essa esteira, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro foi o primeiro texto legal a consagrar o princípio da boa-fé objetiva no Brasil.

Na mesma linha de preceitos, em 2001, foi promulgado o Código Civil brasileiro, que durante anos a fio foi coordenado no Senado Federal, pelo saudoso jurista Miguel Reale. Este notável jurista nunca se cansou em apontar os princípios ou regramentos que até hoje sustentam a codificação privada brasileira⁹⁴.

Segundo Flávio Tartuce⁹⁵, o primeiro princípio encampado pela codificação foi o *princípio da eticidade*. Como é notório, o Código Civil de 2002 se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do direito romano, procurando, em vez de valorizar formalidades, reconhecer a participação dos valores éticos em todo o Direito Privado. Abandonou o excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos, tal como o direito de arrependimento.

⁹⁴ Saliendo a importância dos princípios e cláusulas gerais previstas no novo Código Civil, manifestou-se Paulo Luiz Netto Lobo: "A utilização de princípios e cláusulas gerais foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no código civil. *Revista dos Tribunais*. ano 11. n. 42. Abril-Junho de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 190)

⁹⁵ TARTUCE, *Função...*, p. 54-55.

O segundo princípio trazido pelo Código Civil brasileiro foi o *princípio da socialidade*, precursor da função social dos contratos. Em harmonia a esse preceito, deverá prevalecer o social sobre o individual, o coletivo sobre o particular, as pessoas sobre o patrimônio, a vida sobre a economia. Mais uma vez, como destaca Flávio Tartuce⁹⁶, valorizou-se a palavra nós, em detrimento da palavra eu⁹⁷.

Por fim, resta tratar do *princípio da operabilidade*, que resultou no *princípio do equilíbrio econômico contratual*. Examinando este segundo princípio, João Hora Neto⁹⁸ afirmou que, na medida em que o Estado-Juiz, agora – valendo-se de cláusulas abertas como a teoria da imprevisão, da resolução da onerosidade contratual, da boa-fé objetiva, da função social do contrato – pode, enfim, intervir na economia do contrato a fim de fazer valer os modernos paradigmas contratuais, os quais, em última análise, funcionalizam o contrato como uma operação dinâmica, complexa, solidária e não apenas como um instrumento de ruína para o devedor, segundo o ditame liberal do *pacta sunt servanda*⁹⁹.

Traçados os princípios sociais culminados no Código Civil brasileiro, resta tratarmos de forma individual noções que possuem importante ligação com o arrependimento. São elas: princípio da boa-fé objetiva e abuso do direito

⁹⁶ Ibidem. p. 58-59.

⁹⁷ Segundo João Hora Neto: “O *princípio da socialidade* como *princípio da função social dos contratos* determina que o contrato não deve ser uma fonte de opressão econômica para o devedor, na esteira de uma mera liberdade formal, muito própria do Estado-Liberal - mas sim, a um só tempo, um instrumento de circulação de riqueza limitado pelo *princípio da dignidade da pessoa humana*, entendida a pessoa humana enquanto um ser coletivo e não um ente individual, abstratamente considerado” (HORA NETO, João. Os princípios do novo código civil e o direito das obrigações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 681, 17 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6737> Acesso em 27 de março de 2009).

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Nesse mesmo sentido, tratando sobre os princípios que ora são analisados, Flávio Tartuce asseverou que o desafio do civilista do novo século é a busca de um ponto de equilíbrio entre os conceitos novos e emergentes e o mínimo de segurança que se espera do ordenamento jurídico (TARTUCE, *Função...*, 67).

Tais noções são extremamente necessárias serem abordadas em exaustão. No caso do abuso de direito, tal justificativa se dá porque o direito brasileiro não restringiu o exercício do direito de arrependimento, tal como o fez a grande maioria das legislações europeias. E, assim, a única forma de conter abusos no exercício deste direito, no Brasil, será a partir da verificação de violação ao princípio da boa-fé ou incorrência de abuso de direito. No caso da boa-fé, trata-se de princípio do qual as partes deverão de valer antes, durante e após a celebração do contrato.

Nestes termos, em primeiro lugar, trataremos, em contornos gerais, o princípio da boa-fé objetiva para posteriormente verificarmos o abuso de direito.

2) – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

2.1 - Breve relato do desenvolvimento da boa-fé

Menezes Cordeiro¹⁰⁰, um dos maiores estudiosos da boa-fé, relata que este princípio tem origem na *fides*¹⁰¹ do direito romano. Segundo este notável professor, a *fides* romana constitui a base linguística e conceptual da boa-fé no direito civil português.

¹⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuela da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coleção teses. 3 reimp. [S. l]: Almedina, 2007. p. 53.

¹⁰¹ Segundo Menezes Cordeiro, a *Fides* é a projeção de aplicações concretas prévias. Tais aplicações situam-se, porém, em duas áreas na aparência diferentes: nas relações internas, próprias da cidade e dos seus habitantes e nas relações externas, da cidade com outros povos. (MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 59).

Na mitologia grega, era a personificação da palavra dada. Segundo a mitologia, a Deusa Fides era representada como uma idosa de cabelos brancos, sendo entendida como mais velha que o próprio Júpiter. Desta maneira pretendia-se transmitir a noção que a palavra dada, o compromisso, era a base da sociedade e da ordem política. Acreditava-se que o próprio culto da deusa era muito antigo e que teria sido introduzido no tempo de Numa Pompílio. A deusa possuía um templo no Capitólio, perto do templo de Júpiter Ótimo e Máximo, que foi mandado erguer pelo cônsul Aulus Atilius Calatinus. O templo foi consagrado à deusa no dia 1 de outubro de 254 a.C. (o 1.º de outubro tornou-se assim o dia da festa da deusa). Para oferecer um sacrifício à deusa era necessário envolver a mão direita com um pano de cor branca. Este templo era ocasionalmente usado pelo senado romano para as suas reuniões. Nas suas paredes eram colocados tratados e leis inscritos em tábuas de bronze. Por volta de 58 a.C. o templo foi restaurado por Marco Emílio Escauro. (In: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fides>. Acesso em 13 de janeiro de 2009).

Com o passar do tempo, a *fides* evoluiu ao sabor das influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos e em conformidade com a mutação de seus diversos institutos jurídicos, especialmente após o período de expansão do Império Romano¹⁰².

Essa evolução filosófica resultou da passagem da *fides* para a *bonae fidei iudicia* que, nas palavras de Menezes Cordeiro¹⁰³:

[...] tratava-se de instâncias em que o iudex, em vez de se dever ater a formalismos estritos, tinha por função o procurar, através de certos expedientes, descer até à substância das questões. Não bastava, pois, uma composição puramente formal dos litígios: procurava-se uma solução material. [...] Os bonae fidei iudicia limitaram-se a introduzir, paulatinamente, um certo número de expedientes muito simples e concretos – e como tais acessíveis ao próprio iudex – que, á distância, revelam um gigantesco esforço romano para o aperfeiçoamento do Direito das obrigações”.

A lição de Rogério Zuel Gomes¹⁰⁴ ensina que o *bonae fidei iudicia* consistia num alargamento do espectro de avaliação do *iudex* que extrapolava a avaliação unicamente com base no direito escrito.

Daí a afirmação de Ignácio Poveda Velasco¹⁰⁵ no sentido de que a boa-fé se situa no bojo do confronto entre a prática do formalismo e o valor crescente que se outorga à palavra dada, seja pela incapacidade da forma de atender, em muitos casos, aos interesses das partes, seja pela impossibilidade de os *peregrini* ascenderem ao sistema formal.

A história da boa-fé também passa pelo Direito Canônico. Sabe-se que o universalismo cristão, na Idade Média, fez com que o Direito Canônico

¹⁰² COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 111.

¹⁰³ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 89.

¹⁰⁴ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 119.

¹⁰⁵ VELASCO, Inácio M. Poveda. apud GOMES, *Teoria...*, p. 119.

exercesse fortíssima influência sobre o Direito Laico. Ressalte-se, no entanto, a lembrança de Rogério Zuel Gomes¹⁰⁶, quando destaca que o cristianismo nasceu e desenvolveu-se no quadro geográfico do Império Romano, fazendo com que os conceitos do direito romano fossem uma referência desde o início para a concepção cristã do direito, não obstante as conformações próprias ensejadas pelos dogmas da Igreja. Pode-se dizer, assim, que o direito canônico utilizava-se de conceitos romanos adaptados para o cristianismo.

Da mesma forma fez-se com a boa-fé. Como sublinha Judith Martins-Costa¹⁰⁷, a boa-fé do Direito Canônico referia-se à ausência do pecado. Muito próximo do conceito atual de boa-fé subjetiva, no Direito Canônico, as partes deveriam agir com *ausência de dolo*, ou seja, um estado de ignorância de lesar a parte contrária.

Após esse período, a boa-fé recebeu desenvolvimentos consideráveis no Direito Francês antes e após o Código de Napoleão de 1804 - *Code*. O Código de Napoleão ligava-se diretamente à tradição romanística sedimentada na boa-fé subjetiva do Direito Comum. Esse é o exemplo do art. 550, que aduzia: “o possuidor está de boa fé quando possui como proprietário, em virtude de um título translativo de propriedade cujos vícios ignore”. Como bem salientado por Menezes Cordeiro¹⁰⁸, esse dispositivo, trata-se, na letra do *Code*, de um conceito puramente psicológico de boa-fé, identificado com a mera ignorância do possuidor.

Além do Direito Francês, o Direito Germânico também experimentou significativa contribuição no desenvolvimento da boa-fé. No Direito Alemão, a boa-fé se consubstancia na fórmula *Treue und Glauben*, que significa lealdade

¹⁰⁶ Ibidem, p. 123.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 753, julho de 1999. p. 130.

¹⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 253.

e crença. *True* corresponderia atualmente à fidelidade e *Glauben* teria o sentido cristão de fé ou crença trazida pela *fides* latina^{109 110}.

Ressaltamos, ainda, que o caráter objetivo desenvolvido ao princípio da boa-fé tem reflexos na Escola da Exegese do Direito Germânico, no qual prevalece o irracionalismo, frente à vertente jusracionalista do Código de Napoleão¹¹¹. E assim, o princípio da boa-fé encontra-se disposto no Direito Alemão, no §242 do BGB que assim determina: “*O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico*”.

Em Portugal, o princípio da boa-fé objetiva encontra-se consagrado desde 1966, quando do advento do Código Civil português (art. 227. n. 1¹¹²). Outrossim, a boa-fé subjetiva encontra previsão ao longo deste diploma legal (v.g. art. 243, n.2, 291, n.3, dentre outros).

No Brasil, o primeiro texto a consagrar o princípio da boa-fé foi o Código Comercial estatuído em 1850 e já revogado. Naquele diploma, a boa-fé tinha caráter duplo de interpretação-integração das cláusulas contratuais¹¹³. Contudo, o primeiro diploma que consagrou o princípio da boa-fé em seu caráter objetivo, foi o Código de Defesa do Consumidor de 1990¹¹⁴.

¹⁰⁹ GOMES, *Teoria...*, p. 131.

¹¹⁰ Na lição de Rogério Zuel Gomes, a boa-fé germânica teve incontestável evolução: “*Essa contribuição do Direito Germânico acabou conferindo à boa-fé sentido diverso e mais amplo que aquele obtido pelo Direito Romano, que era consubstanciado na imposição de cumprimento não só do que foi escrito, mas também levado em consideração o espírito da contratação. No Direito Germânico o juramento de honra, instituto tipicamente medieval, prende-se com a questão do conceito e estrutura da relação obrigacional [...] A boa-fé germânica não levava em consideração o estado da ciência sobre determinada relação jurídica. Era muito mais afeita aos rituais sociais (juramentos solenes de honra) e à exterioridade; por isso, passou-se a denominá-la boa-fé objetiva*” (Ibidem, p. 132).

¹¹¹ Ibidem, p. 133.

¹¹² “Art. 227. n. 1: *Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”

¹¹³ “Art. 131. *Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1.4 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras*”.

¹¹⁴ “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*

Faz-se pertinente notar também que o Código Civil brasileiro de 1916 não possuía qualquer disposição expressa relativa à *boa-fé no campo do Direito das Obrigações*, a despeito do que se verificou no *Code*, BGB e Código Civil português. Segundo Antonio Junqueira de Azevedo¹¹⁵, essa situação foi reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, porque a o Código Comercial brasileiro, muito anterior ao Código Civil, já tinha a regra genérica da *boa-fé*.

Todavia, como salientado por Clóvis do Couto e Silva¹¹⁶, não é o fato de um princípio fundamental, como o da *boa-fé*, não vir expresso em algum código que afastaria a sua aplicação. A falta de disposição legislativa expressa apenas dificulta a percepção do princípio, ainda que fundamental, e torna difícil a tarefa do julgador, por inexistir, em lei, uma referência à qual este remeteria o julgamento do caso concreto.

Por sua vez, atento aos novos paradigmas do direito civil, fez por bem o legislador do Código Civil de 2002 contemplar de forma expressa no art. 422, a *boa-fé* como cláusula geral relativa às obrigações contratuais, tanto de natureza civil quanto de natureza comercial: “Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*”.

*princípios: [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização a 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”. “Art. 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a **boa-fé** e equidade”.*

¹¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A *boa-fé* na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3. set.-dez. 1992. p. 78.

¹¹⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. Apud GOMES, *Teoria...*, p. 144-145.

2.2 – Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

Segundo Adalberto Pasqualoto¹¹⁷, a *boa-fé subjetiva* é a que se vincula à noção de erro, porque está ligada a uma avaliação individual e equivocada de dados da realidade. Também chamada de *boa-fé-crença*, correspondendo à *Gutten Glauben* no BGB¹¹⁸.

Por seu turno, a *boa-fé objetiva*, conforme a lição de Judith Marins-Costa¹¹⁹, significa um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard*¹²⁰ jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade. Conforme a lição desta conceituada jurista, por este modelo, levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e

¹¹⁷ PASQUALOTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 109.

¹¹⁸ Sobre o princípio da *boa-fé subjetiva*, verificar julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “**EMBARGOS DE TERCEIRO - Adequada aplicação do recente art. 285-A do CPC, por se tratar de questão de direito e já existirem precedentes em casos idênticos no juízo 'a quo' - Mérito - Fraude à execução - Alienação de imóvel, pelo devedor, na pendência de demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, embora em momento anterior à realização da penhora e seu registro – controvérsia doutrinária e jurisprudencial - Art. 593, II, do CPC - Presunção relativa da fraude, que privilegia o credor/exequente, ao impor ao terceiro adquirente o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude à execução - Embargante que deve demonstrar sua boa-fé subjetiva na concepção ética, isto é, que não conhecia e nem podia conhecer existência de ação contra o alienante do imóvel - Anulação da sentença, para determinar o processamento dos embargos, com a citação dos embargados, permitindo à embargante a produção de prova da inocorrência dos pressupostos da fraude à execução - Recurso provido**”.

Destaque para o seguinte trecho do *decisum*: “[...] A contrário sensu a *boa-fé subjetiva* é a ignorância, o desconhecimento do vício que afeta direito ou relação jurídica. Como alerta Fernando Noronha, duas correntes dividem-se a respeito dos requisitos da *boa-fé subjetiva*. A primeira corrente, denominada *psicológica*, exige o dolo ou o *menos culpa grosseira* do titular do direito, quanto ao conhecimento do vício. A segunda corrente, denominada *ética*, exige que a ignorância da existência do vício seja *desculpável*. A ignorância seria *indesculpável* quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado (O *Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*, Saraiva, 1.994, p.134). Arremata o autor que “o mais poderoso argumento em favor da concepção ética está na afirmação de que o negligente e o impulsivo não podem ficar em situação mais vantajosa ou mesmo igual à do avisado e do prudente: quem erra *indesculpavelmente* não poderá ficar na mesma situação jurídica de quem erra *sem culpa*” (*ob. cit.*, p. 134; ver, também, profundo estudo de Menezes de Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1.997, pg. 913 e seguintes).” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n.º 6004794400, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro. j. 29/01/2009).

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, *O direito...*, p. 42.

¹²⁰ O termo *standard* jurídico também é utilizado por Mário Júlio de Almeida (*Direito...*, p. 122).

cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo¹²¹.

Para Cláudia Lima Marques¹²², a boa-fé objetiva significa uma atuação “refletida”, uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

A partir da leitura destes conceitos, acreditamos que a principal diferença entre a boa-fé subjetiva e a objetiva é que, na primeira, é relevante a intenção da parte, ou seja, o estado psicológico do agente no sentido de não estar lesionando direito de outrem. Já para a segunda o que realmente importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta fundado na honestidade, retidão e lealdade^{123 124}.

¹²¹ Sobre a *boa-fé objetiva*, verificar julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “*INDENIZAÇÃO. VÍCIO DO PRODUTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANO MORAL E MATERIAL RECONHECIDO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO USADO. ADULTERAÇÃO DO ODÔMETRO. A responsabilidade reconhecida da empresa/ré decorre do princípio boa-fé objetiva e que, imperativamente, deve ser observada nas relações consumeristas. A conduta que protege o Código de Defesa do Consumidor é aquela que decorre de procedimentos aceitáveis e éticos, ainda mais se tratando de uma concessionária de veículos. O que deve ser levado em consideração é própria expectativa do consumidor, considerando-se o próprio padrão e qualidade do veículo, ainda mais com certificado de garantia. Quilometragem de veículo comprovadamente diverso daquela constante no odômetro, decorrendo daí a inadequação dos danos frente à baixa quilometragem anunciada da camionete e seu padrão de qualidade. Daí o vício do produto. Danos materiais e morais reconhecidos. Apelo Provido*”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020363354. 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Guinther Spode. j. 11/12/2007).

¹²² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 180.

¹²³ Ainda que o princípio da boa-fé tenha sido devidamente festejado pelos civilistas, vale a pena sublinhar a lição de José Oliveira Ascensão que, sem retirar a importância do princípio da boa-fé, adverte sobre a sua utilização em demasia: “*O grande inconveniente da boa-fé, tal como tem sido desenvolvida, é o oposto da sua virtude: sua excessiva extensão. Se se aplica a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, perde compreensão. Por isso dizemos que a boa-fé, se é tudo, passa a não ser nada. Passa a ser um rótulo com pouca explicatividade. [...] Importante é afastar o recurso à boa-fé em zonas em que tal não justifica. O excessivo recurso à figura, para abranger matéria em que faltava apoio legal, levou a aplicações indevidas, meramente nominalísticas e carecidas de apoio substantivo. É o que se*

2.3 – As funções da boa-fé objetiva

A doutrina não é unânime em apontar as funções da boa-fé objetiva. É comum que os juristas utilizem expressões diferentes para tratar de uma mesma função. Alguns apontam diversas funções à boa-fé, outros preferem reduzi-las a poucas¹²⁵. A partir da leitura de diversos trabalhos, abordaremos, no nosso entender, as funções mais relevantes da boa-fé

A primeira delas é a função de (i) *complementação ou concretização da relação*¹²⁶ também chamada de *norma de interpretação e integração do contrato*¹²⁷. O objetivo dessa função é visualizar e precisar quais os deveres e direitos decorrentes daquela relação em especial. No Código Civil brasileiro¹²⁸

passa a nosso ver com a onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias, que o art. 478 CC/2002, por uma importação menos feliz que tem por origem a posição da jurisprudência alemã, reconduz a uma exigência contrária a boa-fé. A exigência é irrelevante, pois o que é decisivo é a desproporção ou desequilíbrio das situações que fere a justiça contratual” (ASCENSÃO, José Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*. Questões Controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coord.). São Paulo: Método, 2005. v. IV. p. 43).

A advertência do professor português é lotada de fundamentos. O aplicador do direito não pode pensar que é possível aplicar o princípio da boa-fé para resolver todas as questões do direito civil. O princípio da boa-fé, nomeadamente no seu critério objetivo, é um dever de conduta a ser seguido pelas partes e não um parâmetro para a solução de todos os problemas.

¹²⁴ A diferença entre o caráter subjetivo e objetivo da boa-fé também foi bem detalhada por Alinne Arquette Leite Novais: “*A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Já a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro*”. (NOVAIS, Aline Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72).

¹²⁵ Para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, as funções da boa-fé poderiam ser reduzidas em apenas duas funções, quais sejam: (i) função interpretativa e (ii) função criadora de deveres anexos. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIDER, Anderson. *A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 216-231).

¹²⁶ Expressão de Cláudia Lima Marques (*Contratos...*, p. 186).

¹²⁷ Expressão de Judith Martins-Costa (*O direito...*, p. 43).

¹²⁸ No Código Civil Português, essa função encontra-se sedimentada no art. 239: “*Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvesse previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta*”.

¹²⁹, essa função é disposta no art. 113: “Os *negócios jurídicos* devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A segunda função da boa-fé é (ii) *de controle e de limitação das condutas*¹³⁰ ou *de limite ao exercício de direitos subjetivos*¹³¹. Esta função tem por escopo limitar o exercício do direito dos contraentes para que estes não incorram em práticas abusivas. Esta função é disposta no art. 187 do Código Civil brasileiro¹³²: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

A terceira função da boa-fé é de (iii) *correção e de adaptação em caso de mudança de circunstâncias*¹³³, que permite ao julgador adaptar e modificar o conteúdo dos contratos para que o vínculo permaneça de forma justa a ambas as partes, isto é, sem lesar um dos contraentes¹³⁴.

A quarta função da boa-fé é (iv) *autorização para decisão por equidade*, pois como cláusula geral sua concreção passa pela ativa participação do julgador e não pode escapar à tópica e à procura da equidade contratual, originando assim um direito de equidade adaptado à sociedade e às necessidades atuais.

¹²⁹ Interessante a lembrança de Flávio Tartuce ao afirmar que, no direito civil, os negócios jurídicos devem ser interpretados da maneira mais favorável a quem esteja agindo de boa-fé; nos contratos de consumo, a interpretação deve ser favorável ao consumidor (art. 47 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro); enquanto nos contratos de adesão devem ser interpretados da maneira mais favorável ao aderente (art. 423 do Código Civil brasileiro) (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. Coleção Prof. Rubens Limongi França. São Paulo: Método, 2007. v. 2. p. 212).

¹³⁰ Expressão de Cláudia Lima Marques (*Contratos...*, p. 186).

¹³¹ Expressão de Judith Martins-Costa (*O direito...*, p. 43).

¹³² No Direito Português, podemos afirmar que essa função é prevista no art. 334 do Código Civil português: “*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”.

¹³³ Expressão de Cláudia Lima Marques (*Contratos...*, p. 43).

¹³⁴ Especificamente sobre este ponto, verificar as formas de resolução por onerosidade excessiva no direito português e brasileiro, dispostas na Parte I deste trabalho.

Ademais, a última função da boa-fé (v) é a *função criadora de deveres anexos à pretensão principal*¹³⁵ ou *fonte autônoma de direitos* que impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, tais como deveres de lealdade, segurança, informação, dentre outros. O cumprimento destes deveres precisa ser observado pelas partes na pactuação, execução e dissolução dos contratos, tanto nas relações contratuais de consumo, regidas pelas leis consumeristas, quanto nas relações contratuais comuns, regidas pelo Código Civil de 2002. São os chamados *deveres de conduta* que merecem abordagem em item apartado.

2.4 – Os deveres de condutas

O contrato é um encontro de vontades que gera obrigações aos contratantes. A orientação clássica, de fundo romanística, aduzia que a obrigação se esgota no dever de prestar e no correlato dever de exigir ou pretender a prestação. Contudo, a doutrina moderna, sobretudo por mérito dos alemães, superou essa orientação clássica e compreendeu que a obrigação é devidamente prestada não apenas quando prestado o dever principal da obrigação, mas também quando satisfeitos seus deveres *anexos* e *laterais*¹³⁶ (ou deveres gerais de conduta como prefere a doutrina brasileira¹³⁷).

¹³⁵ Expressão de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (*A boa fé...*, p. 216 et seq.).

¹³⁶ Cláudia Lima Marques afirma que o “*contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas também uma obrigação de conduta [...] A relação contratual nada mais é do que um contato social, um contato na sociedade que une, vincula pessoas, contato onde necessariamente não se pode esquecer ou desrespeitar os deveres gerais de conduta, os deveres de atuação conforme a boa-fé e conforme o direito. [...] Estes deveres de conduta gerais existem sempre, mas quando integram uma relação contratual vão receber um novo nome especial, uma vez que seu descumprimento dará razão a uma sanção com regime especial, uma sanção contratual. [...] Assim, apesar de no Brasil consagrarmos a expressão alemã de deveres anexos ou secundários, enquanto contratuais, tratam-se de verdadeiras obrigações a indicar que a relação contratual não obriga somente ao cumprimento da obrigação principal (a prestação), mas também ao cumprimento das várias obrigações acessórias ou deveres anexos aquele tipo de contrato*” (MARQUES, *Contratos...*, p. 183 et seq.).

¹³⁷ Segundo José Fernando Simão, a expressão *deveres anexos e laterais* é mais correta que *deveres acessórios*. Conforme este jurista, a ideia de acessoriedade não se aplica a tais deveres, pois não são menores nem menos importantes que os deveres primários. Ainda complementa afirmando que em determinadas situações, os deveres principais ainda não existem, pois estamos na fase pré-contratual, mas os deveres laterais já devem ser cumpridos (SIMÃO, *Contratos...*, p, 19-20).

Essa doutrina, igualmente, é seguida pelo notável civilista Mário Júlio de Almeida¹³⁸, que foi um dos adeptos a ver a relação obrigacional “como um todo/como um processo”. Este nobre professor afirma que todos os deveres anteriormente abordados constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo*. Os doutrinadores alemães costumam afirmar que as relações obrigacionais são, em verdade, uma “fila” ou uma “série” de deveres de conduta e contratuais, vistos no tempo, ordenados logicamente, unidos por uma finalidade¹³⁹.

Neste momento, valendo-se da doutrina de Mário Júlio de Almeida¹⁴⁰, cabe definir quais são os deveres que integram a chamada relação obrigacional complexa. Em primeiro lugar, a obrigação deve ser cumprida pelo seu *dever principal* que constitui a “alma” da relação obrigacional, por exemplo, na compra e venda, o dever do comprador é realizar o pagamento do preço; e o dever do vendedor é de entregar a coisa.

Já os *deveres secundários* se distinguem em duas vertentes. A primeira classifica-os de (i) *deveres secundários acessórios da prestação principal*, os quais se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a sua perfeita realização (ex.: na compra e venda, o dever de conservar a coisa vendida até à entrega ou o dever de embalá-la e transportá-la). A segunda vertente classifica-os de (ii) *deveres secundários com prestação autônoma*, que nada mais são do que os deveres *sucedâneos* do dever principal (ex.: o caso da indenização resultante da impossibilidade culposa da prestação originária) também chamados de *deveres coexistentes com o dever principal de prestação* (ex.: o caso da indenização por mora ou mal cumprimento da obrigação, que acresce à prestação originária).

¹³⁸ ALMEIDA, *Direito...*, p. 72.

¹³⁹ MARQUES, *Contratos...*, 182-183.

¹⁴⁰ ALMEIDA, *Direito...*, p. 76 et seq.

Por fim, a relação obrigacional complexa tem como um de seus componentes os chamados *deveres laterais* (ou deveres gerais de conduta ou deveres anexos) que, ainda valendo-se da valiosa lição de Mário Júlio de Almeida Costa, são derivados de uma cláusula contratual, de dispositivo da lei *ad hoc* ou do princípio da boa-fé.

Assim, é exatamente como *dever lateral* ou *dever de conduta* ou *dever anexo de conduta* que o princípio da boa-fé objetiva é enquadrado na chamada “relação obrigacional complexa”. A violação destes deveres de conduta acarreta o inadimplemento da obrigação, ainda que de forma parcial¹⁴¹. O rol exemplificativo dos deveres laterais¹⁴² que as partes deverão observar é destacado na continuidade do estudo.

2.4.1 Dever de segurança

Também é chamado de dever de cuidado ou dever de prevenção. Esse dever de conduta tem por escopo garantir a integridade e direitos dos contratantes. Tanto a integridade física quanto a integridade moral. Cláudia Lima Marques

¹⁴¹ Nesse sentido, veja-se o Enunciado n. 24 concluído pela I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 11a 13 de setembro de 2002: “*Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, inadimplemento de culpa*”.

¹⁴² Sobre a boa-fé objetiva e os deveres de conduta, atentar-se aos seguintes julgados: “**DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI 9.656/98. EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI 9.656/98. BOA-FÉ OBJETIVA. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS. [...] A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos. [...]**”. (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 735168, Des. Rel. Nancy Andrighi, j. 11/03/2008).

“**APELAÇÃO CIVEL. SEGURO DE VIDA. NÃO RENOVAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO. Contrato de seguro de vida submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor. Em se tratando de contrato de longa duração com renovações sucessivas, não se pode admitir que a segurada que vinha pagando os custos do prêmio de forma regular, venha a ficar desprotegida de eventuais infortúnios, até porque é parte hipossuficiente na relação contratual. Verifica-se que a conduta da seguradora afronta ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do CC, o qual deve nortear todas as fases da relação negocial. Apelo desprovido. Por maioria**”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70026653766, Rel. Des. Romeu Marques Filho, j. 11/03/2009).

traz um exemplo oportuno quanto ao dever de segurança no tocante à integridade¹⁴³ física de um dos contraentes: no contrato de transporte do passageiro e de sua bagagem, este será feito por um meio técnico (avião, ônibus, carro ou táxi), com as devidas medidas de segurança e deverá o transportador cuidar que nenhum dano sobrevenha aos passageiros e à bagagem sob sua responsabilidade, assim como cuidar para que o meio utilizado (veículo) esteja em boas e adequadas condições¹⁴⁴.

Outrossim, ressalte-se que a segurança da integridade moral dos contraentes está diretamente ligada à proteção de seus bancos de dados¹⁴⁵. Ao celebrar os contratos, os contratantes devem guardar sigilo sobre os dados da transação, os dados pessoais, dentre outros. Violar esse sigilo é infringir o contrato ainda que de forma parcial.

2.4.2 Dever de lealdade

Este dever tem por objetivo obstar que um dos contraentes cause prejuízos ao outro. José Fernando Simão¹⁴⁶ oferece um bom exemplo: num contrato de empreitada pelo qual o dono da obra se compromete a fornecer os materiais, a

¹⁴³ MARQUES, *Contratos...*, p. 199-200.

¹⁴⁴ Outro exemplo interessante foi trazido por Adalberto Pasqualoto. Segundo este jurista, a jurisprudência alemã registrou o julgado de um jogador de bilhar, que atingiu de forma não intencional com a parte posterior do taco um jogador de cartas. O proprietário da casa foi condenado por não ter disposto as mesas de forma a evitar o perigo (PASQUALOTO, *A boa-fé...*, p. 114-115).

¹⁴⁵ Certamente, a Europa possui debate muito mais avançado do que o Brasil no tocante à proteção de dados pessoais. Na Comunidade Europeia, são três Directivas que tratam sobre o assunto: Directiva 95/46/CE de 24 de outubro: relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; Directiva 97/66/CE, de 15 de dezembro: relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações e Directiva 2002/58/CE, de 12 de julho: relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrônicas. Em Portugal, são duas as leis que tratam sobre a proteção dos Dados Pessoais: a Lei 41/2004 de 18 de Agosto e a Lei 67/98 de 26 de outubro.

Sobre a proteção de dados dos consumidores, verificar CANUT, Letícia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 178 et seq.; CASTRO, Catarina. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. [S. l]: Almedina, 2006; GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas na sociedade da regulação*. [S. l]: Almedina, 2003.

¹⁴⁶ SIMÃO, *Contratos...*, p. 23.

chamada empreitada de labor, o empreiteiro não pode agir de maneira negligente, desperdiçando o que lhe é fornecido, visto que o prejuízo não será por ele suportado.

2.4.3 Dever de cooperação ou solidariedade

O dever de cooperação significa colaborar durante a execução do contrato evitando inviabilizar ou dificultar a atuação do outro contraente, por exemplo, quando este tenta cumprir com suas obrigações contratuais¹⁴⁷. Exemplo disso seria o caso de um consumidor solicitar a uma determinada empresa a assistência técnica para recuperação do ar-condicionado central, mas impedisse a entrada dos técnicos em sua casa.

Noutro sentido, cooperar significa renegociar as dívidas de um parceiro mais fraco, por exemplo, em caso de quebra da base objetiva do negócio. Cooperar neste sentido é submeter-se às modificações necessárias à manutenção do vínculo e à realização do objetivo comum e do contrato¹⁴⁸.

2.4.4 Dever de informação

Certamente este dever é um dos mais importantes a ser observado pelas partes nos contratos. Segundo Adalberto Pasqualoto¹⁴⁹, este dever diz respeito

¹⁴⁷ MARQUES, *Contratos...*, p. 195.

¹⁴⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre o dever de cooperação ou solidariedade, verifique-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “*AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE TELEFONIA MÓVEL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. FORNECIMENTO DE APARELHOS DEFEITUOSOS. SUCESSIVAS RECLAMAÇÕES. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR CULPA DA RÉ. DIREITO À DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. 1. Envolvendo o contrato de telefonia celular celebrado o fornecimento de aparelhos telefônicos e apresentando os mesmos vícios de qualidade, principalmente os da marca Gradiente, não pode a Operadora pretender eximir-se da responsabilidade de substituição dos aparelhos, descumprindo o dever anexo de solidariedade, remetendo o consumidor à assistência técnica autorizada. 2. Tal conduta viola o princípio da boa-fé objetiva, autorizando a resolução do contrato e a devolução das quantias pagas como estabelecido na sentença. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.*” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Primeira Turma Recursal Cível, Recurso Inominado n.º 7100748466, Rel. Ricardo Torres Hermann, j. 16/10/2008).

¹⁴⁹ PASQUALOTO, *A boa-fé...*, p. 115.

à comunicação que uma parte deve fazer à outra de circunstâncias ignoradas, imperfeitas ou incompletamente conhecidas. Ressalte-se que o dever de informação tem relação direta com o direito de arrependimento, razão pela qual reservamos seu tratamento em item separado.

3) O ABUSO DO DIREITO E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

3.1 – Breve histórico do abuso de direito

De acordo com Luis Guilherme Loureiro¹⁵⁰, a doutrina se divide quanto à origem do abuso de direito. Parte dela afirma que o abuso de direito simplesmente não era reconhecido pelo direito romano. Outros, por seu turno, defendem a tese de que os romanos adotavam um sistema de *limitação dos direitos subjetivos* que emanavam do *corpus iuris civilis*, como limites aos direitos subjetivos, tal como a proteção do escravo frente ao amo e a proteção do filho em relação ao pai.

Essa tendência de limitação ao direito subjetivo era baseada na equidade e, portanto, constata-se que ainda não era reconhecido o abuso do direito, mas os romanos já percebiam que o direito podia ser usado de forma anormal.

Na Idade Média também se falava nos “atos de emulação”. Segundo Luis Guilherme Loureiro¹⁵¹, originária do latim *aemulatio*, a emulação consistia no exercício de um direito subjetivo com a dissimulada intenção de causar prejuízos a outra pessoa ou a um bem alheio.

A emulação era uma ação projetada e executada pelo titular do direito subjetivo com o intuito de tão somente causar dano a terceiros. Contudo, a moral cristã reprovava o exercício dos direitos individuais de uma maneira prejudicial para o interesse alheio. O conceito da emulação é claramente subjetivo, uma vez que se refere à intenção (ou motivações) da parte em causar prejuízo.

¹⁵⁰ LOUREIRO, *Contratos...*, p, 101.

¹⁵¹ *Ibidem*. p. 103.

Percebe-se, portanto, que nem no direito romano nem no direito medieval era consagrado, de forma expressa, o abuso de direito. Apenas eram apresentados institutos correlatos, tais como as limitações sobre o direito subjetivo e a proibição de atos de emulação.

Na visão de Fernando Augusto Cunha de Sá¹⁵², um dos grandes estudiosos do abuso de direito, a teoria deste tema surgiu apenas no liberalismo capitalista da segunda metade do século passado.

Os códigos civis do século XIX foram produzidos sob os auspícios dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade que privilegiavam a burguesia em detrimento aos trabalhadores e indivíduos menos favorecidos. Nesse contexto, o abuso de direito representou uma das reações operadas contra o influxo pulverizador do liberalismo individualista.

Conforme bem manifestado por Luiz Guilherme Loureiro¹⁵³, a construção da teoria do abuso de direito representa uma saudável reação contra o individualismo jurídico que era em voga no século XIX, como consequência dos princípios consagrados pela Revolução Francesa de 1789¹⁵⁴.

¹⁵² “Verdadeiramente, a teoria do abuso do direito surge e vai-se afirmando no contexto histórico-social do liberalismo capitalista da segunda metade de novecentos, como reação à mentalidade que o século anterior impusera ao mundo dos códigos de direito privado e às contradições ínsitas entre os princípios formulados e a prática, quer no âmbito das relações entre os particulares, quer no das relações entre estes e a administração pública” (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimp. da ed. de 1973. Coimbra: Almedina, 2005. p. 49).

¹⁵³ LOUREIRO, *Contratos...* p. 106.

¹⁵⁴ Foi exatamente através da construção jurisprudencial francesa que obtivemos o aparecimento das primeiras decisões sobre o abuso de direito. Por meio das hipóteses concretas que lhes foram sendo submetidas, os tribunais franceses recorreram, umas vezes, (i) à ideia dos limites do próprio direito exercido, quando, por exemplo, foi julgado num caso referente a fumos e maus cheiros das fábricas, no âmbito das relações de vizinhança; e outras vezes (ii) à intenção de prejudicar que o exercício do direito fosse efetuado, como por exemplo no caso *Doerr*, que um vizinho foi condenado a demolir uma falsa chaminé que havia construído com o objetivo de retirar a luz do vizinho (CUNHA DE SÁ, *Abuso...*, p. 52 et seq.).

3.2 – Os critérios adotados no instituto do abuso de direito

Dois são os critérios utilizados para caracterizar, ou não, o abuso do direito. O primeiro deles é o *subjetivo*, segundo o qual, deve ser investigada a vontade do agente ou sua conduta culposa. Com base neste critério, é ilícito ao titular de um direito subjetivo exercê-lo apenas com intuito de prejudicar terceiros.

O segundo critério, intitulado de o critério *objetivo*, prescinde a consideração do elemento psicológico e acentua o resultado danoso. Nesse sentido, há abuso de direito quando o direito subjetivo é exercido de forma contrária aos seus fins econômicos e sociais, à moral e aos bons costumes. Esse critério é adotado no Brasil. Segundo Luiz Guilherme Loureiro¹⁵⁵, para a caracterização do abuso de direito não há necessidade da intenção de danar, bastando que o exercício do direito exceda manifestamente os limites impostos no art. 187 do Código Civil.

Este mesmo critério foi adotado em Portugal. E não poderia ser diferente, porque, conforme veremos, o art. 187 do Código Civil brasileiro é praticamente uma cópia *ipsis litteris* do art. 334 do Código Civil português. A doutrina de Antunes Varela¹⁵⁶ preconiza que não é necessária a *consciência*, por parte do agente, de se exceder, com o exercício do direito, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito; basta que, objetivamente, excedam-se tais limites.

3.3 – O abuso de direito no Código Civil português

O abuso de direito encontra-se previsto no art. 334 do Código Civil português¹⁵⁷. Segundo Fernando Cunha de Sá¹⁵⁸, o abuso do direito traduz-se num ato ilegítimo, consistindo sua ilegitimidade precisamente num excesso de

¹⁵⁵ LOUREIRO, *Contratos...*, p. 109.

¹⁵⁶ VARELA, *Das obrigações...*, v. I. p. 545.

¹⁵⁷ “Art. 334: É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

¹⁵⁸ CUNHA DE SÁ, *Abuso...*, p. 103.

exercício de um certo e determinado direito subjetivo: não de ultrapassar os limites que ao mesmo direito são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou econômico do direito exercido¹⁵⁹.

A doutrina portuguesa é unânime em afirmar que o abuso de direito é configurado apenas quando excedido *manifesta*¹⁶⁰ ou *clamorosamente*¹⁶¹ os limites que lhe cumpria ao titular de um direito observar¹⁶².

E como determinar quando os limites foram ou não excedidos? Pires de Lima e Antunes Varela¹⁶³ defendem que para averiguação do excesso dos limites da *boa-fé* e dos *bons costumes*, há que se atender, de modo especial, às concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade. Já quanto ao eventual excesso do *fim social ou econômico do direito*, devem considerar-se os juízos de valor positivamente consagrados na lei. Isso porque há direitos acentuadamente subordinados a determinado fim, a par de outros em que se reconhece maior liberdade de atuação ou decisão ao titular.

3.4 – O abuso de direito no Código Civil brasileiro

Como já manifestado, o dispositivo legal que prevê o abuso de direito na legislação brasileira é praticamente uma reprodução do art. 334 do Código Civil português (este, por sua vez, fundamentou-se no art. 281 do Código Civil grego).

¹⁵⁹ Pires de Lima e Antunes Varela afirmam que abuso de direito reside na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita o fim próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser exercido. (LIMA; VARELA, *Código...*, v. I. p. 300).

¹⁶⁰ Expressão defendida por Antunes Varela (*Das obrigações...*, v. I. p. 545).

¹⁶¹ Expressão utilizada por Manuel de Andrade (apud VARELA, *Das obrigações...*, v. I. 545) e Vaz Serra (apud VARELA, *Das obrigações...*, v. I. p. 545).

¹⁶² Segundo José Oliveira Ascensão: “Seria muito inconveniente, e mesmo socialmente insuportável, que todo o exercício jurídico pudesse ser objeto de um controlo social exaustivo, para verificar se haveria nele abuso ou não. Criaria uma litigiosidade sem fim, ainda que o recurso a juízo fosse deixado na disponibilidade dos interessados. Só os casos de exercício manifestamente excessivo, por abusivo, poderão ser atingidos” (ASCENSÃO, José Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*. Questões Controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coord.). São Paulo: Método, 2005. v. IV. p. 43).

¹⁶³ VARELA, *Código...*, v. I. p. 299.

O Código Civil brasileiro prevê o abuso de direito no art. 187¹⁶⁴. Tal como no direito português, o abuso de direito na legislação brasileira caracteriza um limite imposto ao exercício anormal do direito subjetivo. Afinal, como bem salientado por Luiz Guilherme Loureiro¹⁶⁵, o direito termina quando começa o abuso.

Os fundamentos são os mesmos do direito português, o abuso do direito constitui um reclamo social destinado a prevenir e indenizar as irregularidades que possam ser cometidas pelo titular de direitos subjetivos.

Antes do advento do Código Civil brasileiro, a doutrina brasileira dividia-se quanto à natureza jurídica do abuso de direito. Parte dela reconhecia a figura do abuso de direito como ato ilícito, no entanto, outros afirmavam que o abuso de direito localizava-se numa posição intermediária entre o lícito e o ilícito. A discussão era acirrada porque o abuso de direito era consagrado timidamente no Código Civil de 1916¹⁶⁶.

Contudo, a dúvida da doutrina certamente foi superada com a chegada do Código Civil de 2002¹⁶⁷. A novel legislação insere o abuso de direito no capítulo que trata dos *atos ilícitos*, encerrando de vez qualquer incerteza.

Entretanto, evidenciamos que o abuso de direito é sim ato ilícito, mas distingue-se em parte do ato ilícito propriamente dito, porque se caracteriza apenas quando se executa um ato juridicamente lícito, conforme disposições legais vigentes, mas cuja justiça intrínseca é socialmente objetada. No ato ilícito, existe uma conduta contrária à norma vigente. Além disso, no ato ilícito, viola-

¹⁶⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁶⁵ LOUREIRO, *Contratos...*, p. 97.

¹⁶⁶ “Art. 160: Não Constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa ou no **exercício regular de um direito reconhecido**” (grifo nosso).

¹⁶⁷ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

se um direito adquirido; no ato abusivo; viola-se um interesse não expressamente protegido pelo interesse.

Tal como no direito português, o abuso de direito estará configurado quando o titular exceda os limites da boa-fé, função social e bons costumes de forma *manifesta*¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Selecionamos alguns julgados que tratam sobre o abuso do direito. “*DIREITO DE VIZINHANÇA - NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA – CONSTRUÇÃO DE GARAGEM - OBRA REALIZADA EM DESCONFORMIDADE COM O PROJETO APROVADO PELA PREFEITURA - LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - PLENO EXERCÍCIO DO MUNICÍPIO NA DISCIPLINA DO USO E PARCELAMENTO DO SOLO URBANO - ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO QUE OBRIGA O PROPRIETÁRIO A CUMPRIR OS TERMOS DAQUELA AUTORIZAÇÃO - DESCUMPRIMENTO - LEGITIMAÇÃO DO VIZINHO PARA FAZER VALER OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO - CONSTRUÇÃO DE GARAGEM NO PISO TÉRREO EM DESOBEDIÊNCIA AO RECUO LATERAL OBRIGATÓRIO DE 5 METROS PREVISTOS NA LEI LOCAL – GARAGEM QUE SEGUNDO O PROJETO APROVADO DEVERIA TER SIDOCONSTRUÍDA NO SUBSOLO - ABUSO DE DIREITO CONFIGURADO - OBRIGAÇÃO DE O PROPRIETÁRIO OBSERVAR O RECUO PREVISTO NO PROJETO SOB PENA DE PAGAMENTO DE MULTA DIÁRIA - CABIMENTO - FIXAÇÃO NOS LIMITES DA RAZOABILIDADE - SENTENÇA CONFIRMADA. **Constitui abuso do direito de propriedade a construção de garagem que deveria estar localizada no subsolo, como previa o projeto aprovado e, é executada ao nível do térreo acima do nível da calçada** (fls. 434) pelo apelante, ao seu talante, sem nenhuma preocupação em obedecer aos comandos normativos e urbanísticos pertinentes, deixando de respeitar o recuo lateral obrigatório de 5 metros, previsto na Lei Municipal nº 1.485/78. Conforme demonstrado no laudo pericial, a obra executada pela ré não obedece ao projeto aprovado não só no tocante à edificação embargada, mas também com relação ao restante da edificação, irregularidades que devem ser levadas ao conhecimento do Órgão Fiscalizador, para as providências administrativas cabíveis RECURSO NÃO PROVIDO.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25ª Câmara Cível, Ap. 835788-0/3, Des. Rel. Amorim Cantuaria. j. 10/10/2006.).*

“*DIREITO DE VIZINHANÇA - PASSAGEM FORÇADA - PRETENSÃO À EXTINÇÃO – Inexistência de via alternativa a tanto não equivalendo simples trilha para passagem de gado - Vizinho, ademais, que adquiriu imóvel quando já em exercício o direito de passagem - Alteração da produção agrícola que não implica em abuso de direito pelo beneficiado da passagem - Sentença de improcedência mantida - Apelação improvida.*” Sobre este mesmo acórdão, veja-se trecho da decisão proferida pelo Rel. José Tarciso Beraldo: “**O caminho a que se refere o apelante e que seria "mais fácil e mais natural e que melhor atende às suas necessidades [do apelado]" não passa de uma "trilha" mal conservada e incompatível com o trânsito de veículos, ainda que se considerem apenas aqueles originalmente utilizados pelo proprietário do imóvel vizinho ("fusca ou, ainda, um tratorzinho tipo 235" para levar sal ao gado - fls. 05).**” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14ª Câmara Cível, Ap. 7.287.853-4, Des. Rel. José Tarciso Beraldo. j. 05/11/2008).

Veja-se interessante caso em que foi admitida permanência de animal no apartamento da recorrente, ainda que a convenção condominial determinasse o contrário. Nesse caso, entendeu o relator que o animal não oferecia riscos a nenhum dos condôminos e, portanto, não haveria abuso do direito da propriedade: “**AÇÃO COMINATÓRIA. PERMANÊNCIA DE ANIMAL EM UNIDADE AUTÓNOMA. VEDAÇÃO EM CONVENÇÃO CONDOMINIAL. INTERPRETAÇÃO. A questão da permanência de animais em condomínios coloca em oposição o direito de propriedade e o direito de vizinhança, impondo-se equilibrá-los, de forma a conciliar os interesses do proprietário com os da comunidade. É certo que o direito de propriedade, hoje, não é mais tão absoluto como relata o Relator Vencido, mas a relatividade esbarra no abuso deste direito, e isto não**

Examinando o art. 187 do Código Civil brasileiro, o eminente Prof. José Oliveira Ascensão¹⁶⁹ faz importantes ressalvas. Por meio de estudo com abordagens históricas, este jurista demonstra que o abuso de direito surgiu como forma de reprimir os atos emulativos¹⁷⁰ e chicaneiros¹⁷¹. Todavia, o legislador brasileiro

ocorre no caso concreto. Por isso a jurisprudência tende a relativizar a norma da convenção que veda a manutenção de animais nas unidades condominiais, entendendo que a vedação deve ser analisada caso a caso, destacando o pequeno porte do animal, a incoerência de incômodo para os demais moradores ou ameaça a higiene ou segurança. **No caso dos autos foi verificada a total ausência de periculosidade do animal, que embora de porte médio, mostrou-se dócil. Também não se constatou insalubridade alguma na manutenção do animal no apartamento da Embargante. Não há qualquer notícia de incômodo.** Neste mundo já tão conturbado, tão insensível, não há razão para se negar a Autora o direito de ter na sua unidade habitacional o animal que tanto ama. Talvez só quem tenha ou já teve animais de estimação saiba quão imenso é este amor. Recurso provido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 15ª Câmara Cível, Embargos Infringentes n. 2007.005.00311, Des. Rel. Ricardo Rodrigues Cardozo. j. 02/10/2007).

“RESPONSABILIDADE CIVIL/CONSUMERISTA. PRESTADORA DE SERVIÇO DE TELEFONIA. APARELHAGEM. BARULHOS EXCESSIVOS. INCÔMODO À VIZINHANÇA. SECRETARIA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE. ADVERTÊNCIA. INEFICÁCIA. Em que pese a concessão da liminar judicial, para que a ré cumprisse integralmente as advertências da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, em vinte dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, pelos incômodos causados à vizinhança, provocados por grandes máquinas de ar-condicionado e de telefonia, situação não resolvida com a colocação de parede acústica, os ruídos excessivos permanecem, como comprovam as testemunhas. Resulta patente os níveis intoleráveis de ruídos perpetrados à vizinhança, não só pelas advertências da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, mas, notadamente, pelas declarações das testemunhas, suficientes para demonstrar os incômodos anormais causados à vizinhança, principalmente, aos autores. **Desnecessária, portanto, a realização de perícia, nestes autos, ante a prova demonstrada dos barulhos excessivos, anormais, perpetrados aos autores e vizinhança, configurando abuso de direito, que de forma objetiva, impõe-se a responsabilização da ré, pelos danos morais causados, na forma do artigo 187, do Código Civil/2002, vigente à época da propositura desta demanda. Demais, responde a prestadora de serviços pelos danos causados aos consumidores diretos e indiretos, na forma do artigo 29, da lei nº 8.078/90, a despeito de não excluir a responsabilidade objetiva da fornecedora, concorre para o mesmo resultado prático: obrigação de indenizar os danos perpetrados.** Afigura-se exacerbada a quantificação, razão pela qual se reduz o valor arbitrado para RS 5.000,00 para cada um dos autores, atualizado, desde a data da sentença, na ótica do arbitrium bani juri, segundo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, equidade e de Justiça, reduzindo-se, ainda, a multa fixada. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 9ª Câmara Cível, Apelação n. 2005.001.31865, Des. Rel. Roberto de Abreu e Silva. j. 14/02/2006).

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DEMOLITÓRIA CHURRASQUEIRA E EDIFICAÇÕES IRREGULARES - DIREITO DE VIZINHANÇA - Desrespeito à convenção do condomínio na construção. Prevalência do direito à tranquilidade sobre o direito de uso da propriedade. **Uso nocivo da propriedade gerador de abuso de direito. Perturbação do sossego. Barulho excessivo. Poluição sonora. Desvalorização do imóvel devido à disposição física das construções.** IMPROVIMENTO DO RECURSO.” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 4ª Câmara Cível, Apelação n. 2005.001.35747, Des. Rel. Sidney Hartung. j. 10/01/2006).

¹⁶⁹ ASCENSÃO, A desconstrução..., p. 34-54.

¹⁷⁰ Segundo Celso Marini, atos emulativos eram entendidos quando no exercício de um direito, alguém de forma maliciosa, intencional, prejudicava outrem, sem tirar para si qualquer proveito (*Abuso de direito*). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=674>>. Acesso em: 07 abr. 2009).

optou por um caminho reprovável, isto é, unificar o abuso de direito como atos contrários a três princípios antagônicos entre si: boa-fé, bons costumes e ao fim econômico ou social dos direitos (função social dos contratos). O jurista português demonstra que o emprego do abuso de direito em sua forma clássica, ou seja, para coibir os atos emulativos, é previsto no art. 1.228 §2º do Código Civil brasileiro: *“São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”*.

Com muita propriedade, José Oliveira Ascensão demonstra que não trilhou o legislador brasileiro no melhor caminho, ao estatuir o instituto do abuso de direito no art. 187 porque simplesmente omite a referência ao núcleo histórico do abuso de direito, ou seja, contrariedade aos atos emulativos¹⁷².

Assim, acatamos as ideias de José Oliveira Ascensão. Pois que a figura do abuso de direito no Código Civil brasileiro, tal como foi criado, não se presta para contrariar os atos emulativos. Criou-se um instituto genérico que apenas reforça a oposição aos atos que vão de encontro aos princípios da boa-fé, função social e bons costumes.

Mesmo que a técnica brasileira não tenha sido a melhor empregada, cremos que o art. 187 do Código Civil não trará prejuízos maiores. Simplesmente

¹⁷¹ Chicana tem os seguintes significados: 1. Sutilezas capciosas da interpretação da lei nos processos judiciários. 2. Tramóia, trapaça, sofisma, ardil (*Dicionário escolar da língua portuguesa*. Academia brasileira de letras. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2008. p. 299).

¹⁷² As palavras do autor português são valiosas no que tange à desconstrução do abuso de direito: *“Temos de nos resignar a admitir que não há um instituto unitário do ‘abuso do direito’. Há três institutos independentes, reunidos sob um preceito legal e uma etiqueta doutrinária apenas por representarem modos irregulares de exercício de direitos, mas cada um está subordinado afinal a princípios e regime próprios. Nem sequer a etiqueta é boa. Abuso, afinal, não diz nada. Significa tão-somente que há alguma irregularidade (porque se afrontam os bons costumes). Mas além destas três causas de irregularidade muitas outras há. **Daqui concluiríamos que a expansão da figura, além do núcleo clássico dos atos emulativos (e chicaneiros) não se justifica. Cria uma categoria meramente semântica, a que não corresponde um instituto jurídico caracterizado.** [...] Falar pois num unitário abuso do direito só confunde. As figuras contempladas são muito diferentes e os regimes variam, ao sabor da sua índole específica. Bons costumes, boa fé e fim econômico e social exprimem espíritos e funções muito diferentes. Nada se lucra com tomá-los como comuns; pelo contrário, abre porá a erros graves.”* (grifo nosso) (ASCENSÃO, *A desconstrução...*, p. 34-54).

reforça-se o senso da eticidade e socialidade que as partes deverão adotar antes, durante e após as celebrações dos contratos.

Talvez, por isso, não tenha o legislador brasileiro intitulado o art. 187 do Código Civil brasileiro como “Abuso de direito”. O art. 187 apenas é disposto no Título III – *Dos atos ilícitos*, inserido dentro do Livro III – *Dos fatos jurídicos*, não se fazendo qualquer alusão ao abuso de direito.

3.5 – O Abuso de direito e o direito de arrependimento

Já mencionamos no decorrer deste estudo que o direito de arrependimento é, sem sombras de dúvidas, uma das maiores proteções que dispõem os consumidores nas contratações celebradas à distância, sobretudo no comércio eletrônico. Além disso, o exercício desta importante proteção gera confiança no mercado, impulsionando os negócios dos comerciantes.

Contudo, é necessário que o exercício deste direito seja moderado, valendo-se principalmente do princípio da boa-fé objetiva. Caso contrário, este exercício poderá incorrer em prejuízos aos fornecedores de produtos e serviços. É o caso do consumidor que adquire uma revista pela internet e resolve devolver o produto poucos dias depois. Ou então aquele que apostou 100€ na loteria, através de um sítio eletrônico, não se sagra vencedor do prêmio, e requer a devolução do valor pago pelo bilhete.

Caso o direito de arrependimento seja exercido em hipóteses como essas, estaríamos diante de situações de injustiça frente aos comerciantes. Nos casos mencionados, exercido o direito de arrependimento, o que poderiam fazer os comerciantes com uma revista antiga ou um bilhete vencido?

Além disso, em determinadas hipóteses, o consumidor poderá incorrer em enriquecimento ilícito. É o caso daquele que adquire um CD musical, grava todo seu conteúdo em outro suporte e exercita o arrependimento.

Diante dessa problemática, grande parte das legislações que dispõem o direito de arrependimento aos consumidores apresenta algumas restrições ao exercício da desistência do contrato. Assim é o caso, por exemplo, de Portugal, Espanha, França e Alemanha, que influenciados pela Directiva do Parlamento Europeu 97/7/CEE¹⁷³, determinaram restrições ao direito de arrependimento. Todas as situações ali abarcadas são absolutamente justificáveis.

Contudo, este não foi o caminho trilhado no Brasil. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor não traz qualquer limitação ao exercício do direito de arrependimento. Basta que seus requisitos estejam presentes para que o consumidor possa desistir da avença. A ausência de restrições ao exercício do arrependimento pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro é considerada “falha legislativa”, por Fabrício da Mota Alves¹⁷⁴.

Diante da ausência de restrições ao exercício do direito de arrependimento no Brasil, a figura do abuso do direito torna-se a única forma que poderá limitar condutas ilícitas por parte de alguns consumidores, tornando-se, portanto, imprescindível sua observância no exercício do abuso de direito.

¹⁷³ Salvo acordo em contrário, as restrições ao direito de arrependimento na Directiva 97/7/CE aplicam-se aos seguintes contratos: “a) de prestação de serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do termo do prazo de sete dias úteis previsto no n.º 1; b) de fornecimento de bens ou de prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações da taxa do mercado financeiro que o fornecedor não possa controlar; c) de fornecimento de bens confeccionados de acordo com especificações do consumidor ou manifestamente personalizados ou que, pela sua natureza, não possam ser reenviados ou sejam suscetíveis de se deteriorarem ou perecerem rapidamente; d) de fornecimento de gravações de áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo; e) de fornecimento de jornais e revistas; f) de serviços de apostas e lotarias”. (art. 6.º, n. 3)

¹⁷⁴ Segundo este autor, o art. 49 do CDC é um dispositivo que “hoje não encontra explícitas restrições legislativas, abrindo margem à sua aplicação abusiva, imprecisa e incorreta pela magistratura nacional em favor exclusivamente do consumidor, o que não se pode pactuar, sem a necessária ponderação do equilíbrio negocial e legal” (In: Fabrício da Mota Alves, *O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil*).

Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 9605>. Acesso em 05 de Janeiro de 2009.

Note-se que ainda que outros países tenham constatado expressamente restrições ao exercício do direito de arrependimento, tal assertiva não significa que a figura do abuso de direito seja esquecida. Pelo contrário, as restrições apenas informam com maior clareza aos consumidores as situações em que arrependimento não pode ser realizado e facilitam a aplicação do direito pelo seu operador, sendo imprescindível em todas as situações a observância do abuso de direito para, assim, constatar se houve ou não conduta abusiva por qualquer das partes, nomeadamente os consumidores.

A figura do abuso de direito é ainda mais importante quando lembramos que o rol das hipóteses de restrições ao direito de arrependimento é meramente *exemplificativo* e não *taxativo*.

Desta feita, ultrapassando os limites estabelecidos no art. 334 do Código Civil português e 187 do Código Civil brasileiro, estaremos diante de uma conduta abusiva e, portanto, ilegítima ou ilícita (como prefere a redação da lei brasileira)¹⁷⁵.

Nos capítulos seguintes, adentraremos no direito de arrependimento nas legislações brasileiras e portuguesas. Nestes capítulos, sobretudo quando voltarmos a tratar das hipóteses de restrições do direito de arrependimento,

¹⁷⁵ Em artigo específico sobre o abuso de direito, concluiu Wilson Jesus Pereira: “Os princípios que revestem esta norma (abuso de direito) trazem a idéia de uma relação privada mais humana, onde, antes dos interesses das partes, deve prevalecer um interesse maior da contraparte em compreender as necessidades e limitações do outro e, assim, conduzir a negociação de forma a equilibrar todas variações visíveis e/ou dedutíveis durante o exercício da autonomia privada. Exercer esse direito de acordar, de forma contrária ao espírito social que assola o direito contemporâneo/pós-moderno, é infringir de forma inadmissível os direitos e garantias fundamentais que devem sobrepor-se a qualquer relação de cunho patrimonial. Não entender dessa forma o conjunto sistematizado do direito pátrio é cair em equívoco – que não poderá mais ser admitido pelo juiz de direito – de que no exercício pleno de suas funções, deverá aprender a contrabalancear os interesses sociais, sem se privar da coragem necessária à efetiva implantação das normas programáticas constitucionais, em toda demanda que lhe cumpra conhecer e dizer o Direito. As cláusulas gerais serão, doravante, suas maiores aliadas no cumprimento dessa importante função social de equilibrar os interesses de seus tutelados, e o art. 187, seu carro chefe nessa árdua tarefa de contribuir para a construção de uma sociedade viável onde a coexistência é delimitada por interesses globais de subsistência, ordem e progresso”. (PEREIRA, Wilson Jesus. Elementos do abuso de direito e sua aplicação aos contratos. In: HIRONAKA, Gilseda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coordenadores). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 281-282).

será possível verificar de forma esclarecedora a importância da figura do abuso de direito.

PARTE III – ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

1) O CONCEITO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

No direito português, diversos são os diplomas que conferem ao consumidor a faculdade de se arrepender dos contratos celebrados. Dentre as principais previsões portuguesas, ressaltamos:

Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril:

“Art. 6.º Direito de livre resolução:

n. 1: Nos contratos a distância o consumidor dispõe de um prazo mínimo de 14 dias para resolver o contrato sem pagamento de indemnização e sem necessidade de indicar o motivo”.

Decreto-Lei 359/91, de 21 de setembro:

“Art. 8.º Período de reflexão:

n. 1: Com exceção dos casos previstos no n.º 5, a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato de crédito só se torna eficaz se o consumidor não a revogar, em declaração enviada ao credor por carta registada com aviso de recepção e expedida no prazo de sete dias úteis a contar da assinatura do contrato, ou em declaração notificada ao credor, por qualquer outro meio, no mesmo prazo”.

Decreto-Lei 275/93, de 05 de agosto:

“Art. 16 Direito de resolução.

n. 1: O adquirente do direito real de habitação periódica pode resolver o respectivo contrato de aquisição, sem indicar o motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de 10 dias úteis a contar da data em que lhe for entregue o contrato de transmissão do direito real de habitação periódica.” (redação dada pelo Decreto-Lei 22/2002).

Frisamos, ainda, que o Anteprojeto do Código do Consumidor português também contém diversos artigos que facultam ao consumidor hipóteses de arrependimento contratual, as quais serão devidamente estudadas no momento oportuno¹⁷⁶.

Por seu turno, no direito brasileiro, o único diploma que confere a possibilidade de arrependimento contratual é o Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados”.

Tanto na legislação brasileira quanto na portuguesa, o direito de arrependimento é um direito discricionário que legitima a parte mais frágil em extinguir contratos celebrados de forma unilateral.

Conceituando de forma muito simples o instituto, Arruda Alvim¹⁷⁷ afirma que o arrependimento é a faculdade que a lei concede ao consumidor, de poder desistir do contrato durante sete dias após a sua assinatura, ou do recebimento do produto ou serviço, para casos específicos.

Para Maria Teresa Moreno¹⁷⁸, o direito de arrependimento se configura como uma faculdade unilateral e discricionária, de livre exercício, que permite a uma das partes, o comprador, desligar-se de um contrato válido e perfeito, em vias

¹⁷⁶ Entre as hipóteses de arrependimento no Anteprojeto, destacam-se: arts. 187 a 193 (regime geral), 233, 245, 300, 340, 340 e 358.

¹⁷⁷ ALVIM, Arruda et al. *Código do consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 110.

¹⁷⁸ MORENO, Maria Teresa Álvares. *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generale*. [S.I.]: Edersa, 2001, p. 194.

de execução, por sua mera vontade e sem necessidade que concorra causa alguma.

A melhor definição parece mesmo de Carlos Ferreira de Almeida¹⁷⁹, que conceitua o instituto afirmando que o arrependimento compreende todas as hipóteses em que a lei concede a um dos contraentes a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, desvincular-se de um contrato através de declaração unilateral e imotivada¹⁸⁰.

Tanto a legislação brasileira quanto a portuguesa estabelecem que o arrependimento é um direito potestativo, ou seja, um poder que a lei confere a determinadas pessoas influírem, com uma declaração de vontade sobre situações jurídicas de outras, *sem o concurso de vontade* destas.

A principal característica do direito potestativo é o estado de sujeição que o seu exercício cria para uma ou outra pessoa, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade¹⁸¹. Como bem ressaltado por Rizzato Nunes¹⁸², no íntimo, o consumidor terá suas razões para desistir, mas elas não precisam ser anunciadas.

Por caracterizar-se como um direito potestativo, também não é necessário pagamento de quaisquer valores a título de indenização. Toda cláusula que determine ao consumidor o pagamento de valores para o exercício deste direito deve ser considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito.

¹⁷⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito de Consumo*. Lisboa: Almedina, 2005. p. 105.

¹⁸⁰ As “características” do direito de arrependimento segundo Mário Frota são: “a) imotivabilidade, ou seja, não carece de motivação ou fundamentação; b) irrenunciabilidade, i.e, o direito é irrenunciável não podendo ser afastado por convenção das partes ou derogado por iniciativa do predisponente; inindemnizabilidade, quer dizer, pelo seu exercício não há que fazer com que o consumidor suporte qualquer custo ou encargo, que seria sempre penalizador e, nessa medida, constituiria obstáculo à sua sustentação”. (FROTA, Mario. Os contratos de consumo – realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 10. Janeiro-Março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 24).

¹⁸¹ FILHO, Agnelo Amorim. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, n. 300, p. 10.

¹⁸² NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 612.

Ademais, o arrependimento deve ser exercido num curto período após a celebração do contrato. Precisamente, antes do início ou logo após o início da execução do contrato. Ambas as legislações, do Brasil e Portugal, estabelecem períodos curtos para a desistência do contrato. Até porque, se aventarmos a possibilidade do arrependimento de um determinado contrato muito tempo após a sua execução, sem qualquer motivação ou pagamento de indenização, estaríamos incorrendo em uma forma de abuso de direito. No campo cível, em razão do princípio da autonomia privada, tanto a legislação brasileira quanto a portuguesa admitem que as partes prevejam a cessação unilateral dos contratos a qualquer momento. O que não se pode admitir é que seja permitida cessação muito tempo após a execução do contrato, sem que haja sido estipulada qualquer indenização.

Em todos os casos em que há possibilidade de extinção do contrato em período maior, acompanhado do pagamento de verba indenizatória, estar-se-á diante outra forma de extinção contratual, mas não o arrependimento.

Se pensarmos de outro modo, estaremos fugindo da natureza jurídica do instituto que foi criado como uma forma de proteção ao consumidor para que este possa se desvincular da aquisição de produtos e serviços adquiridos em situação de vulnerabilidade contratual.

Anotadas essas importantes ressalvas, podemos conceituar o direito de arrependimento como forma legal de extinção contratual unilateral, imotivada e sem necessidade de pagamento de verba indenizatória, do qual faz cessar os vínculos dos contratos de forma retroativa.

2) FUNDAMENTOS DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Uma das técnicas de buscar os fundamentos de determinado instituto se dá por meio de uma interpretação histórica para que se possa alcançar a sua *mens legislatoris*. E assim, investigando os primeiros trabalhos legislativos sobre o tema, verificamos que o diploma europeu inaugural que concedeu aos consumidores um direito de arrependimento foi a Directiva do Parlamento Europeu n.º 85/577/CEE, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais e que assim aduziu em suas considerações:

*“Considerando que os contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais do comerciante se caracterizam pelo facto de a iniciativa das negociações provir normalmente do comerciante e que o consumidor não está, de forma nenhuma, preparado para tais negociações e que foi apanhado desprevenido; que, muitas vezes, **o consumidor nem mesmo pode comparar a qualidade e o preço da oferta com outras ofertas; que este elemento surpresa é tomado em linha de conta, não apenas nos contratos celebrados por venda ao domicílio mas também noutras formas de contrato em que o comerciante toma a iniciativa de vender fora dos estabelecimentos comerciais;***

***Considerando que é necessário conceder ao consumidor um direito de resolução por um período de pelo menos sete dias, a fim de lhe ser dada a possibilidade de avaliar as obrigações que decorrem do contrato”** (grifo nosso).*

Diante dessas considerações, o direito de arrependimento foi estabelecido no art. 5.º, n.º 1, da referida Directiva:

“Art. 5.º n. 1: O consumidor tem o direito de renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu desde que envie uma notificação, no prazo de pelo menos sete dias a contar da data em que recebeu a informação referida no artigo 4.º, em conformidade com as

modalidades e condições prescritas pela legislação nacional. Relativamente ao cumprimento do prazo, é suficiente que a notificação seja enviada antes do seu termo”.

Da leitura conjunta das considerações supratranscritas e do art. 5.º da referida Directiva, podemos afirmar que a *mens legislatoris* do Parlamento Europeu foi proteger os consumidores das vendas realizadas fora do estabelecimento comercial do fornecedor, porque eles não têm condições de averiguar a qualidade e comparar oferta de preço de outros comerciantes. A Directiva afirma que neste tipo de contratação é presente um “elemento surpresa” e que o consumidor é “apanhado desprevenido”.

Dado o ano que a presente Directiva foi adotada (1985), acredita-se que o Parlamento Europeu buscou tutelar principalmente os consumidores nas vendas realizadas “door-to-door”, ou seja, aquelas vendas em que o comerciante surpreendia o consumidor em sua casa ou local de trabalho¹⁸³.

O direito de arrependimento estabelecido nesta Directiva procurava salvaguardar a compra precipitada, a qual era imbuída de pressões e outros elementos que aumentavam a vulnerabilidade dos consumidores. Além disso, em algumas contratações comuns à época, por exemplo, via telefone ou catálogo, não tinha o consumidor a possibilidade de tocar, sentir a coisa em si.

E foi a partir da Directiva 85/577/CEE que o legislador brasileiro, cinco anos depois, valeu-se para a construção do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor. Da leitura do texto legal brasileiro, facilmente vemos as

¹⁸³ Interessante notar que a proteção estabelecida pela Directiva não era aplicada caso o próprio consumidor tivesse solicitado a visita do comerciante em sua casa para aquisição de determinados produtos. Entretanto, durante a visita, se o profissional oferecesse outros produtos ou serviços (não solicitados pelo consumidor), passaria a valer a proteção dada pela Directiva. É o que determina o Art. n. 1º, n. 2º: “A presente directiva é igualmente aplicável aos contratos respeitantes ao fornecimento de outro bem ou serviço que não o bem ou serviço a propósito do qual o consumidor tenha pedido a visita do comerciante, desde que o consumidor, ao solicitar a visita, não tenha tido conhecimento ou não tenha podido razoavelmente saber que o fornecimento desse outro bem ou serviço fazia parte das atividades comerciais ou profissionais do comerciante”.

influências sofridas pela Directiva europeia. O prazo estabelecido para o exercício do direito de arrependimento é o mesmo previsto na Directiva 85/577/CE. E mais, o art. 49 adotou a possibilidade do exercício da desistência do contrato nas contratações ocorridas “fora do estabelecimento do comercial”, idêntica redação utilizada na Directiva.

Portanto, a *mens legislatoris* do legislador brasileiro, foi a mesma adotada pelo legislador europeu: (i) proteção dos consumidores contra práticas agressivas de comercialização¹⁸⁴, tais como visitas inesperadas e *telemarketing*, caracterizadas pelo “elemento surpresa”; (ii) proteção dos consumidores contra aquisição de produtos que não tiveram possibilidade de tocar ou sentir, como se estivessem efetivamente na loja do comerciante¹⁸⁵.

Em Portugal, a Directiva 85/577/CE apenas iniciou o trabalho legislativo sobre a possibilidade do arrependimento pelos consumidores. A partir de outras importantes Directivas adotadas pelo Parlamento Europeu, destacando-se a Directiva 97/7/CE, de 20 de maio¹⁸⁶ e Directiva 2002/65/CE, de 23 de

¹⁸⁴ Para Maria Eugênia Finkelstein, “[...] as modalidades atuais de venda baseadas no marketing direto chegam ao consumidor de maneira agressiva, penetrando em sua casa, lugar de trabalho, correspondência ou usando a sedução de prêmios em sorteios. A legislação tende a proteger o consumidor para evitar que este atue apressadamente e sob pressão” (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 269).

¹⁸⁵ Conforme Maria Teresa Moreno, “[...] se concede al consumidor un derecho de desistimiento, porque este no há tenido la posibilidad de manejar y observar por sí mismo el objeto sobre el que recae el contrato, con lo que presta su consentimiento sobre la base de las imágenes o indicaciones, e incluso memoria de calidades, que el proveedor lê facilita. Al contratar a partir de la infomarción suministrada, sin poder examinarlo directamente, puede ocurrir que el bien no se amolde a las legítimas expectativas que el consumidor se há creado. No estamos ante um supuesto de incumplimiento, sea porque el bien no responde a las características anunciadas, o porque se trate de productos deteriorados, ni ante supuestos puedan corresponder al consumidor cuanto parte contratante. Em este sentido, el derecho de desistimiento se concibe como la facultad de desligarse de esa relación jurídica (no entramos ahora en si se trata de um contrato perfecto o en vias de formación) si el bien adquirido no satisface al consumidor, bien sea porque no responde a sus deseos o necesidades, porque no era como él se imaginaba, o por cualquier otro motivo, puesto que el consumidor no ha de aducir razón alguna para desistir.” (MORENO, *El desistimiento...*, p. 217-218).

¹⁸⁶ Destaque especial para a consideração n. 14 disposta nesta Directiva: “Considerando que o consumidor não tem, em concreto, possibilidade de ver o produto ou de tomar conhecimento das características do serviço antes da celebração do contrato; que importa prever, salvo disposição em contrário da presente directiva, um direito de rescisão; que é necessário limitar quaisquer custos suportados pelo consumidor para o exercício do direito de rescisão aos custos directos de devolução do bem, dado que, caso contrário, este seria um

setembro, o legislador português estabeleceu importantes diplomas para a proteção dos consumidores que contêm a possibilidade do consumidor arrependê-lo da avença contratada.

Traçada a *mens legislatoris* do direito de arrependimento, torna-se mais fácil encontrar os seus fundamentos. Para Carlos Ferreira de Almeida¹⁸⁷, o arrependimento tem o principal objetivo de conceder ao consumidor um tempo necessário para um consentimento refletido, protegendo-o contra precipitações ou pressões psicológicas.

Nessa mesma senda, Elsa Dias Oliveira¹⁸⁸ dita que esta possibilidade de extinção contratual visa a permitir que o consumidor se desvincule do compromisso que assumiu em função de pressões às quais estava sujeito¹⁸⁹.

Maria Teresa Moreno¹⁹⁰ afirma que se protege a incolumidade do consumidor para que este possa adotar livremente sua decisão definitiva e não se veja pressionado por possíveis efeitos negativos se optar pelo arrependimento.

Cláudia Lima Marques¹⁹¹ menciona que o consumidor perturbado em casa ou no local do trabalho não tem o necessário tempo para refletir se deseja realmente obrigá-lo, se as condições oferecidas lhe são realmente favoráveis. Não tem o consumidor a chance de comparar o produto e a oferta com outros

direito meramente formal; que este direito de rescisão não prejudica os direitos do consumidor previstos na legislação nacional, nomeadamente em matéria de recepção de produtos e serviços deteriorados ou de produtos e serviços que não correspondem à descrição desses produtos ou serviços; que compete aos Estados-membros determinarem as outras condições e modalidades que resultem do exercício do direito de rescisão”.

¹⁸⁷ ALMEIDA, *Direito...*, p. 107.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. [S.l.]: Almedina, 2002. p. 95.

¹⁸⁹ Para Mario Frota, o direito de arrependimento protege o consumidor contra a “ligeireza, levianidade ou precipitação, já que em circunstâncias determinadas, é freqüente o aproveitamento consciente de situações de inexperiência, dependência psicológica, candura, inocência por parte de operadores económicos menos escrupulosos”. (FROTA, *Os contratos...*, p. 24.)

¹⁹⁰ MORENO, *El desistimiento ...*, p. 211.

¹⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 671.

do mercado, nem o tempo de examinar com cuidado o bem que está adquirindo.

Rizzato Nunes¹⁹² alega que, nas compras celebradas em casa, por oferta pessoal do vendedor, o consumidor pode adquirir por impulso. O mesmo pode ocorrer nas compras oferecidas pela TV e adquiridas pelo telefone. E em qualquer dessas compras e também por mala direta, pela internet, etc. o consumidor ainda não examinou adequadamente o produto ou não testou o serviço.

A justificativa para o direito de arrependimento para Leonardo Roscoe Bessa¹⁹³ decorre tanto do fato de o consumidor não possuir condições de examinar “de perto” o produto, como da circunstância, em relação às vendas em domicílio, de ser uma compra sem o necessário e saudável período de reflexão para amadurecimento sobre a real necessidade do bem. Segundo este jurista, o objetivo é evitar compras por impulso.

Do exposto, conclui-se que, no direito consumerista, o arrependimento tem como principal objetivo a proteção contratual do consumidor que adquiriu produtos sem que pudesse analisá-los fisicamente, tal como se estivesse em uma loja (v.g. e-commerce ou compra pelo telefone) ou comprou produtos em razão das pressões realizadas por vendedores na porta da sua casa ou local de trabalho.

Como é sabido, no comércio eletrônico o consumidor não tem possibilidade de ver o produto ou de tomar conhecimento das características do bem ou serviço no momento em que o encomenda, ou mesmo de avaliar a conveniência na aquisição do produto, sendo assim, é frequente que, quando recebe o bem ou

¹⁹² NUNES, *Curso...*, p. 611.

¹⁹³ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 291.

quando se inteira das reais características do serviço, fique desiludido e veja goradas suas expectativas¹⁹⁴.

No caso das vendas porta em porta (também chamadas de vendas agressivas¹⁹⁵), o consumidor pode sofrer as influências psicológicas de vendedores extremamente treinados para tanto, cedendo à tentação de se vincular a contratos que poderá se arrepender no futuro. Isso porque, como bem salientado por Menezes Leitão¹⁹⁶, a presença física do vendedor ou de seu representante no domicílio do consumidor ou em quaisquer das situações equiparáveis exerce uma forte pressão para que este venha a adquirir o produto.

Assim, o direito de arrependimento é uma ferramenta eficaz que permite ao consumidor desvincular-se do compromisso que assumiu em função das pressões que esteve sujeito ou diante à desilusão que teve ao adquirir determinado bem ou serviço.

Tem como efeito prático simplesmente “devolver” o bem ou serviço adquirido pela internet, telefone ou qualquer outra forma fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, A *protecção...*, p. 95.

¹⁹⁵ A venda porta em porta (*door to door*) é uma técnica de venda que se realiza fora do estabelecimento comercial pelos vendedores que surpreendem os consumidores em sua casa, lazer ou local de trabalho. Essa venda pode deixar o consumidor extremamente vulnerável, pois neste tipo de contratação o consumidor tem pouco tempo para tomar sua decisão. Além disso, nos contratos porta a porta, diminui-se a possibilidade do consumidor comparar os preços em outros locais. Isso sem falar que o consumidor incomodado e pressionado pode acabar comprando o produto simplesmente pelo fato de se ver livre do vendedor inconveniente.

¹⁹⁶ LEITÃO, Luís Manoel Teles de Menezes. *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*. Estudos de Direito do Consumidor. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumidor. v. 5. 2004, p. 169.

3) BREVE REFERÊNCIA A SOLUÇÕES PREVISTAS EM OUTRAS ORDENS JURÍDICAS

3.1 – França¹⁹⁷

Na França, o direito de arrependimento é consagrado no *Code de la Consommation*. As disposições deste diploma se aplicam a toda venda de bens ou prestação de um serviços concluídos sem a presença física das partes, utilizando-se uma ou mais técnicas de comunicação à distância¹⁹⁸.

Determina o art. 121-20 deste diploma que o consumidor dispõe de um prazo de sete dias corridos para exercer o direito de *retratação*¹⁹⁹ (*droit de rétractation*) de forma discricionária e sem pagamento de quaisquer multas. O legislador francês optou que o pagamento das custas para o reembolso seja arcado pelo consumidor, o que acreditamos ser o mais justo e correto.

Exercido o direito de arrependimento, o fornecedor deve reembolsar os valores eventualmente pagos pelo consumidor num prazo de até 30 (trinta) dias. Ultrapassado esse período, devem ser computados juros legais.

Tal como a maioria das legislações europeias, a francesa apresenta um rol de restrições para o exercício do arrependimento. Segundo o art. 121-18, 1.º, verificamos que o consumidor não pode exercer o direito de arrependimento de um contrato de prestação de serviços do qual renunciou a desistência do

¹⁹⁷ Agradecimento especial a Mickael Cuffe pela tradução livre da legislação francesa.

¹⁹⁸ “Art. 121-16: Les dispositions de la présente sous-section s’appliquent à toute vente d’un bien ou toute fourniture d’une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance. Toutefois, elles ne s’appliquent pas aux contrats portant sur des services financiers”.

¹⁹⁹ “Art. 121-20: Le consommateur dispose d’un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l’exception, le cas échéant, des frais de retour. Le consommateur peut déroger à ce délai au cas où il ne pourrait se déplacer et où simultanément il aurait besoin de faire appel à une prestation immédiate et nécessaire à ses conditions d’existence. Dans ce cas, il continuerait à exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités”.

contrato no prazo legal²⁰⁰. Interessante ainda que a legislação francesa restringe o arrependimento das contratações firmadas em leilões públicos (art. 121-17, 4.º).

3.2 – Espanha

O direito de arrependimento nas vendas celebradas à distância é regulado, na Espanha, pela “*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*”, de 15 de janeiro de 1996. Para a legislação espanhola, considera-se venda à distância²⁰¹ quando celebrada sem a presença física simultânea do comprador e vendedor, sempre que a oferta e aceitação se realizem de forma exclusiva a partir de uma técnica de comunicação à distância ou por meio de um sistema de contratação com essa tipologia organizado pelo comerciante.

²⁰⁰ “Art. 121-18: *Sans préjudice des informations prévues par les articles L. 111-1 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes:*

1° *Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre ;*

2° *Le cas échéant, les frais de livraison ;*

3° *Les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ;*

4° *L'existence d'un droit de rétractation et ses limites éventuelles ou, dans le cas où ce droit ne s'applique pas, l'absence d'un droit de rétractation ;*

5° *La durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci ;*

6° *Le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base ;*

7° *Le cas échéant, la durée minimale du contrat proposé, lorsqu'il porte sur la fourniture continue ou périodique d'un bien ou d'un service.*

Ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée.

En cas de démarchage par téléphone ou par toute autre technique assimilable, le professionnel doit indiquer explicitement au début de la conversation son identité et le caractère commercial de l'appel.”

²⁰¹ “Art. 38. n. 1. *Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor”.*

O direito de arrependimento (*derecho de desistimiento*) é estabelecido no art. 44 do referido diploma legal²⁰². Segundo este dispositivo, o consumidor dispõe de um prazo mínimo de sete dias para desistir do contrato. Não é necessário apontar qualquer motivação para o seu exercício.

Quanto aos valores para o exercício deste direito, o fornecedor poderá imputar ao consumidor apenas os custos relacionados com o reenvio do produto. Contudo, a lei espanhola ainda afirma que caso o fornecedor ofereça um produto de qualidade e preço equivalentes em substituição do adquirido, os custos de devolução do produto deverão ser por ele suportados.

Tal como a maioria das legislações europeias, a lei espanhola determina a obrigatoriedade da prestação de uma gama de informações ao consumidor.

²⁰² “Art. 44. Derecho de desistimiento. 1. El comprador dispondrá de un plazo mínimo de siete días hábiles para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles.

2. El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho.

3. El derecho de desistimiento no puede implicar la imposición de penalidad alguna, si bien podrá exigirse al comprador que se haga cargo del coste directo de devolución del producto al vendedor. No obstante lo anterior, en los supuestos en que el vendedor pueda suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, los costes directos de devolución, si se ejerce el derecho de desistimiento, serán por cuenta del vendedor que habrá debido informar de ello al consumidor. Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo.

4. A efectos del ejercicio del derecho de desistimiento, el plazo se calculará a partir del día de recepción del bien, siempre que se haya cumplido el deber de información que impone el artículo 47.

5. En el caso de que el vendedor no haya cumplido con tal deber de información, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde aquel en que se entregó el bien. Si la información a que se refiere el artículo 47 se facilita durante el citado plazo de tres meses, el período de siete días hábiles para el desistimiento empezará a correr desde ese momento. Cuando el comprador ejerza su derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor, no podrá éste exigir que aquel se haga cargo de los gastos de devolución del producto.

6. Cuando el comprador haya ejercido el derecho de desistimiento o el de resolución conforme a lo establecido en el presente artículo, el vendedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el comprador sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo máximo de treinta días desde el desistimiento o la resolución. Corresponde al vendedor la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo. Transcurrido el mismo sin que el comprador haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad”.

Interessante, no entanto, que caso esses deveres de informação não sejam cumpridos, determina o ordenamento espanhol que o consumidor dispõe do direito de resolução contratual por descumprimento do dever de informação. Neste caso, o prazo para a *resolução* será de três meses contados da entrega do bem.

A lei espanhola age bem ao determinar que o consumidor dispõe de um direito de *resolução* e não um direito de arrependimento quando o vendedor não cumpre o seu dever de informação. Como houve descumprimento de uma das suas obrigações, correto o emprego do direito de resolução e não direito de arrependimento.

Também, valendo-se do quanto estabelecido na Directiva 97/7/CE, o ordenamento espanhol estabelece restrições ao direito de arrependimento²⁰³. Dentre elas, exemplificamos as aquisições de produtos que estão sujeitos a flutuações do mercado financeiro e que o vendedor não possa controlar, produtos confeccionados sob medida ao consumidor, as compras de áudios, vídeos e programas informáticos, revistas e publicações periódicas.

3.4 – Alemanha²⁰⁴

Na Alemanha, o direito de arrependimento aos consumidores é previsto no *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Determina o § 355 deste diploma, que o

²⁰³ “Art. 45. Excepciones al derecho de desistimiento. Salvo pacto en contrario, lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los siguientes contratos:

a. Contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el vendedor no pueda controlar.

b. Contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez

c. Contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente.

d. Contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas”.

²⁰⁴ Agradecimento especial à Catarina Schreckenber para a tradução livre do BGB.

consumidor alemão dispõe de duas semanas para se arrepender das vendas celebradas porta a porta ou à distância.

A venda porta a porta para o direito alemão (§ 312 do BGB) pode ser considerada aquela celebrada de forma verbal no local de trabalho ou casa do consumidor; na ocasião de um evento de lazer organizado pelo empreendedor ou terceiros ou na aproximação de representantes em áreas de circulação publicamente acessíveis.

Já a venda à distância, nos termos do § 312b do BGB, é aquela estabelecida para o fornecimento de mercadorias ou prestação de serviços (incluindo financeiros) quando celebrada entre fornecedor e consumidor, por meio de qualquer meio de comunicação à distância. A lei alemã afirma que dentre esses meios incluem-se cartas, catálogos, ligações telefônicas, fax, *e-mail* e serviços telefônicos e de mídia.

Pois bem. Segundo o n. 2 do § 355 do BGB, o direito de arrependimento pode ser exercido nesses contratos em até duas semanas, iniciando-se a contagem do prazo para o seu exercício, no momento em que o consumidor for informado de forma clara, em formato de texto, sobre a possibilidade de arrepender-se. Caso essa informação tenha sido prestada após a celebração do contrato, o consumidor disporá de novo prazo para arrepender-se (um mês) contado da data da prestação da informação.

As consequências legais decorrentes do direito de arrependimento estão previstas no § 357 do BGB. Segundo determina este diploma, em regra, exercido o direito de arrependimento, deverá o fornecedor arcar com os custos e riscos para a devolução da coisa. Contudo, poderá o consumidor suportar os custos de reenvio da coisa, desde que estes não ultrapassem 40 euros. Os riscos com a conservação da coisa também podem ser transferidos ao consumidor caso o fornecedor tenha advertido sobre as formas de mau-uso da coisa ou a possibilidade de evitá-lo.

Com relação aos contratos à distância, o BGB (§ 312b), valendo-se da Directiva do Parlamento Europeu 97/7/CE, restringe o arrependimento em algumas hipóteses. Tais como: nos contratos para o fornecimento de mercadorias produzidas de acordo com especificações do consumidor; gravações de áudio ou vídeo; jornais, periódicos e revistas, dentre outras.

O arrependimento também não poderá ser exercido nos contratos de prestação de serviços os quais o consumidor tenha consentido com o início imediato da execução do contrato.

3.5 – Paraguai

O sistema de proteção ao consumidor paraguaio é estabelecido pela Lei 1.334/98 – “*Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario*”. Tal como no Brasil e em outros países da América Latina, o Paraguai estatuiu o direito de arrependimento em apenas um único artigo²⁰⁵, que pode ser considerado praticamente uma cópia traduzida do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Assim como no CDC, determina o artigo da lei de defesa ao consumidor paraguaio que o consumidor terá um direito de arrependimento de sete dias contados da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço, quando a contratação tenha sido celebrada fora do estabelecimento comercial do fornecedor, especialmente por telefone ou no domicílio do consumidor. A lei paraguaia ainda aduz que os valores a serem restituídos deverão ser atualizados, desde que o produto ou serviço não tenham sofrido deterioração. Não há restrições ao direito de arrependimento expressos na letra da lei.

²⁰⁵ “*Artículo 26. El consumidor tendrá derecho a retractarse dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si há sido celebrado por teléfono o en el domicilio del consumidor*

En caso que ejercite oportunamente este derecho, lê serán restituidos los valores cancelados, debidamente actualizados, siempre que ele servicio o producto no hubiese sido utilizado o sufrido deterioro”.

3.6 – Argentina

A norma que rege os direitos dos consumidores argentinos é a Lei n.º 24.240, sancionada na Argentina, em 22 de setembro de 1993.

Tal como a maioria dos textos europeus, a legislação do consumidor argentino prevê um capítulo apartado para as vendas ao domicílio, por correspondência e afins^{206,207} (*venta domiciliaria, por correspondencia y otras*).

O direito de arrependimento é tratado como *revocación de aceptación*²⁰⁸. Segundo o direito argentino, o consumidor dispõe apenas de cinco dias corridos para exercer o direito de arrependimento, contados da data que foi entregue a coisa ou da celebração do contrato²⁰⁹.

Curioso verificar que o direito argentino, tal como o direito português, estabelece em diversas previsões o dever de informação do fornecedor. Não é estabelecido apenas um dever geral de informação, tal como no direito

²⁰⁶ Para Gabriel Stiglitz e Rubén Stiglitz, as vendas por correspondência e afins podem ser consideradas aquelas celebradas por correio, telefone e outras vias de telecomunicação, televisão e outros dispositivos eletrônicos ou telemáticos (STINGLITZ, Gabriel; STINGLITZ, Rubén. *Derechos y defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Rocca, 1994. p. 201).

²⁰⁷ O conceito de venda ao domicílio é previsto no art. 32 da referida lei: “Art. 32. *Venta Domiciliaria. Es aquella de venta de una cosa o prestación de un servicio efectuada al consumidor em el lugar donde reside, en forma permanente o transitoria o en su lugar de trabajo. Em ella el contrato debe ser celebrado por escrito y com las precisiones del artículo 10.*”

Lo dispuesto precedentemente no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.”

Já o conceito de vendas celebradas por correspondência e afins é estabelecido pelo art. 33: “*Venta por correspondencia y otras. Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios.*”

²⁰⁸ Quanto à natureza jurídica do direito de arrependimento argentino, Gabriel Stiglitz e Rubén Stiglitz afirmam: “*Desde el punto de vista de la esencia de la figura, conceptualmente se há graficado la revocación de la aceptación, o el arrepentimiento dentro del plazo de reflexión, sea como que ‘el consentimiento es puesto en cámara lenta’, o bien, que ‘la aceptación es claudicante’.*” (STINGLITZ e STINGLITZ, *Derechos...*, p. 200).

²⁰⁹ “Art.34. *Revocación de Aceptación. Em los casos de los artículos 32 y 33, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de cinco (5) días corridos, contados a partir de la fecha em que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada.*”

brasileiro. Ao longo da Lei 24.240/93, existem diversas determinações acerca do dever específico de informação (arts. 4º, 10, 14 e 21).

Quanto às informações referentes ao exercício do direito de arrependimento, a lei argentina determina que o vendedor, de forma clara, notória e escrita, deve informar ao consumidor a possibilidade da desistência do contrato.

Com relação aos custos para o reenvio da coisa, a lei argentina consigna de forma expressa que estes devem ser suportados pelo fornecedor²¹⁰, posição que somos totalmente contrários conforme será visto adiante.

3.7 – Uruguai

A lei de proteção aos consumidores do Uruguai é uma das mais recentes na América Latina. Promulgada em 2000, a Lei 17.250, estabelece, em seu art. 16, o direito de arrependimento²¹¹.

²¹⁰ “Art. 34. [...] El consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último”.

²¹¹ “Artículo 16. La oferta de productos o servicios que se realice fuera del local empresarial, por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, "ipso-jure" el contrato. El consumidor podrá ejercer tal derecho dentro de los cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte. La opción por la rescisión o resolución deberá ser comunicada al proveedor por cualquier medio fehaciente.

Cuando la oferta de servicios se realice en locales acondicionados con la finalidad de ofertar, el consumidor podrá rescindir o resolver el contrato en los términos dispuestos en el inciso primero del presente artículo.

Si el consumidor ejerciere el derecho a resolver o rescindir el contrato deberá proceder a la devolución del producto al proveedor, sin uso, en el mismo estado en que fue recibido, salvo lo concerniente a la comprobación del mismo. Por su parte, el proveedor deberá restituir inmediatamente al consumidor todo lo que éste hubiere pagado. La demora en la restitución de los importes pagados por el consumidor, dará lugar a que éste exija la actualización de las sumas a restituir. Cada parte deberá hacerse cargo de los costos de la restitución de la prestación recibida. En los casos en los que el consumidor rescinda o resuelva el contrato de conformidad a las previsiones precedentes, quedarán sin efecto las formas de pago diferido de las prestaciones emergentes de dicho contrato que éste hubiera instrumentado a través de tarjetas de crédito o similares. Bastará a tal efecto que el consumidor comunique a las emisoras de las referidas tarjetas su ejercicio de la opción de resolución o rescisión del contrato.

En el caso de servicios parcialmente prestados, el consumidor pagará solamente aquella parte que haya sido ejecutada y si el servicio fue pagado anticipadamente, el proveedor devolverá inmediatamente el monto correspondiente a la parte no ejecutada. La demora en la restitución de los importes pagados por el consumidor, dará lugar a que éste exija la actualización de las

Em primeiro lugar, interessa notar que a lei uruguaia prevê o direito de arrependimento no Capítulo IV, da Lei 17.250, que se refere à “oferta em geral”. Nestes termos, segundo o art. 16 deste diploma, o direito de arrependimento pode ser exercido sempre que a *oferta* seja realizada fora do estabelecimento empresarial. Diante da promulgação deste diploma, já no século da era digital, a lei uruguaia prevê expressamente o direito de arrependimento de produtos e serviços ofertados de forma *informática*, televisiva, telefônica e, ainda, postal.

Tal como o direito argentino, os consumidores uruguaios desfrutam cinco dias para o exercício do direito de arrependimento, contados desde a celebração do contrato ou da entrega do produto ou serviço. A comunicação acerca do exercício da desistência do contrato deverá ser feita por qualquer meio “fidedigno” (*fehaciente*).

Exercido o direito de arrependimento, deverá o fornecedor restituir “imediatamente” ao consumidor tudo que fora por ele pago. Havendo demora na restituição dos valores pagos pelo consumidor, determina a lei uruguaia que os estes deverão ser pagos de forma atualizada.

Com relação aos custos, em redação sujeita à interpretação, a Lei 17.250/2000 determina que cada parte arcará com os custos relativos ao exercício do direito de arrependimento. Assim sendo, parece-nos que o consumidor deverá arcar com os custos relativos à devolução do produto adquirido.

A lei uruguaia ainda afirma que sendo exercido o direito de arrependimento, todas as formas referentes ao pagamento restarão sem efeito. É o caso do pagamento com cartão de crédito. Para a configuração deste efeito, basta que

*sumas a restituir. Se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en el párrafo final del inciso anterior del presente artículo.
En todos los casos el proveedor deberá informar el domicilio de su establecimiento o el suyo propio siendo insuficiente indicar solamente el casillero postal o similar”.*

o consumidor comunique às administradoras de cartão de crédito a opção pela desistência do contrato.

Havemos de salientar a inovação trazida pela Lei 17.250, que diz respeito ao direito de arrependimento na contratação de serviços parcialmente prestados. Neste caso, determina a lei uruguaia que o consumidor pagará apenas o que for referente ao serviço efetivamente realizado. Desconhecemos qualquer outra legislação que tenha previsão parecida. Realmente existe uma grande problemática quanto ao exercício do arrependimento na prestação de serviços. Frente a complexidade do tema, reservamos mais a frente, item especial para o tratamento deste ponto.

4) REGIME JURÍDICO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Certamente este é o ponto mais árduo de todo nosso trabalho. O regime jurídico do direito de arrependimento é um tema extremamente controvertido, principalmente porque a própria lei não trata o instituto de forma uniforme.

Veja-se que em Portugal, por exemplo, os diplomas que conferem a possibilidade de desistência do contrato pelo consumidor designam este direito em diversas formas. O Decreto-Lei 275/93, de 5 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei 180/99, de 22 de maio, estabelece que o adquirente do direito real de habitação periódica possui um *direito de resolução* da contratação realizada. Por seu turno, o Decreto-Lei 359/91, de 21 de setembro, batizou o art. 8.º como *período de reflexão*, mas determina no n. 1 deste artigo que o contrato só se tornará eficaz caso o consumidor não *revogar* a sua declaração ao fornecedor de serviços financeiros. Já o Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril, que estabelece o regime dos contratos celebrados à distância e ao domicílio, dispõe aos consumidores o *direito de livre resolução* das contratações. Quando o dever de informação não é prestado, ou prestado de forma precária, a Lei de Defesa dos Consumidores n.º 24/96 lhes confere um *direito de retractação* da celebração realizada. Em nível comunitário, para

dificultar ainda mais a questão, a Directiva 97/7/CE, de 20 de maio, estabelece o *direito de rescisão* aos contratos celebrados à distância e ao domicílio.

A dificuldade de compreensão do regime jurídico do direito de arrependimento também é facilmente constatada na doutrina portuguesa. Admitindo a polémica envolvendo o assunto, Januário Gomes²¹² defende que o direito de arrependimento é uma forma de resolução contratual, que tem, em princípio, efeito retroativo.

Por sua vez, José Oliveira Ascensão²¹³ afirmou que este direito se aproxima da revogação contratual:

“É discutida a natureza desde direito do consumidor. A directriz fala em rescisão, que é qualificação que como dissemos deve ser evitada. O decreto-lei fala em resolução, mas esta pressupõe justa causa. Também se fala em arrependimento, mas é mais uma descrição que uma precisa qualificação jurídica. Pareceria mais revogação pois o exercício fica inteiramente na disponibilidade do consumidor”.

Pedro Romano Martinez²¹⁴, por sua vez, afirma que o direito de arrependimento pode ser considerado uma forma de *revogação unilateral* que, na falta de regras próprias, segue o regime da resolução.

Elsa Dias Oliveira²¹⁵, sem revelar seu posicionamento sobre a questão, admite que, caso o arrependimento seja caracterizado como forma de resolução, este direito não deve ser enquadrado no âmbito da resolução, sendo antes uma figura *sui generis*, um direito temporalmente balizado e que, uma vez exercido,

²¹² GOMES, Januário. Sobre o direito de arrependimento do adquirente de direito real de habitação periódica e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 3, julho de 1995. p. 74.

²¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral. Ações e Factos Jurídicos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II. p. 479.

²¹⁴ MARTINEZ, *Da cessação...*, p. 56-57.

²¹⁵ OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 95.

faz extinguir o contrato, um direito de arrependimento²¹⁶. Segundo esta autora, o arrependimento também parece não se enquadrar na figura da revogação – uma vez que este instituto opera *ex nunc*. Outrossim, a hipótese de enquadramento do arrependimento como forma de denúncia foi criticada pela jurista, vez que esta pressupõe contratos com prestações duradouras e, salvo em contratos por tempo indeterminado, deve-se fazer no termo do prazo para renovação, sendo, por regra, não retroativa.

Representando a doutrina espanhola, Maria Alvarez Moreno²¹⁷ afirma que o arrependimento não se trata de hipótese de resolução porque esta figura está ligada diretamente ao incumprimento contratual por uma das partes, o que não é o caso. Para esta jurista, o arrependimento aproxima-se mais da revogação, haja vista o efeito retroativo que o seu exercício implica.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a possibilidade dos consumidores *desistirem* dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial do fornecedor. O parágrafo único ainda utiliza a expressão “direito de arrependimento”. O Código Civil, por sua vez, numa falha legislativa, tratando de hipótese clara de rescisão unilateral, utiliza de forma incorreta a expressão “direito de arrependimento” no art. 420²¹⁸.

Numa comparação rápida, até poderíamos entender que o direito de arrependimento compreenderia uma forma de *resilição unilateral*. Contudo, como visto há pouco, os efeitos da rescisão operam de forma *ex nunc*. Já no arrependimento, seus efeitos operam de forma *ex tunc*, retornando as partes ao estado anterior ao de terem celebrado qualquer avença. Além disso, o

²¹⁶ Neste sentido, veja-se que os textos legais portugueses dos últimos anos, ao preverem hipóteses de arrependimento, parecem ter preferido a expressão direito de *livre* resolução. Assim se dá com o Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril, o Decreto-Lei 95/2006, de 29 de maio de 2006 e o Anteprojeto do Código do Consumidor português. Assim, parece-nos que o legislador português mais moderno tem enquadrado o direito de arrependimento como forma de resolução, ainda que *sui generis*.

²¹⁷ MORENO, *El desistimiento...*, p. 193-194.

²¹⁸ “Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar”.

arrependimento é sempre um direito potestativo e gratuito, o que nem sempre ocorre na rescisão.

A natureza jurídica do direito de arrependimento foi examinada por poucos autores brasileiros²¹⁹. Dentre eles, destacamos as palavras de Cláudia Lima Marques²²⁰:

*“Podemos interpretar o art. 49 do CDC como simplesmente instituído, no direito brasileiro, **uma nova causa de resolução do contrato**. Seria uma faculdade unilateral do consumidor de resolver o contrato no prazo legal de reflexão, sem ter que arcar com os ônus contratuais normais da resolução por inadimplemento (perdas e danos, etc.) O contrato firmado a domicílio seria um contrato, por lei, resolúvel. Como se a antiga figura do direito romano, a cláusula resolutiva tácita incorporada ao direito alemão (§ 326 BGB e novo § 355 do BGB-Reformado) passasse a existir no direito brasileiro. A resolução opera, então, de pleno direito, não necessitando a manifestação do Judiciário, bastando a simples manifestação de vontade do consumidor em desistir do contrato. Resolver-se-ia o contrato por atuação desta cláusula resolutiva tácita, presente em todas as vendas a domicílio, liberando os contraentes, sem apagar todos os efeitos produzidos com o contrato, mas operando retroativamente para restabelecer o status que ante” (grifos nossos)²²¹.*

²¹⁹ A dificuldade da questão foi retratada por Cláudia Lima Marques: “Certo é, que se trata de uma norma complexa, a do art. 49, misturando várias figuras, como o arrependimento, que até então era pré-contratual, a desistência unilateral, enquanto o direito tradicional conhecia somente o distrato, e o prazo de reflexão, que até agora era considerado um simples dever acessório ao contrato. Definir o âmbito, a natureza e os reflexos deste novo instituto pelo CDC exigirá da doutrina um longo caminho de discussão e aprofundamento” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 710).

Nesse mesmo sentido, Elsa Dias Oliveira afirmou que o arrependimento “[...] é um conceito que terá de ser compreendido e apreendido numa perspectiva em que falha um exacto rigor técnico” (OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 110).

²²⁰ MARQUES, *Contratos ...*, p. 710.

²²¹ Este mesmo posicionamento é acompanhado por Bruno Miragem que asseverou: “Este direito de arrependimento ou desistência tem natureza de direito formativo extintivo do contrato, uma nova espécie de direito de resolução contratual, cuja eficácia depende exclusivamente do seu exercício por parte do consumidor”. (MIRAGEM, Bruno *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 243-244).

Parece-nos que esta jurista procura enquadrar o direito de arrependimento como forma de resolução contratual, todavia, diante das diferenças entre os institutos, classifica o arrependimento como *nova causa* de resolução contratual.

Não obstante todas as posições firmadas precedentemente, cremos que o melhor caminho não é enquadrar o direito de arrependimento nas tradicionais formas de extinção dos contratos. Isso porque a natureza jurídica do arrependimento, em algum ponto, distingue-se das formas comuns que compreendem a extinção normal dos contratos.

Todavia, sublinhamos que a *ratio* do instituto é comum em todas as legislações. É sempre um direito discricionário, independente de qualquer justificação (potestativo) decorrente da lei, o qual não pressupõe indenização à parte contrária, cujo intuito foi criado para a proteção de uma parte mais fraca, nomeadamente os consumidores.

Diante o regime jurídico *sui generis* do instituto ora em análise, acreditamos que o direito de arrependimento deve ser considerado como uma *nova forma de extinção contratual*, que visa proteger a parte mais débil numa relação jurídica. Em nosso entendimento, cremos que esta proteção não deve ser classificada como forma de resolução, rescisão, denúncia, etc., mas tão somente um “direito de arrependimento”²²².

Obviamente sabemos do alto nível da discussão e de toda complexidade envolvida. Nosso parecer enquadra-se como mais um argumento para que novos trabalhos possam ser criados, com intuito de decifrar com exatidão o regime jurídico direito de arrependimento.

²²² Contudo, devemos frisar que entendemos que nos casos onde haja descumprimento no dever de informação, os consumidores dispõem de um direito de resolução e não arrependimento. Essa assertiva também pode ser constatada na Lei espanhola (“*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*”).

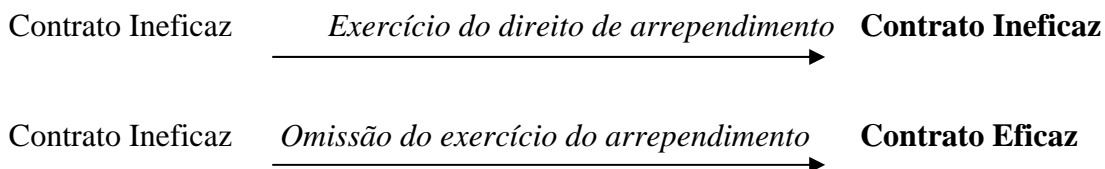
5) A EFICÁCIA DOS CONTRATOS DURANTE O PRAZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Outro ponto extremamente debatido na doutrina diz respeito à eficácia do contrato enquanto não tiver sido transcorrido o prazo para o exercício do direito do arrependimento.

Para tanto, Carlos Ferreira de Almeida²²³ assevera que a doutrina alemã diferenciou dois tipos de modelos. O primeiro modelo, que foi designado por modelo da *eficácia suspensa*, afirma que o contrato só terá efeito se, durante o período de reflexão, o direito de arrependimento não for exercido. O acordo contratual começa assim por ser ineficaz, podendo tornar-se eficaz mediante a verificação de uma omissão (fato negativo – o não exercício do arrependimento).

Aduz este autor, que o segundo modelo – denominado de modelo da *eficácia resolúvel* – defende que o contrato ficará sem efeito se, durante o período de reflexão, o direito de arrependimento for exercido. O acordo contratual é, portanto, eficaz, tornando-se ineficaz mediante a verificação de uma ação (fato positivo). Para melhor elucidar os modelos criados pela doutrina alemã, veja-se o esquema abaixo²²⁴:

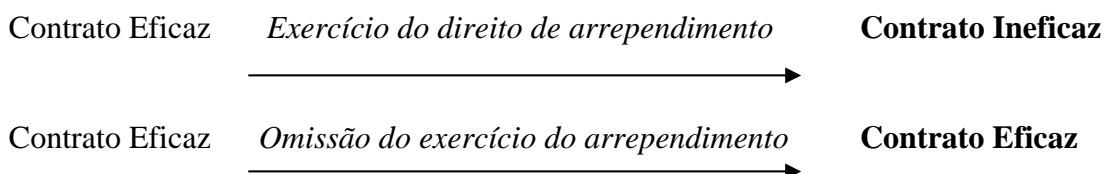
1º Modelo (Eficácia Suspensa):



²²³ ALMEIDA, *Direito...*, p. 110.

²²⁴ Estes modelos também foram estudados de por Maria Álvarez Moreno (*El desisimiento...*, p. 221-232.)

2º Modelo (Eficácia Resolúvel)



Dependendo do tipo de modelo adotado, poderíamos citar inclusive que o direito de arrependimento ou extingue o contrato em si ou apenas a declaração de vontade anteriormente firmada.

Verificando a legislação de Portugal, pudemos observar que o legislador português ora parece ter adotado a primeira corrente, ora a segunda. Exemplo do modelo da eficácia suspensa (1º modelo) encontra-se disposto no art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei 359/91:

*“Com excepção dos casos previstos no art. n.º 5, a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato de crédito **só se torna eficaz se o consumidor não a revogar**, em declaração enviada ao credor por carta registrada com aviso de recepção e expendida no prazo de sete dias úteis a contar da assinatura do contrato, ou em declaração notificada ao credor, por qualquer outro meio, no mesmo prazo”* (grifos nossos).

Esta mesma posição parece ter sido adotada no Anteprojeto do Código do Consumidor português. Nos termos do art. 189 deste diploma, antes do decurso do prazo para o exercício do direito de arrependimento, o fornecedor não pode exigir qualquer quantia direta ou indiretamente relacionada com o contrato²²⁵.

Todavia, em outros diplomas portugueses (Decreto-Lei 143/2001 e Decreto-Lei 95/2006, por exemplo), a lei sugere que a celebração da avença já produz

²²⁵ “Art. 189.º, n. 2. Durante o decurso do prazo para o exercício do direito de livre resolução é proibido exigir ao consumidor a entrega de qualquer quantia, seja a título de pagamento do preço, seja a pretexto de qualquer outro objectivo directa ou indirectamente relacionado com o contrato”.

eficácia imediata ao contrato. Nesses casos, portanto, parece ter o legislador optado pelo segundo modelo, que sugere a destruição dos efeitos já produzidos, ou seja, o modelo de eficácia resolúvel.

Ademais, o art. 8.º do Decreto-Lei 143/2001, que trata dos efeitos do direito de arrependimento, afirma que o fornecedor fica obrigado a reembolsar no prazo máximo de 30 (trinta) dias o montante pago pelo consumidor. Com o pagamento do preço pelo consumidor e a entrega do produto ou serviço, temos um contrato plenamente concluído. Exercido o direito de arrependimento pelo consumidor, os efeitos deste contrato retroagem de forma *ex tunc*.

A adoção do segundo modelo pelo direito português também é defendida por Pedro Romano Martinez²²⁶. Segundo este jurista, o contrato produz os seus efeitos nos termos comuns desde à data da celebração, podendo executar-se desde logo, mas, durante o período de reflexão, pode cessar com eficácia retroativa.

Cláudia Lima Marques aponta que a doutrina francesa²²⁷ adota a interpretação de que nas avenças em que for disposto o arrependimento o contrato não se conclui instantaneamente (eficácia suspensa), porque a lei francesa proíbe que se exija do cliente qualquer tipo de contraprestação durante este prazo, ou seja, não há qualquer tipo de execução do contrato durante o prazo de reflexão. Nestes termos, segundo a doutrina francesa, caso o produto tenha sido entregue ao consumidor, será ele mero *depositário* do bem²²⁸. Conclui-se, portanto, ter a doutrina francesa adotado a primeira corrente.

²²⁶ MARTINEZ, *Da cessação...*, p. 161.

²²⁷ MARQUES, *Contratos...*, p. 708.

²²⁸ Nesse sentido: Cláudia Lima Marques e Maria Álvares Moreno alegam que no modelo de eficácia suspensa, o consumidor é considerado mero depositário da coisa. (Respectivamente MARQUES, *Contratos...*, p. 708; MORENO, *El desisimiento...*, p. 223).

E qual teria sido a posição adotada pelo Brasil? Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Saad e Ana Maria Saad²²⁹ não deixam claro seus posicionamentos, mas parecem tender para a primeira corrente. Segundo estes juristas, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro condicionou o aperfeiçoamento do contrato ao transcurso do prazo de sete dias²³⁰.

Por seu turno, Cláudia Lima Marques²³¹ afirma que o contrato firmado ao domicílio seria um contrato, por lei, resolúvel, como se a antiga figura do direito romano, a cláusula resolutiva tácita, incorporada ao direito alemão, passasse a existir no direito brasileiro. Além disso, esta jurista expõe que o contrato nasceu e o consumidor não é mero possuidor do bem ou depositário como no sistema francês, mas sim o “novo proprietário” do produto, pois a tradição transferiu o domínio²³². Fica claro, portanto, que Cláudia Lima Marques pressupõe um contrato válido e eficaz que perderia sua eficácia por meio de “simples manifestação de vontade do consumidor em desistir do contrato”.

Essa é a mesma posição adotada pelo CDC. A partir da leitura do art. 49 do CDC²³³, percebemos que o legislador pressupõe um contrato já concluído. Veja-se que o *caput* do referido dispositivo aduz a possibilidade do consumidor *desistir* da contratação celebrada. Ademais, exercido o direito de arrependimento pelo consumidor, o fornecedor deve ressarcir os valores

²²⁹ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo; SAAD, Ana Maria. *Comentários ao código de defesa do consumidor e sua jurisprudência anotada*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 599.

²³⁰ É o mesmo posicionamento de James Eduardo Oliveira: “O pleno significado do dispositivo reside no ter alterado a concepção tradicional sobre o tempo da perfeição do contrato, postergando-o do momento tradicional de sua celebração ou entrega do produto ou serviço por sete dias. Um contrato acabado, mesmo com o pagamento da totalidade do preço e a correspondente prestação, numa relação de consumo, não se torna definitivo neste momento e por essa razão, mesmo que o queixarem as partes”. (OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de defesa do consumidor*: anotado e comentado. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 325) e Alberto do Amaral Júnior: “A assinatura do contrato não é o símbolo da vontade definitiva, constituindo somente uma etapa no processo de formação do consentimento. Este apenas se tornará perfeito nos sete dias seguintes à assinatura do contrato, porque o contratante terá tempo necessário para refletir sobre o alcance e oportunamente sobre o acordo, além de poder informar-se melhor sobre o contrato que pretende celebrar”. (AMARAL JÚNIOR, Adalberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 231).

²³¹ MARQUES, *Contratos...*, p. 710.

²³² *Ibidem*, 711.

²³³ O art. 49 do CDC aduz: “O consumidor pode desistir do **contrato...**”.

anteriormente pagos. Tal como no Decreto-Lei 143/2001, se a coisa foi paga e entregue ao consumidor, temos um contrato já celebrado e produzindo efeitos desde a manifestação positiva do consumidor²³⁴.

Essa também é a teoria que defendemos. Antes de discorrermos sobre nossos motivos, faz-se mister trazer à baila os dispositivos legais que tratam da condição suspensiva e resolutive tanto na legislação brasileira quanto portuguesa. Isso porque, ao final, procuraremos demonstrar que o arrependimento aproxima-se muito mais do modelo da eficácia resolúvel do que de eficácia suspensa.

Legislação Portuguesa:

Condição Resolutiva e Suspensiva

Art. 270 do Código Civil português:
“As partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução: no primeiro caso, diz-se suspensiva a condição; no segundo, resolutive”.

Legislação Brasileira:

A - Condição Suspensiva²³⁵:

Art. 121 do Código Civil brasileiro:
“Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

²³⁴ Essa também é a doutrina adotada por Marco Antonio Schmitt. Segundo ele “é de se aceitar que o contrato é sinalagmática e validamente concluído antes do prazo de 7 (sete) dias, no momento da assinatura. [...] Se exercida a faculdade de retratação, a consequência em relação aos contratos realizados fora do estabelecimento comercial é bastante peculiar: apaga-se o próprio consentimento do consumidor, o contrato caduca”. (SCHMITT, Marco Antonio. Contratações à distância: a Directiva 97/7/CE da Comunidade Européia e o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, n. 25, Janeiro-Março de 1998. p. 71.)

²³⁵ A condição suspensiva é conceituada no direito brasileiro por Vicente Ráo: “Suspensiva é a condição que subordina o início da eficácia do ato jurídico à verificação ou não-verificação de um evento futuro e incerto (‘sub condicione stipulatio fit cum aliquem casum differtur obligatio’) (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 257).

B - Condição Resolutiva²³⁶:

Art. 127 do Código Civil brasileiro:

“Se for resolutiva a condição, enquanto esta não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido”.

Em primeiro lugar, veja-se que o Código Civil português trata da condição suspensiva e resolutiva num mesmo dispositivo. O Código Civil brasileiro optou em separar essas figuras.

Como já mencionado, estamos convencidos que o arrependimento assemelha-se muito mais da condição resolutiva do que de uma condição suspensiva. O contrato não está subordinado a nenhum evento futuro e incerto. Desde a conclusão da celebração esse contrato possui eficácia válida. Exercido o direito de arrependimento pelo consumidor, a eficácia do contrato estará prejudicada, mas em nenhum momento se aguardou um fato omissivo (a ausência do exercício do arrependimento) para que o contrato tivesse sua execução iniciada.

No caso da compra e venda via internet de um *notebook*, por exemplo, tão logo o consumidor receba o produto em sua residência, já pode acessar a internet como se proprietário fosse. Não é o caso de ser realizado apenas um único teste para ver se aquele produto funciona como mais ou menos se previa. O arrependimento dá a oportunidade ao consumidor utilizar o produto normalmente durante curto período de tempo exatamente para ver se suas expectativas foram alcançadas.

Caso assim não fosse entendido, ao receber a coisa, o consumidor não seria o proprietário desta, porque a eficácia do contrato estaria suspensa até a omissão do exercício do direito de arrependimento. Todavia, não nos parece crível que essa seja a realidade fática. Quando o consumidor adquire um carro pela internet, por exemplo, circula normalmente pelas ruas. Não o mantém

²³⁶ Já a condição resolutiva é conceituada por Vicente Ráo como “a condição cujo implemento faz cessar os efeitos do ato jurídico” (RÁO, *Ato...*, p. 257).

numa garagem até que o prazo referente ao direito de arrependimento seja transcorrido.

Assim, acreditamos que os efeitos do contrato têm início tão logo seja adquirido o produto ou serviço pelo consumidor. Recebido o produto, o consumidor é efetivamente o seu proprietário. Todavia, querendo exercer o arrependimento, poderá o fazer cessando os efeitos desse contrato de forma *ex tunc*.

6) O DEVER DE INFORMAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O dever de informação^{237, 238} é considerado como um dos direitos mais importantes de que os consumidores dispõem na relação de consumo. Como bem asseverado por Elsa Dias Oliveira²³⁹, um dos fatores determinantes da fragilidade contratual do consumidor é justamente sua falta de informação e de educação. Refere a autora portuguesa que o consumidor, frequentemente, não tem conhecimento nem dos seus direitos nem dos seus deveres; não tem a noção dos métodos de venda utilizados pelos fornecedores, nem capacidade

²³⁷ Para complementação de estudo desta matéria, verificar: MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Lisboa: Almedina, 2003. CANUT, Leticia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional*. Curitiba: Juruá, 2007; LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico* (Tradução de Fabiano Menke e notas de Cláudia Lima Marques). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

²³⁸ Para Gabriel Stiglitz e Rubén Stiglitz, *“El derecho a la información bien puede ser planteado en el centro de los derechos sustanciales de los consumidores. Es uno de los derechos básicos, pues la información adecuada sobre los bienes y servicios es determinante de la protección, tanto de la seguridad como de los intereses de la protección. Correlativamente, las deficiencias en la información, pueden producir perjuicios a los consumidores en su patrimonio y hasta atinentes a su misma vida y salud. El objeto del derecho del consumidor a la información, versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación realizada, de sus derechos y obligaciones consiguientes y esencialmente, de las características de los deberes de información, depende de la posibilidad concreta del consumidor, de emplear los productos y servicios con plena seguridad y de modo satisfactorio para sus intereses económicos”* (STINGLITZ; STINGLITZ, *Derechos...*, p. 54.)

A importância da informação ao consumidor foi ressaltada por Fernanda Barbosa nos seguintes termos: *“No sistema de proteção e defesa do consumidor, tanto na lei brasileira, como nas demais leis editadas para este fim, o direito à informação constitui um dos pilares no qual se sustenta toda a normativa especial, e mais, um direito fundamental do consumidor. Além disso, é por meio da informação que se alcança proteger outros direitos de caráter igualmente fundamental, seja de modo imediato, cujo exemplo marcante é o direito à autodeterminação, seja de modo mediato, protegendo-se a saúde, patrimônio e demais bens de que é titular o consumidor, individual ou coletivamente considerado”*. (BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 112).

No mesmo sentido, veja-se a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo: *“O direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor. Nas legislações mundiais, voltadas a regular as relações de consumo, a referência é quase uniforme ao direito à informação fortalece as características universalizantes desse novo direito. Afinal, os problemas e dificuldades enfrentados pelos consumidores, em qualquer país, são comuns, a merecerem soluções comuns”* (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 10, n. 37, Janeiro-Março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 59.)

²³⁹ OLIVEIRA, *A proteção...*, p. 64 et seq.

para lhes resistir; não tem conhecimentos suficientes que lhe permitam, perante a proliferação da oferta, decidir em função da relação qualidade/preço.

Se essa falta de informação é presente em Portugal, imaginemos no Brasil, um país marcado pela pobreza, desigualdade social, carência de educação, dentre outras mazelas. No Brasil, a falta de instrução dos consumidores acerca de seus direitos abre portas para que fornecedores de serviços elaborem contratos com diversas cláusulas abusivas. Perante a desinformação dos consumidores, muitas vezes, essas cláusulas são respeitadas, suprimindo-se direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Dessa maneira, uma das formas mais eficazes para proteger os consumidores frente aos abusos por parte dos fornecedores, é que lhes sejam informados seus direitos quando celebrados os contratos.

Em Portugal, o direito à informação é considerado tão relevante que é previsto até mesmo na Constituição da República Portuguesa²⁴⁰. Em caráter infraconstitucional, o direito à informação aos consumidores, num panorama geral, é estabelecido no Decreto-Lei 24/96, de 22 de agosto²⁴¹.

Já num panorama específico, nos contratos celebrados à distância, por exemplo, determina o art. 4.º do Decreto-Lei 143/2001 uma gama de informações que o consumidor deve dispor, em tempo útil e *previamente* à

²⁴⁰ “Artigo 60.º n. 1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”.

²⁴¹ “Art. 7.º Direito à informação em geral. 1. Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver ações e adoptar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através de: a) apoio às ações de informação promovidas pelas associações de consumidores; b) criação de serviços municipais de informação ao consumidor; c) constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de interesses dos consumidores; d) criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica; e) criação de base de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado. 2. O serviço público de rádio e de televisão deve reservar espaços, em termos que a lei definirá, para a promoção dos interesses e direitos do consumidor”.

celebração do contrato, destacando-se: a identidade do fornecedor e, nos casos de contrato que exijam pagamento adiantado, o respectivo endereço, características essenciais do bem ou serviço, preço do bem, suas principais características, dentre outros dados²⁴².

Conforme se observa, diversas são as informações que o consumidor deve dispor *antes* da celebração do contrato. São informações *pré-contratuais*²⁴³ que cuidam não apenas do produto em si, todavia, também, são referentes à contratação celebrada. Essas informações devem ser fornecidas de forma clara e precisa, por qualquer meio de comunicação à distância, com respeito aos princípios da boa-fé e lealdade (art. 4.º n. 2).

²⁴² “Art. 4.º 1. O consumidor deve dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato a distância, das seguintes informações;

a) Identidade do fornecedor e, nos casos de contrato que exijam pagamento adiantado, o respectivo endereço; b) Características essenciais do bem ou do serviço; c) Preço do bem ou do serviço, incluindo taxas e impostos; d) Despesas de entrega, caso existam; e) Modalidades de pagamento, entrega ou execução; f) Existência do direito de resolução do contrato, excepto nos casos referidos no artigo 7.º; g) Custo de utilização da técnica de comunicação a distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base; h) Prazo de validade da oferta ou proposta contratual; i) Duração mínima do contrato, sempre que necessário, em caso de contratos de fornecimento de bens ou prestação de serviços e execução continuada ou periódica”.

²⁴³ Segundo Letícia Canut, a informação ao consumidor abrange dois momentos importantes: o *pré-contratual*, quando a informação precede (ex.: publicidade) ou acompanha o bem de consumo (ex.: embalagem) e o *contratual*, quando a informação é passada no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação (CANUT, *Proteção...*, p. 106).

Segundo Carlos Ferreira de Almeida, “o lugar próprio do dever pré-contratual de informação situa-se algures entre as fronteiras de dois interesses antagónicos: o interesse dos potenciais contraentes em conhecer todos os factores relevantes para a negociação e o interesse em prevalecerem-se da informação como trunfo na negociação (‘o segredo é a alma do negócio’). A troca de informações constitui a base do diálogo contratual, mas é também, especialmente em contratos com função de troca, um valor transaccionável, que confere significativo poder negocial”. Este jurista ainda adverte: “Com informação pré-contratual não deve confundir-se o conteúdo das declarações contratuais. Em caso algum é admissível, em relação a um contrato concluído, qualificar como informação pré-contratual algum elemento que se inclua no próprio texto do contrato. Ao valor performativo das declarações contratuais contrapõe-se o valor assertivo das comunicações pré-contratuais que não venham a inserir-se no conteúdo do contrato. A expressão ‘dever de informar’ usada em relação ao conteúdo de contratos já formados é incorreta e resulta de um resquício de uma concepção autoritária e regulamentar dos actos dos contraentes dotados de mais forte poder negocial. Quanto muito, poderá falar-se de ‘ônus de comunicar’, sob pena de não incluir no contrato tudo quanto não tenha sido comunicado e acordado.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceitos, fontes e formação*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2005. p. 191).

No período pós-contratual, essas mesmas informações devem ser *confirmadas* por escrito ou por meio de outro suporte durável²⁴⁴ até o início da execução do contrato (art. 5.º, n. 1). Junto com todas as informações anteriormente descritas, igualmente, deve ser informado ao consumidor um endereço geográfico do estabelecimento do fornecedor, elementos relativos ao serviço pós-venda, bem como as condições para resolução do contrato quando este tiver duração indeterminada ou superior a um ano (art. 5.º, n. 3).

A importância da confirmação das informações foi defendida por Elsa Dias Oliveira²⁴⁵. Para esta jurista, a ratificação dessas informações desperta a atenção do consumidor de modo que ele as analisará de forma atenta, ainda que a estas já tivesse tido acesso. Além disso, segundo esta jurista, a confirmação das informações tem um efeito persuasor, incentivando o fornecedor a cumprir o contrato nos exatos termos que foi proposto. Caso as informações pós-contratuais não sejam confirmadas, o prazo de 14 dias para o exercício do direito de arrependimento será ampliado para três meses (art. 6.º, n. 1, 'c'). Contudo, havendo *descumprimento* do dever de informação, cremos que o consumidor irá dispor de um direito de *resolução* do contrato e não de um direito de *arrependimento*, tal como determina a “*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*”²⁴⁶.

Especificamente sobre o dever de informar e o direito de arrependimento, define o Decreto-Lei 143/2001, em sede pré-contratual, que o fornecedor deve

²⁴⁴ Suporte durável é definido pelo art. 2.º, 'd' do Decreto-Lei 143/2001 como “[...]qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações de um modo permanente e acessível para referência futura e que não permita que as partes contratantes manipulem unilateralmente as informações armazenadas”.

²⁴⁵ OLIVEIRA, A *protecção...*, p. 76.

²⁴⁶ A lei espanhola determina que o consumidor dispõe de um direito de *resolução* e não *arrependimento* quando o vendedor não cumpre o seu dever de informação. Como houve descumprimento de uma das suas obrigações, correto o emprego do direito de resolução e não direito de arrependimento. Nesse sentido, veja-se especialmente o art. 38, n. 5 da “*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*”: “*En el caso de que el vendedor no haya cumplido con tal deber de información, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde aquel en que se entregó el bien. Si la información a que se refiere el artículo 47 se facilita durante el citado plazo de tres meses, el período de siete días hábiles para el desistimiento empezará a correr desde ese momento. Cuando el comprador ejerza su derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor, no podrá éste exigir que aquel se haga cargo de los gastos de devolución del producto*”.

comunicar o consumidor sobre a existência ou não do exercício do arrependimento (art. 4.º, n. 1, 'f'), bem como as restrições a esse direito. Já na informação pós-contratual, o consumidor deve receber a confirmação por escrito ou outro suporte durável, consignando as condições e modalidades para o exercício desse direito (art. 5.º, n. 3, 'a'). Caso as restrições acerca do direito de arrependimento não sejam noticiadas ao consumidor antes da celebração do contrato, estas não terão eficácia e o consumidor disporá de três meses para a desistência do contrato, ainda que sua contratação tenha sido celebrada dentre uma das formas que havia a lei restrito o arrependimento..

Outro diploma que traz disposições sobre o dever de informar na legislação portuguesa é o Decreto-Lei 95/2006, de 29 de maio. Essa legislação possui previsões análogas com as constantes do Decreto-Lei 143/2001, contudo, com pequenas diferenças. A redação deste diploma dividiu as informações nos seguintes termos: (i) quanto ao prestador do serviço; (ii) quanto ao serviço financeiro a ser prestado; (iii) e relativo ao contrato firmado.

Todas essas informações devem ser prestadas em papel ou noutro suporte duradouro²⁴⁷, disponível e acessível ao consumidor, podendo o consumidor exigir a qualquer tempo que lhe sejam fornecidos os termos do contrato em suporte de papel.

Nomeadamente quanto à informação acerca do direito de arrependimento, determina o art. 15.º, n. 1, 'a' que deverá ser indicada a existência, duração, condições, consequências que o não exercício possa acarretar e as instruções para onde deve ser enviada notificação para desistência do contrato.

A informação prévia e após a celebração do contrato, realizada de forma clara e precisa, mantém o consumidor totalmente ciente da possibilidade do

²⁴⁷ Para o Decreto-Lei 95/2006, “*considera-se suporte duradouro aquele que permita armazenar a informação dirigida pessoalmente ao consumidor, possibilitando no futuro, durante o período de tempo adequado aos fins a que a informação se destina, um acesso fácil à mesma e a sua reprodução inalterada.*” (art. 11, n. 2)

exercício do direito de arrependimento. Sem dúvidas essa obrigatoriedade traz resultados positivos. Em Portugal, a maioria dos consumidores tem conhecimento da possibilidade do direito de arrependimento de produtos e serviços adquiridos à distância. Contudo, essa realidade é bem diferente no Brasil.

Cruzando o oceano, o Código de Defesa do Consumidor do Brasil também prevê a obrigatoriedade dos fornecedores prestarem informações aos consumidores²⁴⁸. Entretanto, ao contrário da legislação portuguesa, o dever de informação previsto no CDC é estabelecido num *panorama geral*. Determina-se que o consumidor possui direito a informações adequadas sobre os produtos e serviços, dentre elas: principais características, preços, garantias, prazos de validade, riscos que apresentam, etc. Esse dever de informação deve ser prestado em todos os contratos em que exista relação de consumo. É o dever geral de informação tal como estatuído na Lei de Defesa do Consumidor n.º 24/96.

Contudo, veja-se que o CDC não possui um capítulo específico para tratar das vendas à distância ou do comércio eletrônico. Ademais, também não há qualquer legislação que regule essas matérias especificamente.

Assim, ao contrário de Portugal, não há obrigatoriedade da prestação de informações *específicas* quando a compra de determinado produto ou serviço for realizada no comércio eletrônico ou por meio de telefone²⁴⁹, carta, etc. Isso

²⁴⁸ “Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: [...] III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de qualidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

²⁴⁹ Veja-se que o Código de Defesa do Consumidor instituiu que, nas vendas celebradas por telefone, deverá o fornecedor informar o endereço de seu estabelecimento (art. 33 do CDC). Acreditamos que essa interpretação pode ser ampliada ao Comércio Eletrônico. Entretanto, Cláudia Lima Marques adverte sobre o problema de ser realizada uma interpretação extensiva neste caso: “[...] como o direito de arrependimento do art. 49 localiza-se na parte contratual do Código, fica, em princípio por uma interpretação sistemática, restrito ao

significa que independe ser a contratação realizada dentro ou fora do estabelecimento do fornecedor. Elas são sempre as mesmas, ou seja, aquelas previstas no art. 31 do Código do Consumidor.

A ausência de lei que regule a contratação à distância faz com que algumas informações importantes (e que não estão estabelecidas no art. 31) não sejam prestadas ao consumidor. Assim, por exemplo, quando o consumidor adquire um produto pela internet, não é estabelecido que o fornecedor está obrigado a informar ao consumidor o direito de arrependimento.

Como se percebe, o Código de Defesa do Consumidor estatuiu deveres de informação de contornos amplos e gerais. Não há deveres específicos para matérias peculiares, como é o caso das vendas realizadas fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

Perante a ausência de regulação do comércio eletrônico, encontram-se em tramitação, no Congresso Nacional brasileiro, dois Projetos de Lei com intuito de regular a matéria. São eles: Projeto 1.589/1999 e Projeto 4.906/2001. Em ambos projetos, há deveres de informações bem parecidos com aqueles determinados pela legislação portuguesa. Nos termos do art. 4.º do Projeto 1.589/1999, por exemplo, há imposição de que o fornecedor preste informações pré-contratuais, tais como nome do ofertante, endereço físico do estabelecimento, identificação do armazenador, meio pelo qual é possível contatar o ofertante, dentre outras²⁵⁰.

fornecedor efetivo. Se este não é identificável, torna-se inócuo o art. 49, restando ao consumidor apenas reclamar por vício do produto ou serviço. Seria salutar, portanto, que se acrescentasse um parágrafo ao art. 49, obrigando o fornecedor a identificar-se por escrito, para poder praticar este tipo de venda a domicílio, uma vez que a jurisprudência pode considerar temerário o uso da analogia ao art. 33 para impor mais um dever legal ao fornecedor". (MARQUES, Contratos..., p. 724).

²⁵⁰ "Art. 4.º A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre: a) nome do ofertante, e número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; b) endereço físico do estabelecimento; c) identificação e endereço físico do armazenador; d) meio pelo qual é possível contata o ofertante, inclusive correio eletrônico; e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante; f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo

Nomeadamente quanto ao direito de arrependimento, determina o art. 31, V, do Projeto 4.906/2001, que o fornecedor está obrigado a informar instruções precisas para o seu exercício²⁵¹.

Veja-se que a aprovação destes projetos já é aguardada pela sociedade civil brasileira há anos. Não é possível crer que mesmo diante do crescimento desenfreado do comércio eletrônico no Brasil²⁵², até hoje, não exista lei que trate especificamente sobre o assunto.

Estamos certos que a ausência da obrigatoriedade de o fornecedor informar ao consumidor sobre a possibilidade de desistência do contrato é a principal justificativa para que o direito de arrependimento seja tão impopular entre os consumidores brasileiros.

Ressaltamos, ainda, que as informações sobre o produto têm relação direta com o direito de arrependimento. Isso porque quanto maior a gama de informações prestadas ao consumidor menor será a possibilidade de ser exercido o arrependimento. Como bem apontado por Letícia Canut²⁵³, no

aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e g) os sistemas de segurança empregados na operação”.

²⁵¹ “Art. 31: A oferta de bens, serviços ou informações por meio eletrônico deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado, e deve conter claras e inequívocas informações sobre: I – nome ou razão social do ofertante; II – número de inscrição do ofertante no respectivo cadastro geral do Ministério da Fazenda e, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; III – domicílio ou sede do ofertante; IV – identificação e sede do provedor de serviços de armazenamento de dados; **V – número de telefone e endereço eletrônico para contato com o ofertante, bem como instruções precisas para o exercício do direito de arrependimento;** VI – tratamento e armazenamento, pelo ofertante, do contrato ou das informações fornecidas pelo destinatário da oferta; VII – instruções para o arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante, bem como para sua recuperação em caso de necessidade; e VIII – sistemas de segurança empregados na operação” (grifo nosso).

²⁵² Segundo estudo elaborado pela AméricaEconomia Intelligence e apresentado a Visa América Latina e Caribe, o Brasil lidera ranking do comércio eletrônico na América Latina, alcançando US\$4,89 bilhões em compras *on-line* no ano de 2007. Disponível em: http://www.wbibrasil.com.br/boletim.php?id_boletim=488. Acesso em 10 de outubro de 2008.

Em 2008, o comércio eletrônico no Brasil cresceu mais de 30%, apesar da crise financeira internacional. Disponível em: <http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI3438080-EI4803,00-Comercio+eletronico+cresce+em+no+Brasil.html>. Acesso em 08 de janeiro de 2009.

²⁵³ CANUT, *Proteção...*, p. 173.

comércio tradicional, os produtos são vistos materialmente e tocados para serem escolhidos, os serviços são contratados observando o prestador, contudo, no comércio eletrônico, os produtos são escolhidos com base em informações e na confiança. Segundo esta jurista, a própria informação virou mercadoria.

Tendo em vista que o consumidor não tem condições de tocar, sentir a coisa, os fornecedores mais modernos têm oferecido recursos de informações inovadores para venderem seus produtos. O suporte dessas informações é a internet.

Por meio dos mais diversos *sites* eletrônicos, verificamos que os fornecedores autorizam os consumidores a escutarem trechos das músicas antes de comprá-las; os hotéis demonstram pelo ecrã do computador uma visão 360º do quarto a ser reservado; livrarias autorizam o consumidor a folhear o livro antes de formalizar a compra; dentre outras inovações.

Isto posto, verifica-se que o dever de informação possui dois principais objetivos: (i) levar ao consumidor uma descrição completa sobre os produtos e serviços a serem adquiridos; (ii) advertir o consumidor sobre os direitos que possui decorrente da contratação realizada (ex. direito de arrependimento, serviço pós-venda, etc.).

Decorrente do princípio da boa-fé objetiva, ao lado do direito de arrependimento, o dever de informação traduz-se como uma das principais proteções dos consumidores nos contratos celebrados à distância, especialmente naqueles decorrentes do comércio eletrônico²⁵⁴.

²⁵⁴ Alberto do Amaral Júnior afirma que o direito de informação e direito de arrependimento se complementam no sistema de proteção contratual do CDC: “A exigência de divulgar informações verdadeiras a respeito dos diferentes produtos e serviços colocados no mercado é insuficiente para garantir a proteção do consumidor se não lhe é deixado tempo necessário à formação livre e esclarecida da vontade. O interesse do consumidor em receber informações somente se justifica se ele dispõe de tempo suficiente para assimilá-las ou apreciar o seu alcance”. (AMARAL JÚNIOR. *Proteção...*, p. 230).

7) O DIREITO DE ARREPENDIMENTO E A QUEBRA DO *PACTA SUNT SERVANDA*

O brocardo latim *pacta sunt servanda* significa que os contratos devem ser cumpridos²⁵⁵. A expressão traduz o princípio da força obrigatória dos contratos. Segundo Orlando Gomes²⁵⁶, o contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenham de ser cumprido. Para o autor, estipulado validamente o seu conteúdo, cabe ressaltar, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. O contrato importa restrição voluntária de liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

Na mesma senda, Caio Mário da Silva Pereira²⁵⁷ afirma que o contrato obriga os contratantes, fazendo com que não seja lícito arrependerem-se, nem revogá-lo, exceto por consentimento mútuo. O princípio da força obrigatória, como alude Caio Mário, significa a irreversibilidade da palavra empenhada²⁵⁸.

Essa visão positivista, no entanto, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, passou a ser cada vez mais abrandada. Na França, a Lei *Failliot*, de 21 de maio de 1918, embora de emergência, consagrou, de modo nítido, o princípio da revisão, dispondo que os contratos mercantis estipulados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser resolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante

²⁵⁵ QUEIRÓS, *Breviário...*, p. 13.

²⁵⁶ GOMES, *Contratos...*, p. 38.

²⁵⁷ PEREIRA, *Instituições...* v. III p. 16 et seq.

²⁵⁸ O princípio da força obrigatória dos contratos é disposto no art. 406 do CCP: “Art. 406: O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contratantes ou nos casos admitidos em lei”.

excedesse de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração²⁵⁹.

Não foi apenas a teoria da imprevisão que deu azo para o abrandamento do princípio do *pacta sunt servanda*. No decurso dos anos, o princípio da boa-fé passou a ter maior importância na celebração e execução dos contratos. O princípio da função social, de origem pouco mais recente, também veio ganhando mais notoriedade entre os aplicadores do direito.

Portanto, pouco a pouco, o princípio da força obrigatória dos contratos teve a sua aplicação abrandada. Nesse cenário, Orlando Gomes²⁶⁰ alerta:

“O que mais não se admite é o sentido absoluto que possuía (a força obrigatória dos contratos). Atribui-se-lhe, hoje, relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gera intolerância para com a intervenção do Estado cedeu antes novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem. Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade”.

Com o abrandamento da força obrigatória dos contratos, as legislações também começaram a tutelar, de forma diferente, grupos que eram considerados hipossuficientes, tal como é o direito do consumo.

Diante dos princípios que norteiam o direito do consumo, admitiu-se, portanto, como forma de proteção contratual²⁶¹, um direito além da conhecida resilição ou revogação. Possibilitou-se aos consumidores a faculdade de arrependem-

²⁵⁹ GOMES, *Contratos...*, p. 40. Segundo este doutrinador, a Lei *Failliot* foi um marco decisivo na evolução do pensamento jurídico no tocante à questão da força obrigatória dos contratos.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 39.

²⁶¹ A proteção do consumidor foi elevada em caráter constitucional. O texto da Constituição Federal do Brasil dispõe em seu art. 5º, inciso XXXII.

se das contratações celebradas, sem a necessidade de indicação de qualquer motivação e de forma “gratuita”²⁶².

Não há dúvidas que o direito de arrependimento é realmente uma quebra ao princípio da força obrigatória dos contratos. Carlos Ferreira de Almeida²⁶³ admite que dispensado o consumidor de respeitar a palavra dada, o direito de arrependimento significa um rude golpe no princípio *pacta sunt servanda*, uma séria violação à santidade dos contratos, uma notável exceção à sua força obrigatória e uma drástica intromissão na autonomia privada.

Contudo, este mesmo autor defende que apesar do rompimento deste princípio, o direito de arrependimento é uma das maiores proteções que dispõem os consumidores nas compras celebradas à distância, sobretudo no comércio eletrônico. Essa proteção não acarreta prejuízos aos fornecedores, pelo contrário, conforme será visto, impulsiona as vendas porque gera *confiança* ao mercado.

O direito moderno já ultrapassou a visão antiga e retrógrada de que os contratos devem ser respeitados em toda e qualquer circunstância. Isso porque o direito é um instrumento criado para fazer Justiça. E em situações *excepcionais*, a Justiça apenas será alcançada eliminando princípios criados em tempos antigos. De nada valem argumentos odiosos que tratam o arrependimento como forma dos consumidores darem o “calote”, tal como registrada de forma lamentável por Augusto Zenun²⁶⁴. A equação é quase

²⁶² “Gratuita” é a expressão utilizada por Carlos Ferreira de Almeida para indicar que o arrependimento não requer o pagamento de qualquer valor para ser exercido (ALMEIDA, *Direito...*, p. 109).

²⁶³ *Ibidem*, p. 108.

²⁶⁴ Em argumentação infeliz, declarou Augusto Zenun: *“Infelizmente, esse dispositivo não merece a menor atenção, porque a matéria nele contida traduz “calote”, pois se dá prazo de sete dias ao consumidor para desfazimento ou arrependimento do contrato a contar da sua assinatura, o qual se refira a fornecimento de produto [...] o que é um vexame, quando se vê o um código determinar velhacaria, o que não pode ser aceita e é repudiada, a bem da moral que informa o Direito. Esse dispositivo não tem qualquer validade, é ineficaz, é inadmissível, pelo que todos devem contestá-lo, para felicidade geral, pois é o protótipo da demolição do equilíbrio sócio-econômico, e isto não é proteção, porque é ensinar a ser péssimo na sociedade, para a sociedade”* (ZENUN, Augusto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 79 et seq.).

matemática: aumentando a confiança dos consumidores, impulsionam-se as vendas.

Em suma, ainda que o direito de arrependimento seja considerado contrário ao princípio do *pacta sunt servanda*, a doutrina, há algum tempo, admite a quebra deste mandamento em situações excepcionais. Assim, é praticamente unânime a legalidade da construção de um direito de arrependimento que proteja os hipossuficientes.

PARTE IV – DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA

1) O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

1.1 - Lei de Defesa dos Consumidores n.º 24/96, de 31 de julho

A Lei de Defesa dos Consumidores regula, num panorama geral, os direitos dos consumidores portugueses²⁶⁵. Determina o art. 3.º da Lei 24/96 que os consumidores têm direito: à qualidade dos bens e serviços; à proteção da saúde e da segurança física; à formação e à educação para o consumo; à informação para o consumo e à proteção dos interesses econômicos.

Como já foi tratado anteriormente, um dos direitos básicos dos consumidores é exatamente o direito à informação. O dever geral de informação é previsto na Lei 24/96 no art. 7.º, o qual determina que incumbe ao Estado, às Regiões Autônomas e às autarquias locais desenvolverem ações e adotar medidas tendentes à informação geral do consumidor.

Quanto às informações específicas, o art. 8.º estabelece que os fornecedores, tanto nas negociações como na celebração dos contratos, devem informar de forma clara, objetiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, período de vigência do contrato, garantias e assistência após o negócio jurídico.

Contudo, caso essas informações não sejam prestadas, ou o sejam de forma precária, o consumidor poderá arrepender-se da avença em até sete dias úteis,

²⁶⁵ Considera-se consumidor, nos termos da Lei 24/96, “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*” (art. 2.º, n. 1).

Quanto ao conceito de consumidor português, interessante o artigo de Teresa Almeida, que tece comentários aos artigos iniciais da Lei 24/96 (ALMEIDA, Teresa Comentários aos artigos iniciais da lei portuguesa de defesa do consumidor de 1996. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, ano 10. Janeiro-Março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 25 a 58).

consoante determina o art. 8.º, n. 4²⁶⁶. Neste caso, a possibilidade de extinção do contrato decorre de um *incumprimento* na obrigação do comerciante, qual seja, ausência ou má prestação do seu dever de informar.

Diante do incumprimento do fornecedor no que tange ao dever de informação contratual, entendemos que, neste caso, o consumidor não dispõe de um direito de *arrependimento*, mas exatamente de um direito de *resolução* (contrariamente ao “direito de retractação”, como previsto na redação do art. 8.º, n. 4).

Veja-se que esta solução também é adotada na lei espanhola:

*“Artículo 44. n. 5. En el caso de que el vendedor no haya cumplido con tal deber de información, el comprador podrá **resolver** el contrato en el plazo de tres meses a contar desde aquel en que se entregó el bien. Si la información a que se refiere el artículo 47 se facilita durante el citado plazo de tres meses, el período de siete días hábiles para el desistimiento empezará a correr desde ese momento. Cuando el comprador ejerza su **derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor**, no podrá éste exigir que aquel se haga cargo de los gastos de devolución del producto”* (grifos nossos).

Atente-se que o direito de arrependimento é tratado na legislação espanhola como *derecho de desistimiento*. Entretanto, quando houver incumprimento do dever de informação, passam os consumidores a dispor de um *derecho de resolver* o contrato.

²⁶⁶ “Art. 8.º n. 4: Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços”.

No mais, apuramos que a Lei 24/96 não especifica disposições práticas para o exercício do direito de arrependimento. Não há descrição da forma como deve ser exercido o direito de arrependimento (carta ou *e-mail*, por exemplo); não é estabelecido o prazo que o consumidor tem para restituir os bens recebidos ao fornecedor (em caso de contrato de compra e venda de produtos) e não é informado quem deve arcar com os custos dos valores de restituição de produtos. Certamente, houve evolução clara nas legislações seguintes, conforme será visto²⁶⁷.

1.2 – Proteção aos consumidores nos contratos à distância e ao domicílio, Decreto 143/2001, de 26 de abril

1.2.1 – Contratos à distância

Consoante estatuído no Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril, considera-se contrato à distância qualquer contrato celebrado entre fornecedor e consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância, organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas à distância até a celebração do contrato, incluindo a própria celebração²⁶⁸.

Dentre as formas de contratação à distância, podemos individuar aquelas celebradas via fax, telefone e internet. Todas essas figuras de contratação também podem ser designadas como formas de contratação eletrônica. Segundo Sebastião Nóbrega Pizarro²⁶⁹, o contrato eletrônico pode ser definido como um contrato celebrado sem a presença física das partes, no qual as

²⁶⁷ O art. 9.º da Lei de Defesa dos Consumidores ainda determina que os consumidores têm direito de direito de arrependimento nos contratos que, por iniciativa do fornecedor de bens ou prestador de serviços, seja celebrado fora do seu estabelecimento. Contudo, diante a especificidade do Decreto-Lei 143/2001 que regula a contratação à distância, este dispositivo perdeu sua eficácia.

²⁶⁸ Redação arrimada no art. 2.º, n. 1, da Directiva 97/7/CE.

²⁶⁹ PIZARRO, Sebastião Nóbrega. *Comércio eletrônico: contratos electrónicos e informáticos*. Almedina, 2005. p. 73.

respectivas declarações de vontade são expressas através de equipamentos eletrônicos de tratamento e armazenagem de dados, ligados entre si²⁷⁰.

Para este tipo de contratação, prevê o Decreto-Lei 143/2001, em seu art. 6.º, n. 1, o direito de arrependimento num prazo mínimo de 14 dias, sem pagamento de indenização e sem necessidade de indicação de qualquer motivo²⁷¹.

Dependendo da contratação (fornecimento de bens ou serviços), o início da contagem do prazo distingue-se. Nos termos do Decreto-Lei 143/2001, art. 6.º, n. 2, inicia-se a contagem do prazo:

²⁷⁰ Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi classificaram a contratação eletrônica em três modalidades. A primeira delas é chamada *interpessoal* que, segundo estes autores, são aquelas tipicamente realizadas através de correspondência eletrônica (e-mail). A característica principal dessa forma eletrônica de contratação está no fato de que ela requer uma ação humana, tanto no momento da emissão da mensagem que dará origem à primeira manifestação contratual (proposta), como no momento da emissão da mensagem de aceitação da primeira.

A segunda modalidade de contratação eletrônica é chamada de *interativa*, ou seja, um resultado de uma relação de uma comunicação estabelecida entre uma pessoa e um sistema aplicativo. No âmbito do comércio eletrônico de consumo, esta é a forma predominante de contratação. O sistema aplicativo com o qual a comunicação se estabelece na maioria das vezes é um programa de computador. Este sistema aplicativo funciona como uma espécie de vitrine de loja ou estabelecimento virtual.

Por fim, a terceira modalidade de contratação eletrônica é a *intersistêmica*, ou seja, quando a comunicação eletrônica se estabelece entre sistemas aplicativos previamente programados, estando ausente a ação humana no momento em que a comunicação propriamente dita acontece. Esta forma de contratação se caracteriza por ser realizada essencialmente entre pessoas jurídicas. Nesta modalidade de contratação, destaca-se a utilização do Eletronic Data Interchange (EDI), que permite o diálogo eletrônico entre sistemas aplicativos distintos, mediante a utilização de “padrões de documentos”, ou “padrões de EDI”, que são programas específicos que transformam documentos convencionais em formatos possíveis de serem compreendidos de forma automática pelos diversos programas de computação utilizados. (SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36. Ano 9. Outubro-Dezembro de 2000. p. 103 a 129).

Por sua vez, Patrícia Peck Pinheiro classifica os contratos eletrônicos de duas formas distintas: (i) contratos-tipo, em que todas as cláusulas são impostas por uma parte à outra sem que possam discutir cláusulas isoladamente; e (ii) como contratos específicos, nos quais a elaboração é feita caso a caso; dependendo do *status* dos contraentes ou do objeto do contrato, prevalece uma modalidade ou outra. (PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 308-309).

²⁷¹ “Art. 6.º, n. 1: Nos contratos a distância o consumidor dispõe de um prazo mínimo de 14 dias para resolver o contrato sem pagamento de indemnização e sem necessidade de indicar o motivo”.

Neste ponto é interessante notar que o legislador português ampliou o prazo estabelecido na Directiva 97/7/CE. Segundo este diploma, o consumidor dispõe de um prazo de, pelo menos, sete dias úteis para arrepender-se. Além disso, o diploma português não utilizou a expressão *rescisão*, mas direito de *livre resolução*. Sobre essas questões, já demos nosso parecer no tocante ao regime jurídico do instituto (Capítulo 4 da Parte III).

A – quanto ao **fornecimento de bens**, a partir da *recepção dos bens*, desde que tenham sido confirmadas as informações por escrito ou através de outro suporte durável (tal como o disco duro), tais como identidade do fornecedor, características essenciais do bem ou serviço, despesas de entrega (caso hajam), existência e forma do exercício do arrependimento, prazo de validade do produto, dentre outros;

B – quanto à **prestação de serviços**, a partir da *celebração do contrato* ou a partir do dia em que tenham sido cumpridas as confirmações das mesmas informações dispostas acima.

Caso a confirmação dessas informações não tenha sido realizada pelo fornecedor, haverá descumprimento contratual por parte do fornecedor e, assim, determina o Decreto-Lei 143/2001 que o prazo de 14 (quatorze) dias é ampliado para três meses, iniciando-se sua contagem no caso do fornecimento de produtos, do recebimento pelo consumidor; e, no caso da prestação de serviços, da data da celebração do contrato. Como já nos posicionamos anteriormente, neste caso, o consumidor possui efetivo direito de *resolução* do contrato.

Caso a confirmação das informações se realize no íterim dos três meses aduzidos como indicado, o consumidor dispõe, a partir desse momento, do prazo de 14 (quatorze) dias corridos para exercer o arrependimento.

Tal como a maioria das legislações da Comunidade Europeia, valendo-se da Directiva 97/7/CE, o legislador português fez por bem consagrar restrições ao direito de arrependimento (art. 7.º do Decreto-Lei 143/2001). O rol exemplificativo deste dispositivo determina que os consumidores não podem exercer o direito de arrependimento nos contratos de prestação de serviços caso tenham renunciado o prazo legal de arrependimento, solicitando a execução imediata do serviço; no fornecimento de bens ou de prestação de serviços, cujo preço dependa de flutuações de taxas do mercado financeiro que

o fornecedor não possa controlar; no fornecimento de bens confeccionados de acordo com especificações do consumidor ou manifestamente personalizados ou que, pela sua natureza, não possam ser reenviados ou sejam susceptíveis de se deteriorarem ou perecerem rapidamente; no fornecimento de gravações áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade; no fornecimento de jornais e revistas; nos serviços de apostas e loterias²⁷².

Segundo Elsa Dias Oliveira²⁷³, as exceções admitidas na lei retratam casos em que a reposição da situação anterior já não é possível ou não é exigível, pois representam para o fornecedor um risco inaceitável ou que poderiam proporcionar comportamentos abusivos por parte dos consumidores.

Essas restrições são medidas de bom alvitre porque configuram casos em que o exercício do direito de arrependimento poderá incorrer em inúmeros prejuízos aos fornecedores, além de abrir uma passagem para o abuso de direito por parte de alguns consumidores guiados pela má-fé.

Todavia, analisando de forma pormenorizada as hipóteses de restrição ao direito de arrependimento dispostas no art. 7.º do Decreto-Lei 143/2001, verificamos que a única restrição que parece merecer análise mais pormenorizada é aquela disposta na alínea 'a', que restringe o arrependimento quando, num serviço de prestação de serviços, o consumidor renuncia o seu direito de arrependimento e requer o início da execução do serviço antes de decorrido o prazo legal.

²⁷² “Art. 7.º: Salvo acordo em contrário, o consumidor não pode exercer o direito de livre resolução previsto no artigo anterior nos contratos de: a) Prestação de serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do termo do prazo previsto no Nº 1 do artigo anterior; b) Fornecimento de bens ou de prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações de taxas do mercado financeiro que o fornecedor não possa controlar; c) Fornecimento de bens confeccionados de acordo com especificações do consumidor ou manifestamente personalizados ou que, pela sua natureza, não possam ser reenviados ou sejam susceptíveis de se deteriorarem ou perecerem rapidamente; d) Fornecimento de gravações áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade; e) Fornecimento de jornais e revistas; f) Serviços de apostas e lotarias”.

²⁷³ OLIVEIRA, A Protecção..., p. 92.

No tocante a esse aspecto, temos que concordar que, na hipótese do consumidor renunciar ao direito de arrependimento, seria indevido exercer o arrependimento alguns dias depois. O que nos preocupa é como se realiza essa renúncia. Essa preocupação vem do fato que o fornecedor de serviços poderá ocultar o direito de arrependimento do consumidor, requerendo que ele assine um termo de renúncia no momento da celebração do contrato.

Caso assim seja realizado, certamente, a renúncia fere a *ratio* do arrependimento, cujo objetivo é exatamente dar ao consumidor a oportunidade de refletir, fora das pressões que sofreu, se a contratação que realizou é mesmo válida, ou não.

Creemos que essa renúncia deva ser vista com maior atenção pela doutrina e legislador portugueses. Talvez seja válido determinar que a renúncia não possa ser firmada no ato da contratação, mas enviada por carta ou realizada no *site* do fornecedor, de forma a preservar sempre a reflexão interna do consumidor.

Por seu turno, a restrição prevista na alínea 'b' é totalmente justificável. A partir dela, objetivou-se resguardar a situação do negócio jurídico no decurso do tempo. Caso o fornecimento de bens e a prestação dos serviços estiverem vinculados ao mercado externo, o qual o fornecedor não possa controlar, torna-se evidente a presente medida. Como bem salientado por Fabrício da Mota Alves²⁷⁴, não pode o consumidor usufruir desse direito (arrependimento), sob pena de ganhar vantagem indevida em detrimento de prejuízo do comerciante.

No mesmo sentido é a assertiva presente na alínea 'c', que modera o exercício do arrependimento no caso de fornecimento de produtos personalizados ou que não possam, por sua natureza, ser reenviados ou, ainda, se deteriorarem ou pereçam rapidamente. Mais uma vez citando Fabrício da Mota Alves²⁷⁵:

²⁷⁴ ALVES, *O direito...*

²⁷⁵ *Idem.*

“As ideias nucleares aqui são: resguardar o negócio personalizado, que, por motivos óbvios, uma vez feito não pode ser desfeito ao bel prazer de uma das partes e, ainda, o negócio que tenha por objeto bens rapidamente deterioráveis, de forma que o prazo de sete dias úteis implica relevantes modificações em seu valor ou em sua utilidade, acarretando prejuízo ao comerciante”.

É o caso dos fornecedores que comercializam vinhos²⁷⁶ pela internet. Qual seria a solução adotada caso o consumidor adquirisse um vinho português de alto valor, viesse a experimentá-lo e, não sendo apreciado, resolvesse devolvê-lo? O que faria o comerciante com um vinho aberto? Por essas e outras medidas, a restrição presente na alínea ‘c’ deve ser aplaudida.

Também é perfeita a restrição contida na alínea ‘d’, a qual inibe o arrependimento nos casos de gravações de áudio e vídeo, bem como arquivos digitais e *softwares*. Imaginemos a situação do consumidor que adquire um filme em DVD através da internet. Após alguns dias da confirmação da compra, recebe o produto em sua residência, assiste-o até o final e, ainda dentro do período legal estabelecido para o exercício do arrependimento, resolve devolver o produto e receber o valor anteriormente pago.

Ora, não nos parece razoável imaginar que este consumidor age de boa-fé. Caso assim fosse, o fornecedor de serviços funcionaria como uma “locadora gratuita”, ou um mero comodatário, tendo em vista que poderá enviar filmes e mais filmes sem receber qualquer valor e, ainda, ter de arcar com os custos do reenvio pelo consumidor.

A mesma situação pode ser aplicada na aquisição de um *software* comprado via internet. Poderia muito bem o consumidor receber o produto, instalá-lo em seu computador e, alguns minutos depois, exercer o arrependimento. Seria mais um caso de abuso do direito, que fez por bem a lei portuguesa obstar.

²⁷⁶ Inúmeros são os sítios eletrônicos dessa natureza no Brasil: <http://www.expand.com.br>; <http://www.casahitz.com.br>; <http://www.baccos.com.br>; <http://www.winestore.com.br>; <http://www.vinhosevinhos.com.br>, dentre outros.

Note-se que, mesmo diante dessa limitação, para fomentar as vendas, algumas empresas oferecem um interessante recurso. É o caso citado por Maria Eugênia Finkelstein²⁷⁷. Segundo esta jurista, a empresa fabricante do *software Viruscan*, por sua característica antivírus, necessita de constantes atualizações a fim de que seja útil para o consumidor. O consumidor então detém um prazo gratuito para verificar se aprova ou não o produto. Passado o prazo concedido para uso gratuito do produto, o consumidor necessita de uma senha, adquirida de forma onerosa para ter continuidade na utilização do produto. Trata-se, portanto, de um período muito razoável (normalmente de um a seis meses) para que o consumidor julgue a necessidade e conveniência daquele *software*. Caso resolva adquiri-lo, não poderá mais invocar o direito de arrependimento, pois já teve oportunidade de testar as características do produto.

Outros exemplos como o supramencionado são muito comuns na internet. Não apenas *softwares* antivírus possuem essa facilidade. É possível fazer *downloads* de milhares de programas informáticos em sua versão *freeware*, ou seja, uma versão pouco mais simples e temporária pela qual o consumidor pode averiguar sua qualidade e eventual necessidade²⁷⁸. No caso dos *downloads* de músicas, os *sites* especializados disponibilizam aos consumidores a possibilidade de ouvirem trechos das faixas dos álbuns.

A restrição do direito de arrependimento também é estendida quanto ao fornecimento de jornais e revistas (alínea 'e'). Trata-se de mais uma medida que possui motivos óbvios. Consumidores imbuídos pela má-fé podem adquirir as revistas e jornais, lerem todo seu conteúdo e, depois, devolvê-los sem custo algum. É, portanto, mais uma medida para coibir o abuso de direito.

²⁷⁷ EUGÊNIA, *Aspectos...*, p. 278.

²⁷⁸ É o caso, por exemplo, do programa informático *Nero*, que disponibiliza uma versão gratuita para ser testada. Disponível em: <http://www.nero.com/ptb/downloads-nero9-rial.php?NeroSID=74e18d8607490d64f436a1f188733f66>. Acesso em 13 de março de 2009.

Veja-se que a alínea 'e' restringe o arrependimento apenas a jornais e revistas. Estariam os livros fora dessa restrição? Acreditamos que a comercialização de livros também deva ser limitada. Um livro, dependendo do seu conteúdo, facilmente, pode ser lido em 14 (quatorze) dias.

Entretanto, esse restringimento poderia causar danos aos consumidores que não teriam a oportunidade de folhear o produto antes de adquirí-lo. Mais uma vez, frente a essa limitação, bem como visando à ampliação de suas vendas, as empresas oferecem uma interessante medida.

O site eletrônico da Editora Juruá²⁷⁹ dispõe ao internauta a possibilidade de folhear as páginas do livro, tal como se estivesse numa livraria. Após localizar o livro que pretende adquirir, por meio de uma janela que abre no ecrã do computador, o consumidor pode virtualmente folhear o índice e ler alguns trechos do livro a ser adquirido.

Trata-se de uma facilidade concedida ao consumidor e que atende ao dever de informação decorrente da boa-fé objetiva, o qual os fornecedores devem observar antes, durante e após a celebração dos contratos.

Assim, apesar das limitações impostas pela lei, de forma inteligente, para verem suas vendas incrementadas, os fornecedores encontraram formas legais e interessantes para dar oportunidade ao consumidor de conhecer o produto a ser adquirido. E como já mencionamos anteriormente, quanto maior o número de informações prestadas ao consumidor maior será a possibilidade da aquisição do produto.

A última restrição é a prevista na alínea 'f', que limita o arrependimento aos serviços de apostas e loterias. É mais uma medida óbvia. Como apontado por Fabrício da Mota Alves²⁸⁰, não há que se utilizar o direito de arrependimento em lotéricas, pois, se assim fosse, o consumidor que não lograsse êxito

²⁷⁹ <http://www.jurua.com.br>

²⁸⁰ ALVES, *O direito...*

poderia se “arrepender” e requerer o ressarcimento pelas apostas frustradas, uma vez dentro do prazo legal para o “arrependimento”. Caso assim fosse entendido, o vencedor sofreria prejuízos porque todos os perdedores iriam requerer a devolução dos valores, frustrando o prêmio.

Conclui-se, portanto, que todas as restrições estipuladas na lei portuguesa têm por escopo coibir abusos de direito por parte de alguns consumidores. Pois, se nas referidas situações fosse permitido o exercício do arrependimento, certamente, haveria prejuízos ao mercado. A única previsão que deve ser analisada com maior acuidade é aquela elencada na alínea ‘a’ do art. 7.º, conforme nos manifestamos anteriormente.

Em tempo, atente-se que o *caput* do art. 7.º afirma que, havendo acordo em contrário pelas partes, o direito de arrependimento pode ser realizado inclusive nessas situações. Além disso, pelo princípio da autonomia privada, o prazo estipulado para o exercício do arrependimento também pode ser modificado, sempre a favor do consumidor.

Quanto às despesas referentes aos custos de reenvio da mercadoria em caso de devolução do produto, determina o Decreto-Lei 143/2001:

*“Art. 8.º 1 – Quando o direito de livre resolução tiver sido exercido pelo consumidor, nos termos do art. 6.º, o fornecedor fica obrigado a reembolsar no prazo máximo de 30 dias os montantes pagos pelo consumidor, **sem qualquer despesas para este, salvo eventuais despesas directamente decorrentes da devolução do bem quando não reclamadas pelo consumidor.**”* (grifos nossos).

Em primeiro lugar, devemos ressaltar que o art. 8.º não preza pela clareza. Somos adeptos de que a linguagem jurídica, nos textos consumeristas, deve ser simples para que seu conteúdo seja facilmente interpretado pelos consumidores.

Em nossa interpretação, entendemos que as despesas decorrentes da devolução dos produtos deverão, a princípio, ser suportadas pelos fornecedores (“sem quaisquer despesas para este” - consumidor). Entretanto, diante da expressão contida na segunda parte do n. 1 do art. 8.º, qual seja: “*salvo eventuais despesas decorrentes da devolução do bem quando não reclamadas pelo consumidor*”, ficamos em dúvida a respeito de quem deve suportar os custos de reenvio da coisa.

Melhor seria se o legislador português tivesse se valido da redação da Directiva 97/7/CE, a qual determina expressamente que as únicas despesas eventualmente a cargo do consumidor são aquelas decorrentes da devolução do bem (art. 6.º, n. 1).

Caso o Decreto-Lei 143/2001 determine que os custos sejam suportados pelo fornecedor, cremos que o legislador português trilhou em um mal caminho. O exercício do arrependimento é justo e lícito. Entretanto, não podemos acompanhar a corrente que impõe um ônus ao fornecedor pela desistência do contrato. O direito de arrependimento é uma proteção contratual a favor do consumidor, e não um ônus ao fornecedor.

Conforme será visto adiante, o Anteprojeto do Código do Consumidor português adotou redação mais clara, contudo, exatamente a desfavor do fornecedor, determinando de forma expressa que as despesas decorrentes do reenvio da coisa devem ser suportadas pelo comerciante.

Já destacamos precedentemente que o direito espanhol²⁸¹ adotou uma interessante situação. Segundo a “*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*”, recai ao consumidor o ônus do pagamento dos valores de reenvio do produto pelo qual exerceu o direito de arrependimento. Por seu turno, caso o comerciante ofereça um produto de qualidade e preço equivalentes, transfere-se a ele a obrigatoriedade do custo de reenvio da coisa.

²⁸¹ Art. 44, n. 3 da “*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*”.

Maria Álvarez Moreno²⁸² também é a favor do pagamento dos custos com o reenvio da coisa pelo consumidor. Nas palavras desta jurista:

“El único tipo de gastos que la L.C.M. impone a cargo del comprador son los costes directos que origine la devolución del bien al vendedor (por ejemplo, los ocasionados por su transporte). La razón de esta prescripción radica em salvaguardar la indemnidad del profesional, que ha cumplido totalmente con los términos pactados, por lo que no se le pueden inferir unos gastos que no tienen nada que ver con su comportamiento, sino con la especialidad del tipo de técnicas de comercialización que éste utiliza. De ahí que si el consumidor desea devolver el bien adquirido y cancelar la relación jurídica que el une al vendedor, por su mera discredionalidade, como el permite la ley, es lógico que deba cargar con los costes derivados de la operación. Además, no puede olvidarse que la imposición de esta obligación de asumir los costes de la devolución al consumidor no sino reflejo de la regla general en matéria de obligaciones: forma parte de su obligación de entrega (em quanto desarrollo de las actividades necessárias para cumplir su obligación)”.

Resta-nos, ainda, tratar a respeito da forma disposta na lei portuguesa para que o consumidor exercite o direito de arrependimento. Dispõe o n.º 5 do art. 6.º do Decreto-Lei 143/2001 que se considera exercido o direito de arrependimento através da expedição de carta registrada, com aviso de recepção, comunicando ao fornecedor a vontade de resolver o contrato²⁸³.

Não podemos deixar de nos resignar acerca da presente disposição. Hodiernamente, com o enorme desenvolvimento do comércio eletrônico, por meio de poucos *cliques*, podemos realizar os mais diversos contratos sem a necessidade de qualquer outro meio que não seja a internet.

²⁸² MORENO, *El desistimiento...*, p. 248-249.

²⁸³ “Art. 6.º, n. 5: Sem prejuízo do estabelecido na alínea a) do n.º 3 do artigo anterior, considera-se exercido o direito de resolução pelo consumidor através da expedição, nos prazos aqui previstos, de **carta registada com aviso de recepção** comunicando ao outro contraente ou à pessoa para tal designada a vontade de resolver o contrato” (grifos nossos).

No entanto, para o exercício do direito de arrependimento, a lei portuguesa impõe ao consumidor o envio de carta registrada, com aviso de recepção, notificando ao fornecedor a sua vontade de extinguir o contrato. Cremos que essa medida dificulta o exercício do arrependimento àquele consumidor que é acostumado ao ambiente virtual, porque terá de despendar tempo e dinheiro para o envio de carta registrada, ao invés do envio de um simples correio eletrônico.

Assim, melhor medida seria que a lei portuguesa facultasse o exercício do direito de arrependimento por meio de qualquer forma que pudesse comprovar que o consumidor exerceu o seu direito no prazo legal. O consumidor que não é acostumado ao ambiente eletrônico poderia se dirigir até o estabelecimento do fornecedor, enviar uma carta, um fax, como preferisse; e aquele acostumado com a internet perderia poucos minutos enviando um *e-mail*.

Ademais, as confirmações das informações pós-contratuais podem ser realizadas por correio eletrônico pelos fornecedores nos termos do art. 5.º, n. 1 do Decreto-Lei 143/2001. Por que é diferente para o exercício do arrependimento pelo consumidor?

Também, estipula o Decreto-Lei 143/2001 que o consumidor dispõe de até 30 (trinta) dias para a devolução dos produtos recebidos do fornecedor. O prazo é o mesmo para o comerciante restituir os valores pagos pelo consumidor. Em nossa opinião, o prazo de 30 dias a ambos os lados é suficiente para que as partes cumpram suas obrigações.

1.2.2 – Contratos ao domicílio

O mesmo Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril, que regula os contratos celebrados à distância, também regula aqueles celebrados ao domicílio. Determina o art. 13, n. 1 do referido diploma que se entende por contrato ao domicílio aquele que, tendo por objeto o fornecimento de bens ou serviços, é

proposto e concluído no domicílio do consumidor²⁸⁴, pelo comerciante ou seu representante. São as vendas chamadas “door to door”²⁸⁵.

Praticamente, todas as disposições para o exercício do direito de arrependimento nos contratos ao domicílio seguem as mesmas determinações daquelas previstas nos contratos celebrados à distância.

Contudo, há uma restrição implícita ao direito de arrependimento nos contratos celebrados em domicílio consoante determina o n. 1 do art. 13 do Decreto-Lei 143/2001. Nos termos deste diploma, não se considera contrato celebrado em domicílio quando o consumidor tenha requerido de forma expressa a visita do comerciante para apresentação de um determinado produto ou serviço. Todavia, caso, na visita solicitada pelo consumidor, o comerciante apresente produtos e serviços não solicitados pelo consumidor, então, mantém-se o caráter de contratação ao domicílio.

²⁸⁴ Segundo o n. 2 do art. 13, são equiparados contratos ao domicílio os seguintes contratos:

- “a) celebrados no local de trabalho do consumidor;*
- b) celebrados em reuniões, em que a oferta de bens ou de serviços é promovida através de demonstração realizada perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas a pedido do fornecedor ou seu representante;*
- c) celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor ou seu representante, fora do respectivo estabelecimento comercial;*
- d) celebrados no local indicado pelo fornecedor, ao qual o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação feita pelo fornecedor ou pelos seus representantes.”*

²⁸⁵ Os fundamentos para a proteção dos consumidores nas contratações “door-to-door” foram bem apontados por David Epstein e Steve Nilckles: *“There are a number of reasons why consumers need special protection in door-to-door transactions. First, a door-to-door seller has something of captive audience. After all, you can always walk out of a department store; you do not have that option at home. Moreover, some of the most vulnerable people are stuck at home: invalids, elderly, etc. The door-to-door seller has less need to maintain consumer good will than to those selling from a fixed location. Door-to-door sellers are not subject to the same supervision as employees of retail seller. While the consumer can determine which stores he or she will patronize, he or she has little chance to screen the type of salesman who comes to the home, and thus both the reputable and disreputable salesmen will have an equal opportunity to talk their way into the living room. Finally, since the consumer has no opportunity to shop around and compare values, he or she is more likely to make an unneeded purchase at an unfair price”.* (EPSTEIN, David G; NICKLES, Steve H. *Consumer law: in a nutshell*. [S.l.]: West Publishing Co., 1981. p. 35)

Desta feita, de forma indireta, o Decreto-Lei 143/2001 exclui o direito de arrependimento quando o consumidor requer a visita de um comerciante para apresentação de um determinado produto e acaba adquirindo-o.

Como já havíamos citado em outra oportunidade, o direito de arrependimento tem por fundamento coibir o “elemento surpresa” que normalmente os comerciantes se valem para vender seus produtos. Contudo, caso o próprio consumidor tenha requerido a visita do comerciante, não se faz presente este elemento e, portanto, não há porque ser facultado ao consumidor o arrependimento da avença. Referida restrição se afigura em consonância com os fundamentos e a natureza jurídica do instituto.

1.3 – Contratos de crédito, Decreto 359/91, de 21 de setembro

O Decreto-Lei 359/91, de 21 de setembro, dispõe sobre o direito dos consumidores nos contratos de crédito ao consumo. Esse diploma é o resultado da transposição das Directivas n.ºs 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986 e 90/88/CEE, de 22 de fevereiro de 1990.

Dispõe o art. 8.º, n. 1 deste diploma que a declaração negocial do consumidor, relativa à celebração do contrato de crédito, somente se torna eficaz se este não a revogar no prazo de sete dias úteis, a contar da assinatura do contrato²⁸⁶.

Neste tipo de contrato, a intenção do legislador foi dar ao consumidor a oportunidade de refletir durante sete dias úteis se a celebração do contrato de crédito é realmente necessária. Não restam dúvidas que esta é uma decisão a

²⁸⁶ “Artigo 8.º Período de reflexão: 1 - Com excepção dos casos previstos no n.º 5, a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato de crédito só se torna eficaz se o consumidor não a **revogar**, em declaração enviada ao credor por carta registada com aviso de recepção e expedida no prazo de sete dias úteis a contar da assinatura do contrato, ou em declaração notificada ao credor, por qualquer outro meio, no mesmo prazo.” (grifo nosso).

Já discutimos, anteriormente, a natureza jurídica do arrependimento e a redação do art. 8.º do Decreto-Lei 359, que parece ter condicionado a eficácia do contrato à ausência do exercício do direito de arrependimento pelo consumidor (Capítulo 4 da Parte III).

ser tomada com cautela e serenidade. Contratos de mútuo bancário podem levar alguns consumidores a sua insolvência se não forem bem analisados.

Como nos ensina Fernando de Gravato Morais²⁸⁷, o direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumo tem por escopo proporcionar uma efetiva informação acerca do teor do contrato, permitindo que o consumidor avalie não só com minúcia e detalhe, mas também de modo (mais) ponderado e tranquilo, as cláusulas do contrato.

Imaginemos que, nessa forma menos atribulada de contratação, poderia ser possível, inclusive, antes da conclusão do contrato, que o consumidor consultasse um advogado. Se a consulta não for prévia, poderá ser posterior exatamente para fins de exercício do arrependimento.

Tendo em vista que neste tipo de contrato o direito de arrependimento possui importância inquestionável, determina o art. 8.º, n. 2 do Decreto 359/91, para a facilitação do exercício do arrependimento neste tipo de contratação, deverá o fornecedor anexar ao contrato um formulário para que o consumidor possa revogar sua declaração, retornando as partes ao seu *status quo ante*. Não temos dúvidas que essa medida atende plenamente aos princípios protetivos que norteiam o direito do consumo, atendendo ainda o princípio da boa-fé objetiva.

Outrossim, quanto à forma de exercício do arrependimento, ao contrário do Decreto-Lei 143/2001, o Decreto-Lei 359/91 determina que o consumidor pode se valer de envio de carta registrada, de declaração notificada ao credor ou *qualquer outro meio*.

Havemos de ressaltar que, mesmo em virtude do Decreto-Lei 359/91 ter sido sancionado no ano de 1991, ou seja, muito antes da revolução trazida pela internet, o legislador português não se prendeu ao exercício restrito da carta

²⁸⁷ MORAIS, Fernando de Gravato. *Contratos de Crédito ao Consumo*. Almedina, 2007. p. 165.

registrada. A legislação em análise deixou espaço pra que o exercício do arrependimento possa ser realizado por qualquer outra forma, que não exatamente a carta registrada. Essa assertiva nos faz pensar qual foi o objetivo do legislador em determinar, dez anos depois, na lei de proteção aos consumidores nos contratos à distância (Decreto-Lei 143/2001), que o exercício do arrependimento fosse realizado apenas por meio de carta registrada.

No tocante à contagem do prazo para o exercício do direito de arrependimento, nos termos do n. 1, art. 8.º, do Decreto-Lei 359/91, esta terá início *a partir da assinatura do contrato*. Nesse quesito em especial, não agiu bem o legislador português. Como acertadamente manifestou Fernando de Gravato Morais²⁸⁸, o momento decisivo para o efeito em causa é o da entrega do contrato, porquanto só a partir desse instante o consumidor dispõe dos meios necessários para refletir ponderadamente. Essa crítica possui seus fundamentos porque o fornecedor, inclusive, poderia aguardar o transcurso do prazo legal de arrependimento para entregar o contrato ao consumidor.

O Decreto-Lei 359/91 ainda traz a possibilidade do direito de arrependimento ser renunciado (art. 8.º, n.º 5²⁸⁹). Esta é outra medida que discordamos, em parte. Em nossa visão, este regramento contraria o sentido e a finalidade do direito de arrependimento, que têm, por intuito, exatamente proteger o consumidor de eventuais precipitações. Mesmo que se encontre em extrema dificuldade financeira, a reflexão é muito valiosa.

Apenas podemos admitir a renúncia deste direito caso o consumidor, por exemplo, tivesse que se dirigir a uma associação consumerista para que um profissional pudesse informar com exatidão quais as consequências que esta

²⁸⁸ Ibidem, p. 159.

²⁸⁹ “Art. 8.º, n. 5. Sem prejuízo do disposto no n.º 2, pode o consumidor, em caso de entrega imediata do bem, **renunciar**, através de declaração separada e exclusiva para o efeito, ao exercício do direito de revogação previsto no presente artigo.” (grifo nosso).

renúncia poderia gerar. Não nos parece correta a forma da renúncia tal como disciplinada no Decreto-Lei 359/91.

Não podemos deixar de consignar que muitas instituições financeiras podem induzir o consumidor a renunciar esse direito no ato da assinatura do contrato. Pode-se, inclusive, fomentar a ausência de boa-fé do fornecedor que simplesmente silencia ao consumidor a existência do direito de arrependimento, pedindo-lhe que assine a renúncia como se fosse parte inerente à contratação, razão pela qual discordamos da renúncia assim como é apresentada no Decreto-Lei 359/91.

1.4 – Contratos de crédito celebrados à distância, Decreto-Lei 95/2006, de 29 de maio

Quando o contrato de crédito é celebrado pelo consumidor por qualquer meio de contratação à distância, entendeu o legislador português sancionar um diploma específico, qual seja, o Decreto Lei 95/2006, de 29 de maio, que transpôs para o sistema português a Directiva 2002/65/CE, de 23 de setembro de 2002²⁹⁰.

O direito de arrependimento no Decreto-Lei 95/2006 é disposto nos arts. 19 e 20. Em conformidade ao disposto nestes dispositivos, o consumidor pode arrepender-se da avença contratada à distância sem necessidade de motivo, indenização ou penalização. O prazo é de 14 (quatorze) dias, exceto para os contratos de seguro de vida e relativos à adesão individual a fundos de pensão abertos, para os quais o prazo é de 30 (trinta) dias²⁹¹.

²⁹⁰ Em suas considerações, a Directiva 2002/65/CE consignou: *“É de interesse dos consumidores ter acesso sem discriminações à mais ampla gama possível de serviços financeiros disponíveis na Comunidade, de modo a poderem escolher os que mais se adequem às suas necessidades. A fim de garantir a liberdade de escolha dos consumidores, que constitui um direito fundamental destes, é necessário um elevado nível de proteção dos consumidores para garantir o reforço da confiança do consumidor na venda à distância.”*

²⁹¹ *“Art. 19. Livre Resolução: O consumidor tem o direito de resolver livremente o contrato à distância, sem necessidade de indicação do motivo e sem que possa haver lugar a qualquer pedido de indemnização ou penalização do consumidor”.*

Para conter o abuso de direito e não causar maiores prejuízos aos fornecedores dos serviços de crédito ao consumo, o Decreto-Lei 95/2006 prevê restrições ao exercício do arrependimento, dentre elas, a prestação de serviços financeiros cujo preço dependa de flutuações do mercado, seguro de viagem e de bagagem, seguros de curto prazo, de duração inferior a um mês, dentre outros²⁹².

Quanto ao seu exercício, numa redação moderna e inovadora, o Decreto-Lei 95/2006 determina, em seu art. 21, que o arrependimento deve ser notificado ao prestador em suporte de papel ou qualquer outro meio duradouro e susceptível de prova²⁹³.

O Decreto-Lei 95/2006, portanto, modernizou a forma do exercício do direito de arrependimento. A determinação contida no art. 21 abre as portas para que o arrependimento possa ser exercido por meio de correio eletrónico. Ademais, os “suportes duradouros” definidos nas considerações deste diploma são os

“Art. 20. O prazo de exercício do direito de livre resolução é de 14 dias, excepto para contratos de seguro de vida e relativos à adesão individual a fundos de pensão abertos, em que o prazo é de 30 dias”.

²⁹² *“Artigo 22.º Excepções: O direito de livre resolução previsto neste decreto-lei não é aplicável às seguintes situações:*

a) Prestação de serviços financeiros que incidam sobre instrumentos cujo preço dependa de flutuações do mercado, insusceptíveis de controlo pelo prestador e que possam ocorrer no período de livre resolução;

b) Seguros de viagem e de bagagem;

c) Seguros de curto prazo, de duração inferior a um mês;

d) Contratos de crédito destinados à aquisição, construção, conservação ou beneficiação de bens imóveis;

e) Contratos de crédito garantidos por direito real que onere bens imóveis;

f) Contratos de crédito para financiamento, total ou parcial, do custo de aquisição de um bem ou serviço cujo fornecedor tenha um acordo com o prestador do serviço financeiro, sempre que ocorra a resolução do contrato de crédito, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril;

g) Contratos de crédito para financiamento, total ou parcial, do custo de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, cujo vendedor tenha um acordo com o prestador do serviço financeiro, sempre que ocorra a resolução do contrato de crédito nos termos do n.º 6 do artigo 16.º e do n.º 2 do artigo 49.º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto”.

²⁹³ *“Art. 21. Exercício. 1 – A livre resolução deve ser notificada ao prestador **por meio susceptível de prova** e de acordo com as instruções prestadas nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 15.º. 2 – A notificação feita em suporte de papel ou outro meio duradouro disponível e acessível ao destinatário considera-se tempestivamente efectuada se for enviada até o último dia do prazo, inclusive”. (grifos nossos)*

disquetes informáticos, CD-ROM, DVD, bem como o disco duro do computador que armazene o correio.

Outra novidade trazida por este diploma diz respeito ao início da contagem do prazo para o exercício do arrependimento. Como vimos há pouco, o Decreto-Lei 359/2001 estabelece que a contagem do prazo terá início na data da “assinatura do contrato”. Por seu turno, determina o art. 20, n. 2 que a contagem do prazo inicia-se a partir da data da celebração do contrato à distância, ou da data da recepção dos termos do contrato. Mais uma facilitação para que o consumidor possa exercer o arrependimento do contrato celebrado.

1.5 – Contratos de direito real de habitação periódica, Decreto-Lei 275/93, de 5 de agosto

O direito real de habitação periódica inicialmente foi introduzido no ordenamento português no ano de 1981, pelo Decreto-Lei n. 355/1981, de 31 de dezembro. Tendo em vista diversas críticas que este diploma recebera, em 1993, foi sancionado o Decreto-Lei n. 275/1993, de 5 de agosto. Este, por sua vez, sofreu profundas alterações pelo Decreto-Lei n. 180/1999, de 22 de maio e pelo Decreto-Lei n. 22/2002, de 31 de janeiro.

O *time-sharing*, designado, em linguagem técnica, como direito real de habitação periódica, é muito popular em Portugal. Numa simples pesquisa na internet, podemos encontrar a publicidade de inúmeros imóveis portugueses a serem comercializados neste tipo de regime.

O direito real de habitação periódica pode ser caracterizado pela exploração, por um ou mais períodos certos de tempo, em cada ano, das unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos, mediante o pagamento de uma prestação periódica ao proprietário ou cessionário do empreendimento ou a quem o administre.

Segundo o art. 3º, n. 1 do Decreto-Lei 180/99, o direito real de habitação periódica é, na falta de indicação em contrário, perpétuo, mas pode ser-lhe fixado um limite de duração, não inferior a 15 anos.

A exploração pelo adquirente deste direito é limitado a um período de tempo em cada ano, que pode variar entre o mínimo de 7 (sete) dias seguidos e o máximo de 30 (trinta) dias seguidos (art. 3.º, n. 2).

Para este tipo de contratação, também há previsão do direito de arrependimento. E não poderia deixar de ser. Sabe-se que, neste tipo de contratação, é muito comum que empresas convidem consumidores para coquetéis, onde são transmitidas imagens de vídeo do empreendimento, suas facilidades, seus atrativos, dentre outros. Não raras vezes, há convites a toda a família para passar uma tarde no local do empreendimento, com vendedores à disposição para fechar qualquer tipo de contrato²⁹⁴. Todos esses atrativos acabam deixando os consumidores mais vulneráveis para celebração de contratos que numa situação normal não celebrariam.

Portanto, neste tipo de contrato, o direito de arrependimento também se mostra uma importante medida contra as pressões que os consumidores podem sofrer por vendedores treinados para tanto.

²⁹⁴ Conforme Acórdão da Relação de Lisboa de 23 de junho de 1994: “[...] A partir daí e com o desenvolvimento turístico que se foi verificando, surgiram no mercado inúmeras empresas que de uma forma agressiva e numa concorrência desenfreada passaram a anunciar propostas de negócio, muitas delas não concretizadas: umas por não corresponderem ao que ofereciam aos potenciais interessados e outras por falta de capacidade de concretização por parte dessas mesmas empresas, que entretanto recebiam a totalidade ou, pelo menos, parto do preço que depois não devolviam. Muitos desses negócios, como é do domínio público, eram concretizados num ambiente de autêntica pressão psicológica, ou mesmo chantagem. Assim, é vulgar ainda hoje o aliciamento de pessoas para comparecer em determinados locais através do telefone ou outros meios, com a promessa de passeios, almoços ou jantares e outras ofertas irresistíveis porque gratuitas. Uma vez presentes, os interessados são envolvidos numa teia de novas promessas e após várias horas de aliciamento e sem se aperceberem, ficam vinculadas a contratos que, num ambiente de serenidade e reflexão e em condições normais não celebrariam: ou porque não tinham capacidade económica para isso ou por verificarem que caíram num autêntico logro” (GOMES, Sobre..., p. 70-71).

Diante desses fundamentos, o direito de arrependimento foi previsto no art. 16 do Decreto-Lei 275/93²⁹⁵, dispondo que o adquirente do direito real de habitação periódica detém 10 (dez) dias úteis para arrepender-se sem indicação de motivos ou pagamento de quaisquer encargos.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que a antiga redação do Decreto-Lei 275/93, que lhe havia dado o Decreto-Lei 180/99, aduzia que a contagem do prazo teria início na data da celebração do contrato. Contudo, atento às críticas da doutrina, o Decreto 22/2002 alterou a redação do art. 16 para constar que o início do prazo inicia-se da data em que for entregue o *contrato de transmissão do direito real de habitação periódica*. Como já referimos, melhor que o início da contagem do prazo tenha início a partir da data do recebimento do contrato.

Especificamente quanto ao prazo, vê-se que o legislador português reservou o prazo de 10 (dez) dias úteis para o exercício do arrependimento no direito real de habitação. Esse prazo é suficiente para o consumidor exercer seus direitos. Contudo, não nos parece interessante que o legislador português ora adote prazo de 10 (dez) dias úteis, ora adote prazo de 14 (quatorze) dias corridos (tal como o Decreto 143/2001, que protege os consumidores nos contratos à distância). Essa diversidade de datas pode gerar dúvidas ou confusões aos consumidores. O melhor seria estabelecer um prazo padrão para que o consumidor exercesse o arrependimento. Assim, em todas as hipóteses que o consumidor souber que possui o direito de se arrepender da avença, já tem a certeza do prazo para o exercício.

Quanto à forma para o exercício do direito de arrependimento, optou o Decreto-Lei 275/93 pela arcaica carta registrada, com aviso de recepção. Destacamos que a redação dada ao art. 16 foi alterada por legislações do ano de 1999 e 2002, ou seja, em tempos já marcados pela internet e pelo correio

²⁹⁵ “Art. 16.º *Direito de resolução. n. 1. O adquirente do direito real de habitação periódica pode resolver o respectivo contrato de aquisição, sem indicar o motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de 10 dias úteis a contar da data em que lhe for entregue o contrato de transmissão do direito real de habitação periódica.*” (redação dada pelo Decreto-Lei 22/2002).

eletrônico. Assim sendo, deveria o legislador português ter atentado a ampliar o rol das formas para o exercício do arrependimento também se realizar pelo correio eletrônico, tal como dispõe o Decreto-Lei 95/2006. Podemos até afirmar que o *e-mail* pode ser utilizado como forma de exercício de arrependimento em analogia à carta registrada²⁹⁶. Contudo, não há dúvidas que essa omissão da lei é uma falha legislativa. Ademais, em todos os diplomas, deveria estar disposta a possibilidade de notificação ao fornecedor via correio eletrônico, ou qualquer outro meio capaz de transmitir o desejo do consumidor em desistir da avença.

Atento ao dever de informação pré-contratual determina o art. 11, n. 5, do Decreto-Lei 275/93 que, no direito real de habitação periódica, deverá ser emitido um certificado predial. Dentre as informações constantes neste certificado predial, no espaço imediatamente anterior ao destinado a assinaturas, deverá constar a menção que o adquirente pode “resolver” o contrato, sem indicar qualquer motivo e sem quaisquer encargos. É medida que atende ao dever de informação decorrente da boa-fé objetiva.

Outra interessante disposição estabelecida no Decreto-Lei 275/93 é disposta no art. 16, n. 6. Segundo este dispositivo, caso o preço do imóvel esteja coberto por um crédito concedido pelo vendedor ou por terceiro com base num acordo entre este e o vendedor, este contrato de crédito é automaticamente resolvido. Isso porque, não raras vezes, o contrato de aquisição de direito real de habitação periódica é celebrado em conjunto com um contrato de concessão de crédito. Não faria sentido o consumidor arrepender-se da aquisição do direito real de habitação periódica se ainda continuasse sujeito ao contrato de crédito. Ciente dessa situação, fez por bem o legislador consignar expressamente a extinção automática do contrato de crédito.

²⁹⁶ Em posição contrária, Januário Gomes afirma que a carta registrada é uma formalidade *ad probationem* para o exercício do direito de arrependimento (GOMES, *Sobre...*, p. 74).

Por fim, dispõe ainda o art. 15, n. 1, 'd', do Decreto-Lei 275/93 que os proprietários das unidades de alojamento sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica devem prestar caução para garantir a devolução da totalidade das quantias entregues pelo adquirente até o termo do prazo previsto para o exercício do arrependimento. Mais uma medida importante e que propicia maior segurança ao consumidor para desistir do contrato celebrado. Em virtude dos elevados valores que estes contratos podem estabelecer, nada mais razoável do que garantir, por meio de caução, os valores que deverão ser restituídos ao consumidor caso eventualmente arrependa-se da avença.

Ademais, melhor ainda é obrigar o pagamento dos valores entabulados no contrato, apenas quando transcorrido o prazo estabelecido para o exercício do arrependimento, tal como disposto no art. 189 do Anteprojeto do Código do Consumo português.

Para o caso do direito real de habitação periódica, em virtude dos elevados valores que a contratação pode alcançar, pensamos ser uma medida de bom alvitre. Contudo, noutros contratos, tal como a compra e venda de produtos pela internet, a medida não nos parece ser a mais correta. Essa e outras discussões serão melhor examinadas no capítulo seguinte.

2) O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR PORTUGUÊS

A ideia de unificar as legislações consumeristas e estatuir um Código do Consumidor em Portugal teve início com o Despacho 42/MA/96, de 28 de maio, pela Ministra do Ambiente, a qual nomeou o Prof. Doutor António Joaquim de Matos Pinto Monteiro ao cargo de Presidente da Comissão responsável pela elaboração do respectivo código.

Participam da comissão juristas altamente renomados, como Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Mestre Paulo Cardoso Mota Pinto, Dr. Manuel

Tomé Soares Gomes, Dra. Maria Manuela Flores Ferreira, Mestre Mário Paulo da Silva Terneiro, Prof. José Eduardo Tavares de Sousa, Prof. Doutor Augusto Silva Dias e Prof. Doutora Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia.

Caso seja aprovado o Código do Consumidor português, diversos diplomas consumeristas portugueses serão totalmente ou parcialmente revogados. Dentre os diplomas a serem totalmente revogados, destacamos a Lei de Defesa do Consumidor n. 24/96, de 31 de julho, o Decreto-Lei 359/91, de 21 de setembro, que tratam do crédito ao consumidor e o Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril, que estabelece o regime dos contratos à distância e ao domicílio.

Em todos os diplomas acima listados, tal como já estudado, há previsão de direito de arrependimento. Desse modo, a aprovação do Anteprojeto do Código do Consumidor trará inúmeras alterações (positivas em sua maioria) ao direito de arrependimento, razão pela qual não poderia deixar de ser estudado neste trabalho.

O regime geral do direito de arrependimento no Anteprojeto do Código do Consumidor é previsto pelos arts. 187 a 193. Não obstante o regime geral, o arrependimento ainda é disposto em capítulos que versam sobre matérias específicas. Assim, o arrependimento também é previsto no capítulo que trata dos contratos à distância (art. 233), no capítulo que cuida do direito real de habitação periódica (art. 340), dentre outros.

O Anteprojeto resolveu, em todos os casos, intitular o arrependimento como *direito de livre resolução*. Em nenhum momento, foi utilizada a expressão *direito de revogação* ou *prazo de reflexão*. Tal assertiva nos faz crer que a comissão que elaborou o texto do anteprojeto enquadra o direito de arrependimento como forma de *resolução* contratual²⁹⁷.

²⁹⁷ É curioso o posicionamento da comissão. O Prof. Carlos Ferreira de Almeida, por exemplo, alterou seu posicionamento. Em sua obra, este jurista havia qualificado o direito de arrependimento como forma de revogação, declarando, ainda, que os efeitos desta revogação são “semelhantes” aos da resolução (ALMEITA, *Direito...*, p. 113).

O direito de arrependimento (regime geral) é previsto no art. 187, n. 1 do Anteprojeto²⁹⁸. A partir da leitura deste dispositivo, verifica-se que a comissão elaboradora do Anteprojeto decidiu que o prazo geral para o exercício do arrependimento é de sete dias úteis. Esse prazo, no entanto, é estendido em alguns casos do Anteprojeto. É o caso, por exemplo, do arrependimento nos contratos à distância pelo qual dispõe o consumidor de 14 (quatorze) dias corridos para desistir do contrato (art. 233) e 10 (dez) dias úteis para o arrependimento nos contratos de direito real de habitação (art. 340).

Creemos que a comissão do Anteprojeto deveria estender o prazo geral para 14 (quatorze) dias corridos ao invés de sete dias úteis. Trata-se de prazo pouco mais extenso, que facilitaria o exercício do arrependimento. Temos a certeza de que a ampliação deste prazo não prejudicará os fornecedores. Aliás, o prazo de 14 (quatorze) dias úteis poderia ser um prazo geral, para todos os casos previstos no Anteprojeto.

Quanto à contagem do prazo, nos termos do n. 1, do art. 188 do Anteprojeto, a mesma terá início a partir da recepção do bem **ou** da conclusão do contrato de prestação de serviço, desde que tenha sido prestada ao consumidor a informação pré-contratual do qual disponha: a possibilidade de arrependimento, nome e endereço da pessoa ou entidade a quem deva ser enviada a comunicação, dentre outras. Essa informação deve ser *“materialmente separada de qualquer outro documento contratual”*, sob pena de se ter como não prestada, subscrita ou eletronicamente assinada pelo consumidor.

Neste ponto o Anteprojeto deve ser festejado. Além da obrigatoriedade imposta ao fornecedor de serviços em separar a informação do direito de arrependimento do contrato em si, estatui que o início do prazo apenas será contado a partir da prestação dessa informação.

²⁹⁸ “Art. 187.º, n. 1. Sempre que neste Código se atribua ao consumidor um direito de livre resolução, pode o beneficiário fazer cessar o contrato sem ter de indicar o motivo e sem ter que suportar qualquer indemnização ou encargo, através de comunicação enviada à outra parte no prazo de 7 dias úteis, se outro superior não for estabelecido em disposição especial”.

Quanto à forma de exercício, outra excelente novidade é trazida no n. 2, do art. 187²⁹⁹, afirmando que o consumidor poderá exercer o arrependimento por carta registrada, com aviso de recepção, **ou** através de qualquer outro meio suscetível de prova nos termos gerais de direito.

Portanto, caso seja aprovado, o Anteprojeto encerrará de uma vez por todas a retrógrada determinação de outras legislações que determinam o exercício do arrependimento por carta registrada (tal como estabelecido no art. 16, n. 2 do Decreto-Lei 275/93 e o art. 6.º, n. 5 do Decreto-Lei 143/2001). Ainda que parte da doutrina já defendesse que, nessas legislações, o envio de declaração por correio eletrônico também pudesse ser realizado em analogia à carta registrada, fato é que, no Anteprojeto, este direito é expressamente consagrado.

Vejamos, ainda, que o Anteprojeto não obriga essa comunicação. A simples devolução do bem equivale à comunicação do arrependimento (art. 187, n. 3). Mais uma medida salutar que atende ao princípio da boa-fé objetiva. Essa disposição proíbe que fornecedores imbuídos de má-fé, ao receberem os produtos devolvidos, utilizem o frágil argumento de que, por exemplo, não foi enviada carta registrada informando a intenção de devolução dos produtos.

Inovação trazida pelo Anteprojeto e que poderá ser palco de calorosas discussões dentre os fornecedores de serviço é quanto ao expresso no art. 189, que tal como outras legislações (francesa, por exemplo) proíbe que o fornecedor exija a entrega de qualquer quantia, seja a título de pagamento do preço, seja a pretexto de qualquer outro objetivo direta ou indiretamente relacionado com o contrato³⁰⁰.

²⁹⁹ “Art. 187.º n. 2: A comunicação a que se refere o número anterior pode efectuar-se por carta registrada com aviso de recepção ou **através de qualquer outro meio susceptível de prova nos termos gerais de direito**”. (grifos nossos).

³⁰⁰ “Art. 189. n. 1: Durante o decurso do prazo para o exercício do direito de livre resolução é **proibido exigir ao consumidor a entrega de qualquer quantia, seja a título de pagamento do preço, seja a pretexto de qualquer outro objectivo, direta ou indirectamente relacionado com o contrato**” (grifos nossos).

Em consonância, assenta este dispositivo que o consumidor deverá realizar o pagamento do preço apenas quando transcorrer o prazo para o exercício do arrependimento. Assim, poderá o consumidor adquirir um produto via internet e realizar o seu pagamento apenas após o décimo quarto dia, contado da data em que foram confirmadas as informações constantes no n. 5, do art. 187. Em suma, o consumidor recebe o produto em casa, mas só faz o pagamento findo o prazo que dispunha para exercer o arrependimento.

A violação dessa disposição implica coima de 2.500 euros se o consumidor for pessoa singular, ou de 1.500 a 30.000 euros, tratando-se de pessoa coletiva, nos termos do art. 486 do Anteprojeto.

Em nosso ponto de vista, essa medida não pode ser generalizada em todos os contratos dos consumeristas. É interessante sua aplicação nos contratos de direito real de habitação porque os valores envolvidos podem ser elevados. Entretanto, não nos parece razoável a aplicação desta medida nas compras de produtos pelo comércio eletrônico, por exemplo, onde os valores envolvidos, na maioria das vezes, não são tão elevados.

Temos uma razão para tanto. Já nos manifestamos que o direito de arrependimento é uma proteção contratual que não deve ser a regra, mas a exceção dos contratos. Sendo a exceção, acreditamos que o mais correto seria, em todos os casos, o fornecedor restituir o consumidor dos valores recebidos do que vice-versa. Isso porque receamos que os fornecedores poderão sofrer prejuízos ligados principalmente à inadimplência após o transcurso do prazo para o exercício do arrependimento. Diferente é o caso do direito real de habitação, que requer uma análise mais profunda acerca da sua aquisição, bem como os valores envolvidos são elevados.

Outra regra do qual deverá o legislador português analisar com maior prudência é a concernente à renúncia do direito de arrependimento nos contratos de prestação de serviços. Esta disposição é prevista no art. 190, n. 1,

‘c’, e aduz que o direito de arrependimento caduca no momento em que o profissional, com expresso consentimento do consumidor, inicia a prestação do serviço, mesmo antes de esgotado o prazo para o exercício do arrependimento, desde que este preste a informação clara e inequívoca sobre tal efeito³⁰¹.

Preocupa-nos essa disposição porque sabemos que alguns fornecedores de serviços facilmente poderão convencer o consumidor a assinar um termo de renúncia dos seus direitos no momento da contratação, afirmando que este termo faz parte do contrato de adesão, por exemplo. Por isso, pensamos que essa renúncia deveria ser assinada em algum órgão de proteção ao consumidor, enviada por e-mail ou carta registrada, ou seja, sem a presença do vendedor.

Salientamos que a informação, mesmo sendo prestada pelo vendedor, poderá ser feita de forma precária ou inverídica, fato que dificultaria a prova pelo consumidor de que seu direito foi cerceado. A renúncia do direito de arrependimento, em nossa opinião, não pode ocorrer no ato da contratação.

No caso do comércio eletrônico, se a contratação for realizada no sítio eletrônico do fornecedor, entendemos que os termos da renúncia devem estar dispostos em letras em negritos, consignando, de forma extremamente clara, quais as conseqüências que este ato gerará ao consumidor.

Quanto à devolução dos produtos adquiridos, determina o art. 191, n. 1 do Anteprojeto, que o consumidor dispõe de sete dias úteis para realizar a restituição ao profissional. Observamos que, na atual legislação portuguesa, o consumidor dispõe de 30 (trinta) dias para restituir os bens recebidos (v.g. art. 8.º, n. 2 do Decreto-Lei 143/2001). Houve, portanto, diminuição do prazo para a

³⁰¹ “Art. 190.º, n. 1. ‘c’: No momento em que o profissional, com expresso consentimento do consumidor, inicia a prestação do serviço antes de esgotado o prazo de que este dispõe para exercer o seu direito, contanto que aquele, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do art. 187, preste informação clara e inequívoca sobre tal efeito.”

devolução da mercadoria adquirida. Acreditamos que o prazo de sete dias é exíguo. Melhor que se mantenha a redação da legislação em vigor.

O encurtamento do prazo também foi aplicado para o fornecedor restituir ao consumidor de tudo que ele *eventualmente* tenha despendido. Segundo o Anteprojeto, o fornecedor de serviços também deve fazer a restituição em até sete dias úteis (art. 191, n. 3). Usamos eventualmente, porque, como já referido, nos termos do art. 189 do Anteprojeto, é proibido exigir do consumidor o pagamento de qualquer quantia no ínterim do prazo do arrependimento. Neste caso, também entendemos que o prazo é demasiadamente curto para que o fornecedor restitua o consumidor. O prazo de 30 (trinta) dias estabelecido no Decreto 143/2001 parece mais razoável.

No tocante às despesas para o reenvio do produto adquirido, o Anteprojeto é expresso ao afirmar que o consumidor tem direito de ser reembolsado de todas as despesas que a restituição tenha dado causa (art. 191, n. 2). Assim, apesar de toda discussão envolvida neste tema, de forma expressa e inequívoca, o Anteprojeto resolveu obrigar esses valores aos fornecedores.

Caso essa medida não seja respeitada, nos termos do art. 485, n. 1, o fornecedor incorrerá em violação contratual devendo arcar com coima de até 2.500 euros, se for pessoa singular, ou de 1.500 a 30.000 euros, se for pessoa coletiva.

Já nos manifestamos contrários à disposição que obriga o fornecedor ao pagamento destes valores. Parece-nos ainda mais injusto consoante entabulado no Anteprojeto. Além de ter enviado o produto sem qualquer custo ao consumidor (vez que é proibida cobrança antes do prazo do arrependimento – art. 189), também, deverá suportar o custo da devolução do mesmo. Não temos dúvida que é medida contrária ao bom senso e que poderá incorrer diversos prejuízos aos fornecedores. E se o consumidor residir em outro país?

Deverá o fornecedor arcar com pesados valores para a devolução dos Produtos?

Nessa esteira, sábias as palavras de Fabrício da Mota Alves³⁰², as quais merecem destaque:

“A superproteção ao consumidor, quando promovida em detrimento dos interesses comerciais e dos direitos legais e constitucionais do fornecedor, pode gerar prejuízos nefastos aos respectivos segmentos da economia [...] De fato, a aplicação injusta do direito de arrependimento fatalmente implicará a extinção ou o retrocesso de modernas técnicas de comercialização, o que afetará o próprio consumidor [...]”.

É interessante verificar, ainda, que referida obrigatoriedade é totalmente contrária ao quanto estabelecido na Directiva 97/7/CE, de 20 de maio, a qual aduz que as únicas despesas eventualmente a cargo do consumidor são as decorrentes do exercício do arrependimento (art. 6.º, n. 1).

As restrições do direito de arrependimento previstas no Anteprojeto não se encontram no regime geral do direito de arrependimento, mas nas especificidades de cada matéria. No capítulo relativo aos contratos à distância, por exemplo, determina o art. 234 as “exceções” ao direito de arrependimento. Essas restrições são praticamente as mesmas dispostas no art. 7.º do Decreto-Lei 143/2001. Altera-se pouco a sua redação, mas as hipóteses são todas as mesmas, lembrando-se que este rol é meramente exemplificativo.

Quanto ao ônus da prova, fez por bem o Anteprojeto consignar expressamente que incumbe ao profissional provar os fatos de que depende o início da contagem do prazo do direito de arrependimento (art. 198, n. 1, ‘b’).

³⁰² ALVES, O direito...

Concluimos o presente item afirmando que o Anteprojeto possui inovações positivas ao instituto do direito de arrependimento. Contudo, conforme as ponderações que fizemos, em determinados pontos, faz-se necessária maior discussão entre os órgãos de proteção aos consumidores, toda a sociedade e a comissão revisora deste importante diploma.

3) O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Como já mencionado na introdução deste trabalho, ao contrário de Portugal e demais países da Comunidade Europeia, o direito de arrependimento no Brasil é previsto no Código de Defesa do Consumidor apenas em um dispositivo. Nunca é demais trazer à lume a letra da lei:

“Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”

3.1 – Requisitos para o exercício do arrependimento

Analisando o dispositivo acima, podemos afirmar que são dois os requisitos que configuram o arrependimento no CDC: (i) existência de relação de consumo; (ii) contratação de fornecimento de produto ou serviço fora do estabelecimento comercial do fornecedor. Analisemos, então, um a um destes requisitos.

3.1.1 – Existência de relação de consumo

Para a análise deste tema caberia uma nova dissertação de mestrado. Contudo, não é nosso intuito aprofundarmos tanto este assunto, mas tão somente desenvolver uma abordagem moderna e atual de como a doutrina e jurisprudência brasileira se posicionam quanto à existência ou não de relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor trouxe o seu próprio conceito de consumidor no art. 2.º, afirmando que consumidor é *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*.

A questão não é tormentosa quando se propõe enquadrar a pessoa física como consumidora. Para José Geraldo Brito Filomeno³⁰³, o consumidor pessoa física vem a ser aquele que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de serviços.

A definição de consumidor é ampliada pela segunda parte deste dispositivo à *“coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”*³⁰⁴. São os chamados consumidores-equiparados que também foram compreendidos pela determinação do art. 29: *“Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”*³⁰⁵. Este

³⁰³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 22.

³⁰⁴ José Geraldo Brito Filomeno afirma que há que se equiparar ao consumidor a coletividade que, potencialmente, esteja sujeita ou propensa à referida contratação. Caso contrário se deixaria à própria sorte, por exemplo, o público-alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, ou então sujeitos ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à saúde ou segurança. (ibidem, p. 24 et seq.).

³⁰⁵ O capítulo que este diploma legal se refere é o Capítulo V, ou seja, “Das práticas comerciais”. Para Cláudia Lima Marques, *“o art. 29 [...] é aplicável, portanto, a todas as seções do capítulo, quais sejam a seção sobre oferta (arts. 30 a 35), sobre publicidade (arts. 36 a 38), sobre práticas abusivas (arts. 39 a 41), sobre cobranças de dívidas (art. 42), sobre bancos de dados e cadastros de consumidores (arts. 43 e 44), e que se diz aplicável também ao capítulo posterior, o Capítulo VI, dedicado à Proteção Contratual. Trata-se atualmente, portanto, da mais importante norma extensiva do campo de aplicação da lei. [...] O artigo 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de*

dispositivo visa proteger também as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como as práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, ou destinatárias finais.

Na mesma senda, o art. 17 do CDC aduz: *“Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores as vítimas do evento”*. O art. 17 refere-se aos arts. 12 a 14 do CDC que tratam da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Nestes termos, a ampliação do art. 17 visa proteger as vítimas do fato do produto ou serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não essas vítimas utilizado os produtos³⁰⁶.

Citamos como exemplo o caso de uma explosão de uma loja de fogos de artifícios. Nesta hipótese, o transeunte que é atingido pela explosão dos vidros da loja, ainda que não esteja adquirindo produtos no momento da explosão, mas apenas passando pela rua, deverá ser equiparado à qualidade de consumidor neste “acidente de consumo”.

Portanto, as disposições trazidas na segunda parte do art. 2.º, art. 29 e 17 do CDC ampliam o conceito de consumidor também àqueles que não participavam da relação negocial, ou seja, todos os casos em que apesar da pessoa física ou jurídica não estar adquirindo produtos ou participando diretamente da relação jurídica, também, poderá ser considerada consumidora.

política legislativa. Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agente econômicos) expostos às práticas abusivas” (MARQUES et al., *Código...*, p. 451).

³⁰⁶ Nesse sentido, veja-se o seguinte acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: *“DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO EM ESTACIONAMENTO. SHOPPING CENTER. VEÍCULO PERTENCENTE A POSSÍVEL LOCADOR DE UNIDADE COMERCIAL. EXISTÊNCIA DE VIGILÂNCIA NO LOCAL. OBRIGAÇÃO DE GUARDA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Nos termos do enunciado n. 130/STJ, “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”. II - A jurisprudência deste Tribunal não faz distinção entre o consumidor que efetua compra e aquele que apenas vai ao local sem nada dispendir. Em ambos os casos, entende-se pelo cabimento da indenização em decorrência do furto de veículo. III - A responsabilidade pela indenização não decorre de contrato de depósito, mas da obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados no local, presumivelmente seguro.”* (Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp 437.649-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.02.2003).

Pois bem. A discussão toma um caráter muito mais complexo quando se propõe qualificar a pessoa jurídica como consumidora. Para resolver esse imbróglio, a doutrina brasileira valeu-se de duas teorias.

A primeira delas é a teoria *maximalista*. Segundo aqueles que a defendem, o CDC é um novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para defender somente o consumidor não-profissional. Assim, seria o CDC uma norma geral sobre o consumo, um código para a sociedade do consumo, que institui normas para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. Essa teoria estende ao máximo possível a aplicação das normas do CDC.

A teoria maximalista é hoje criticada pela maioria da doutrina. Cláudia Lima Marques³⁰⁷ afirma que o problema desta visão é que transforma o direito do consumidor em direito privado geral, pois retira do Código Civil quase todos os contratos comerciais, uma vez que os comerciantes e profissionais consomem de forma intermediária insumos para a sua atividade-fim, de produção e distribuição.

Já a teoria *finalista*, do qual Cláudia Lima Marques, como nós, é adepta, sustenta que a definição de consumidor deve ser restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º. Para essa teoria, é necessário que o consumidor seja efetivamente o destinatário final³⁰⁸. Sábias as palavras da Prof. Lima Marques^{309, 310}, *in verbis*:

³⁰⁷ MARQUES et al., *Manual...*, p. 70.

³⁰⁸ Para José Geraldo Brito Filomeno, é essencial verificar alguns pontos para qualificar ou não a pessoa jurídica como consumidora. Nas palavras desse jurista, os pontos essenciais são:

“a) se o “consumidor-fornecedor”, na hipótese concreta, adquiriu bem de capital ou não;
b) se contratou serviço para satisfazer a uma necessidade ou que lhe é imposta por lei ou é da natureza de seu negócio, principalmente por órgãos públicos, sem qualquer ligação com os insumos da produção.

No primeiro caso, trazemos como exemplo a aquisição de alimentos, preparados ou não, para fornecimento aos operários de uma indústria, ou então a compra de máscaras protetoras contra poeiras tóxicas. No segundo, a contratação de serviços de dedetização de um galpão industrial ou serviços de educação para a creche construída para os filhos dos operários.

*“Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor não seria o profissional, **pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.** [...] As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional; interpretar o art. 2º de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais”.*
(grifos nossos)

Perante toda a discussão e apelos da doutrina majoritária, após longa e profunda discussão, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, firmando entendimento acatando a teoria *finalista*. Transcrevemos a ementa deste acórdão, que foi um dos promissores para a adoção pacífica nos Tribunais brasileiros desta teoria:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. CRITÉRIO SUBJETIVO OU FINALISTA. MITIGAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. VULNERABILIDADE. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do

Resta evidente, nesses casos, que eventual deterioração ou contaminação dos mencionados alimentos em prejuízo da economia da empresa adquirente e da saúde dos operários-consumidores-finais transformam-na em manifesta consumidora. E assim também na hipótese de descumprimento das normas atinentes à fabricação das referidas máscaras contra poeiras tóxicas.

Ou, ainda, e por fim, no caso de prestação de serviços de educação de forma insuficiente ou em desacordo como o que ficara estipulado em contrato.

Pouco importa, desde que haja manifesta destinação final, que se cuide de despesa ou custos da pessoa jurídica. O que importa indagar é se referidos itens são adquiridos ou não para destinação final.

Diferentemente, porém, não pode ser considerada consumidora final a empresa que adquire máquinas para fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório, que venham a apresentar algum vício ou defeito. Isso porque referidos bens certamente entram na cadeia produtiva e nada tem a ver com o conceito de destinação final” (FILOMENO, *Manual...*, p. 25).

³⁰⁹ MARQUES et al., *Manual...*, p. 69.

³¹⁰ José Geraldo Brito Filomeno afirma que para os finalistas, consumidor seria apenas aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo a uma necessidade pessoal e não para revenda ou então para acrescentá-lo à cadeia produtiva. (FILOMENO, *Manual...*, p. 24).

produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

- A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

- **Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.**

- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. Recurso especial não conhecido." (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp. 476.428/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/04/2005)³¹¹.

A interpretação dada, pelo STJ, ao art. 2.º do CDC merece ser aplaudida. Não há dúvidas que o conceito-chave que o legislador pretendeu adotar para caracterizar o consumidor é o da *vulnerabilidade*.

³¹¹ Neste mesmo acórdão, vale transcrever trecho da decisão da Ministra Nancy Andrighi: "Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. **Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I). [...] Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não. De fato, os critérios jurisprudenciais têm avançado no sentido de se reconhecer a necessidade de mitigar o rigor excessivo do critério subjetivo do conceito de consumidor, para permitir, por exceção, a equiparação e a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários. Superada a questão da "destinação final" do produto, agora a jurisprudência é incitada à formação das diretrizes para o reconhecimento da vulnerabilidade ou da hipossuficiência (aspecto processual) no caso concreto**".

Segundo Cláudia Lima Marques³¹², a vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. É uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Isso posto e conforme aludido no início deste item, não é nosso objetivo alongarmo-nos nesta discussão. Fato é que a doutrina e a jurisprudência brasileiras adotaram em sua maioria a teoria *finalista* para enquadrar o conceito de consumidor à pessoa jurídica. Se por um lado, a teoria finalista possui um caráter restritivo para caracterizar os casos que se configura relação de consumo; por outro lado, amplia esses casos sempre quando, na relação jurídica, seja constatada *vulnerabilidade*³¹³ entre o adquirente e o fornecedor de produtos ou serviços. É o caso de uma pequena empresa de contabilidade que adquire uma impressora para o trabalho interno em um grande supermercado. Ora, tendo em vista a vulnerabilidade do pequeno escritório contábil frente ao supermercado, é o caso de ser aplicado o CDC. Diferente é o caso do pequeno escritório contábil que adquire uma impressora usada de uma modesta loja de produtos usados para escritório. Neste caso, não se pode falar de vulnerabilidade da empresa de contabilidade para a loja de produtos usados. Não havendo vulnerabilidade, não é o caso de ser aplicado o CDC.

³¹² MARQUES et al., *Manual...*, p. 71.

³¹³ Analisando a importância da proteção do consumidor em decorrência da sua vulnerabilidade, Cláudio Belmonte asseverou: “*Bem, a proteção dos consumidores ou usuários (notadamente aqueles que consomem ou usam produtos finais) é justificada sobretudo pela evidente inferioridade negocial nos contratos firmados com fornecedores ou prestadores de serviços, em decorrência de uma sociedade de consumo contemporânea que, por sua vez, respalda as contratações em massa, o uso de contratos standardizados, o surgimento de inovadoras técnicas de marketing e os métodos agressivos de venda. Esse contexto ensejador de uma desigualdade material contratual entre fornecedores e consumidores – uma vez que as melhores organização e informação dos produtos e fornecedores, a publicidade, a capacidade de racionalização operacional, dentre outros fatores, tornam aqueles contratantes bastante mais capazes de obter vantagens contratuais do que estes – justifica a tutela dos direitos contratuais dos consumidores, como o direito à segurança (a questão dos produtos defeituosos ou perigosos), à informação, à escolha, a ser ouvido, a proteção contra as chamadas práticas desleais de comércio (as questões da publicidade enganosa e dos preços muito elevados, por exemplo)*” (BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 78-79)

Caso numa relação jurídica a pessoa física ou jurídica seja considerada consumidor (ou consumidor equiparado), estar-se-á presente o primeiro requisito para o exercício do arrependimento.

3.1.2 – Contratação de produto ou serviço fora do estabelecimento comercial do fornecedor

O segundo requisito que o Código de Defesa do Consumidor determina para o exercício do arrependimento é que a contratação feita pelo consumidor tenha sido realizada *“fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”*.

Ao contrário de Portugal, o Brasil não dispõe uma legislação específica para tratar das contratações à distância ou regular o comércio eletrônico. Há, na verdade, projetos ainda em discussão no Congresso Nacional.

Assim, até a presente data, o art. 49 do CDC ainda se vale da antiga expressão *“fora do estabelecimento do fornecedor”*, que, por sua vez, foi influenciada pela Directiva da Comunidade Europeia 85/577/CE, de 1985.

O art. 49 do CDC foi consagrado ainda em 1990, ano em que o legislador não podia imaginar o que era internet e quais seriam as consequências para o comércio. Assim sendo, faz-se necessário analisarmos de forma cautelosa o que pretendeu o legislador ao estatuir a expressão *“fora do estabelecimento do fornecedor”*. Apenas a título exemplificativo, a norma aduz que o telefone³¹⁴ é considerado uma dessas formas de contratação.

³¹⁴ A contratação via telefone é suscetível do direito de arrependimento, segundo Tribunal de Justiça de São Paulo: **“CONSUMIDOR – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MOTOCICLETA – NEGÓCIO OFERECIDO MEDIANTE CONTATO TELEFÔNICO DA VENDEDORA NA RESIDÊNCIA DO ADQUIRENTE – Direito de Arrependimento – Possibilidade – Inteligência do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor – Prazo de sete dias contados da assinatura do contrato ou da entrega do produto ou serviço. Recurso improvido”**. (Tribunal de Justiça de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n.º 1.208.362-0/8, Des. Rel. Antonio Benedito do Nascimento. j. 09.03.09).

Para verificar o real alcance da norma, necessária aplicação de interpretação extensiva³¹⁵ a fim de que seja compreendida sua *ratio*. Neste sentido, podemos afirmar que as contratações realizadas fora do estabelecimento do comerciante podem ser aquelas celebradas tanto por telefone, ao domicílio ou local de trabalho do consumidor, fax, mensagem de telefone celular, dentre outras.

Outrossim, o art. 49 do CDC também deve ser ampliado às transações envolvendo o comércio eletrônico via internet. A doutrina é quase unânime em afirmar que a interpretação do art. 49 do CDC deve ser ampliada também no *e-commerce*³¹⁶.

A doutrina apenas não pode ser considerada unânime porque existe uma corrente minoritária que defende que a disposição do art. 49 do CDC não deve ser aplicada quando o consumidor visita estabelecimento virtual do comerciante. A justificativa dessa doutrina é que, neste caso, não estaria configurada a contratação à distância, uma vez que a iniciativa para aquisição do produto foi realizada pelo próprio consumidor.

³¹⁵ A interpretação extensiva é definida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior como modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido na sua letra. Essa interpretação extensiva busca o que o legislador efetivamente visou com a elaboração da lei (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 296).

Vale ainda a excelente lição do Prof. José Oliveira Ascensão que afirma que princípio absoluto é o da preferência do espírito sobre a letra. Este nobre jurista ainda ressalta que, no direito, tal como em outras ciências, vale a afirmação de que a letra mata, o espírito vivifica (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993 p. 400).

³¹⁶ Nesse sentido, veja-se MARQUES, *Contratos*, p. 703 et seq.; OLIVEIRA, *A proteção...*, p. 97; FINKELSTEIN, *Aspectos...*, p. 271; SAAD et al., *Código...*, p. 597 et seq.

O Deputado Severino Cavalcante também é adepto à esta corrente. Para tanto, encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 1451/2003, no qual pretende alterar a redação do art. 49 para os seguintes termos: “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone, a domicílio ou **pela via do comércio eletrônico**”. (grifos nossos).

É uma proposta válida. Entretanto, conforme será discutido adiante, o direito de arrependimento merece uma reforma muito mais abrangente do que simplesmente incluir, de forma expressa, o comércio eletrônico no art. 49 do Código do Consumidor. Ademais, as transações envolvendo o comércio eletrônico merecem ser reguladas em legislação própria, prevendo para estes casos, hipóteses especiais de arrependimento.

O principal adepto desta corrente é Fábio Ulhôa Coelho³¹⁷ que afirmou:

“A compra de produtos ou serviços através da internet realiza-se “dentro” do estabelecimento (virtual) do fornecedor. Por isso, o consumidor internáutico não tem direito de arrependimento, a menos que o empresário tenha utilizado em seu website alguma técnica agressiva de marketing, isto é, tenha-se valido de expediente que inibe a reflexão do consumidor sobre a necessidade e conveniência da compra [...] O consumidor está em casa, no trabalho, mas acessa o estabelecimento virtual do empresário; encontra-se por isso na mesma situação de quem se dirige ao estabelecimento físico”.

Apesar deste posicionamento, a vasta maioria da doutrina brasileira discorda do pensamento de Fábio Ulhôa Correa. Não é apenas o “elemento surpresa” que dá ensejo para o exercício do direito de arrependimento. Ainda que o consumidor acesse por sua própria vontade o sítio eletrônico do comerciante, ele não tem a possibilidade de tocar a coisa, tal como se estivesse numa loja. Não pode ter a real sensação do peso, tamanho, qualidade, dentre outros elementos do produto a ser adquirido. As fotos embelezadas dos produtos, na internet, podem dar uma falsa impressão ao consumidor.

Nesse sentido vale a senda de Tarcisio Oliveira³¹⁸:

*“A preferência pela adoção da tese em que se aplica o art. 49 do CDC às compras feitas pela internet se dá **também** pelo fato de que a intenção da norma diz respeito à possibilidade de o consumidor poder ter **contato direto** (físico/material) com o produto ou serviço e, assim, perceber seu contentamento ou não com ele, ou seja, se o bem atinge suas expectativas” (grifos nossos).*

A mesma opinião também é compartilhada por Maria Eugênia Finkelstein³¹⁹ que afirma que o direito de arrependimento deve ser garantido nas compras

³¹⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. III p. 49.

³¹⁸ OLIVEIRA, Tarcisio. *Direito eletrônico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 142.

³¹⁹ “Nas relações efetivadas fora do estabelecimento, como necessariamente é o caso dos estabelecimentos virtuais, o consumidor encontra-se fragilizado, uma vez que não teve o

celebradas nos estabelecimentos virtuais dos comerciantes, porque o consumidor encontra-se fragilizado, uma vez que não teve o necessário tempo para refletir sobre a aquisição do produto ou serviço.

A doutrina de Maria Eugênia Finkelstein e Tarcisio de Oliveira também é a mesma que seguimos. Até podemos concordar que, quando o consumidor acessa a página de um fornecedor, não está configurado *marketing* agressivo. Por sua vez, o consumidor não tem a oportunidade de ter a noção exata das qualidades dos produtos anunciados. Normalmente, os sítios eletrônicos deste tipo de comerciante possuem cores vivas, fotos deslumbrantes dos produtos, imagens de pessoas felizes. Ainda que assim não fosse, por mais que o fornecedor dispusesse apenas fotos comuns e uma gama de informações suficientes, o consumidor não teria oportunidade de conhecer a coisa como se estivesse na loja física. Não pode ligar a televisão e ver sua imagem, não pode testar a qualidade de som de um alto-falante e assim por diante. Esses fatores fatalmente deixam os consumidores vulneráveis à contratação de produtos e serviços.

Ainda assim, admitimos a teoria de Fábio Ulhôa Coelho numa única hipótese: na contratação à distância de serviços de transportes aéreos.

Como se sabe, nos dias de hoje, a grande maioria das passagens aéreas é adquirida por meio da internet, ou seja, o consumidor visita o sítio eletrônico da companhia aérea e compra o bilhete eletrônico. Com menor frequência as pessoas compram seus bilhetes nos estabelecimentos físicos das companhias aéreas. Isso porque não há grandes surpresas quanto ao serviço prestado. É

necessário tempo para refletir sobre a aquisição do produto ou serviço, não tendo tido contato físico com o produto ou informações personalizadas sobre o serviço. Assim, a tendência natural é que o consumidor celebre contratos que normalmente não celebraria, caso tivesse tido tempo de refletir e não fosse tão fácil o processamento da aquisição. Esta é uma situação comumente designada de compra por impulso, aquela em que o consumidor só se dará conta do que fez quando receber o produto ou serviço e tiver que pagar por isso. Assim, o contrato eletrônico caracteriza um contrato à distância, porque realizado fora do estabelecimento do fornecedor” (FINKELSTEIN, Aspectos..., p. 268).

sempre a contratação de um serviço de transporte aéreo para um destino certo, em horário pré-agendado.

No entanto, numa visão positivista, nos termos da lei brasileira, esse tipo de contratação estar-se-ia englobada fora do estabelecimento do comerciante. Ainda assim, pergunta-se: é possível admitir o direito de arrependimento neste tipo de contratação?

Imaginemos o seguinte caso. No dia 21 de janeiro de 2009, o consumidor 'A' adquire da companhia aérea 'B' um bilhete eletrônico partindo de São Paulo no dia 25 de janeiro de 2009, com destino ao Rio de Janeiro. No dia previsto do voo, horas antes do *check-in*, ainda no prazo compreendido para o exercício do direito de arrependimento, o consumidor resolve exercer o direito de arrependimento. Destacamos que o consumidor não está agindo de má-fé com o intuito de, por exemplo, lesar a companhia. Apenas acabou desistindo da viagem em virtude de outros compromissos surgidos, após a compra da passagem aérea. Pergunta-se: é legítimo o exercício do direito de arrependimento no caso apontado acima?

Pedro Paulo Muanis e Márcio Costa Pereira³²⁰, analisando essa questão, colocaram-se contra a possibilidade do direito de arrependimento. Na ótica

³²⁰ Veja-se a opinião *in verbis* destes autores:

“Na nossa opinião, esse dispositivo legal não pode ser aplicado, tendo em vista que, na compra de passagens aéreas pela internet, o consumidor exerce, sem qualquer interferência, sua vontade de contratar. O artigo 49 do Código tem como objetivo proteger o consumidor quando ele está fora do estabelecimento comercial e recebe uma proposta inesperada, não tendo, assim, tempo hábil para efetivar o negócio como se estivesse na loja, analisando pormenorizadamente as condições de compra e do produto. [...]

O objetivo do legislador foi justamente o de proteger o consumidor dessas práticas comerciais mais agressivas e que vêm se tornando praxe no mercado. Entretanto, é preciso deixar bem claro que a hipótese de venda de passagens aéreas pela internet apresenta um cenário diametralmente oposto do visto acima. [...] O famigerado efeito surpresa, que levou o legislador a criar o artigo 49 do CDC, não ocorre nas compras de passagens aéreas feitas pela internet, uma vez que é o consumidor que, por sua livre e espontânea vontade, dirige-se ao site para celebrar o negócio.

Sem dúvida alguma, o objetivo nítido do legislador foi impedir o prejuízo do consumidor que não tem muito tempo para pensar e torna-se uma presa fácil quando é abordado pelo fornecedor fora do estabelecimento comercial, em sua própria casa ou local de trabalho, por visitas ou telefonemas. Tal técnica de marketing evidencia a atitude ativa do fornecedor de produtos ou serviços, na medida que o consumidor, algumas vezes, pela quantidade de

destes autores, o legislador não procurou abarcar essa hipótese como forma de desistência do contrato, sobretudo porque não há qualquer efeito surpresa e foi do próprio consumidor a iniciativa da procura do sítio eletrônico.

Encarando essa questão, a jurisprudência brasileira não se mostrou uníssona, tendo proferido decisões completamente antagônicas. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, numa interpretação positivista, proferiu decisão acatando a possibilidade do exercício do direito de arrependimento no caso ora em estudo:

“TRANSPORTE AÉREO. VÔO CHARTES. DESISTÊNCIA. PRAZO DE REFLEXÃO. Adquiridas as passagens de vôo charter por telefone, assiste ao consumidor o direito de arrependimento no prazo de reflexão de que trata o art. 49 do CDC, com repetição integral do preço, na forma do parágrafo único do mesmo dispositivo. Recurso desprovido. Unânime” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado n.º 71000597799, Des. Rel. João Pedro Cavalli Júnior, j. 18.11.2004).

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VENDA DE PASSAGEM AÉREAS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL, EM ESPECIAL PELA INTERNET E POR TELEFONE. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA MANIFESTADA PELO CONSUMIDOR. Alegada contrariedade ao disposto no art. 49 da Lei 8.078/90, que conferiria ao consumidor o prazo de sete dias para desistir do serviço contratado. Direito de arrependimento. Afastamento. Ausência de vulnerabilidade

informações repassada, não se encontra seguro o suficiente para concretizar o negócio proposto.

Isso, contudo, não acontece com a venda de passagens aéreas. O consumidor, com o tempo que necessita, após formar seu convencimento, vai ao encontro do fornecedor de serviços de transporte aéreo, sendo a única diferença do negócio a facilidade de sua concretização decorrente da utilização do comércio eletrônico. [...] Como se vê, por qualquer ângulo que se analise a questão, resta inequívoca a não aplicabilidade do artigo 49 do CDC para a hipótese de venda de passagens aéreas”. (MUANIS, Paulo; PEREIRA, Márcio Costa. Consumidor não pode devolver bilhete comprado na internet. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-jun-05/consumidor_nao_devolver_bilhete_comprado_internet. Acesso em 10 de Janeiro de 2009. O artigo destes autores gerou a discordância de diversos advogados que postaram opiniões contrárias no site do Conjur.

do consumidor. A situação do comprador de passagem aérea no estabelecimento comercial da transportadora é idêntica à do comprador do mesmo produto pela internet, pelo menos no que se refere ao conhecimento do que está sendo adquirido. Desta forma, se um ou outro consumidor desiste da viagem, por conveniência pessoal, não há porque conferir-se a apenas àquele que comprou o bilhete pela internet – e o que fez até com mais comodidade e conforto – o direito ao reembolso integral. Retenção lícita por parte da companhia aérea de 10% (dez por cento) do valor da passagem. Sentença de improcedência. Desprovimento do recurso de apelação e não conhecimento do agravo retido”. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n.º 33.979/08, Rel. Des. Maria Henriqueta Lobo, j. 04.02.2002)³²¹.

³²¹ A sentença que deu ensejo à propositura do Recurso de Apelação já bem dispunha: “Tal retenção afigura-se lícita diante das peculiaridades do sistema de transporte aéreo e do turismo de um modo geral, que se sujeitam a grande sazonalidade, mostrando-se até mesmo necessária, pois o exercício do arrependimento sem nenhuma penalidade, ainda que no prazo legal, pode prejudicar o sistema concorrencial, o planejamento dos orçamentos e promoções dos réus e até mesmo os outros consumidores, que tentam adquirir, principalmente as passagens de período de alta estação ou promocionais, e não o conseguem fazer em virtude do bloqueio anterior efetuado por consumidores que compram apenas para assegurar as melhores tarifas e depois desistem da viagem, sabendo que serão reembolsados integralmente”.

A mesma opinião foi mantida pela Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro: “[...] o serviço vendido pela internet – transporte aéreo de pessoas – não necessita, como é evidente, ser pessoalmente examinado ou experimentado pelo comprador. Assim sendo, parece-nos que, a menos que o bilhete recebido pelo consumidor, correspondente ao serviço que lhe será prestado, contenha especificações diversas das contratadas, tais como data de viagem, horário, classe, etc... não há como se estender a esse consumidor o direito de desistência com o reembolso total da quantia paga. A situação do comprador de passagem aérea no estabelecimento comercial da transportadora é idêntica à do comprador do mesmo produto pela internet, pelo menos no que se refere ao conhecimento do que está sendo adquirido.”

No voto proferido em 2ª Instância pela Des. Rel. Maria Henriqueta Lobo: “De fato, não há que se aplicar a toda e qualquer compra e venda realizada fora do estabelecimento comercial o prazo de reflexão ou de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor. A intenção do legislador, ao criar tal dispositivo, foi proteger o consumidor contra técnicas agressivas de marketing publicitário, aquisição irrefletida, ou ainda, desconhecimento quanto ao produto ou serviço a ser adquirido. Na hipótese de venda de passagem aérea por meio de telefone ou internet, entretanto, o consumidor tem acesso a todas as informações relativas ao serviço a ser contratado, como valor de passagem, horário de voo, data, serviço de bordo, conexão, etc. da mesma forma que teria se o mesmo se dirigisse pessoalmente ao estabelecimento comercial. Assim, não há que se falar em situação de vulnerabilidade do consumidor ou desequilíbrio na relação de consumo, a justificar a incidência do art. 49 da Lei 8.078/90, já que nada difere a aquisição da passagem aérea no próprio estabelecimento comercial da aquisição fora dele. [...] Por outro lado, há que ser levado em consideração que o reembolso integral ao consumidor acarretaria um desequilíbrio financeiro das companhias aéreas, aos quais suportariam todos os prejuízos decorrentes da desistência do consumidor, inviabilizando a reocupação dos assentos ociosos, em tempo hábil, por outros passageiros.”

Estamos, portanto, diante de um conflito jurisprudencial. Apesar do conflito, temos que concordar com a posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ou seja, contrariar a possibilidade de direito de arrependimento nas compras de passagens aéreas por telefone ou internet.

Não nos parece crível facultar aos consumidores a desistência neste tipo de contratação sem o pagamento de qualquer indenização à companhia aérea. A desistência do contrato poucos dias antes do voo, certamente, trará prejuízos à companhia aérea. Prejuízos esses que não podem ser considerados inerentes ao risco do seu negócio.

Ressaltamos que as empresas aéreas brasileiras dispõem da possibilidade de remarcações ou cancelamentos dos voos. Em caso de cancelamento, a empresa Gol Transportes Aéreos, por exemplo, cobra uma taxa de 20% (vinte por cento) sobre o valor do bilhete. Dependendo do tipo de passagem adquirida (promocional ou não) é facultado ao consumidor a possibilidade de remarcações sem qualquer tarifa, podendo ainda o valor ser convertido em crédito para ser utilizado em outra oportunidade³²².

Parece-nos que tais medidas atendem ao princípio da boa-fé objetiva. O valor cobrado sobre o cancelamento da passagem aérea, por exemplo, corresponde a uma quantia justa, não havendo qualquer abuso de direito da empresa aérea.

Vemos, portanto, que diante da ausência de qualquer regulamentação no comércio eletrônico, bem como as poucas disposições para tratar sobre o direito de arrependimento, cabe ao intérprete verificar as hipóteses não especificadas pela lei em que o exercício do direito de arrependimento pode ou não ser exercido.

³²² Disponível em: <http://www.voegol.com.br/InformacoesUteis/RemarcacaoCancelamento/Paginas/CreditosReembolsos.asp> Acesso em 20. 04.2009.

Acentuamos, ainda, que a norma não deve se prender a conceitos fechados. É necessário verificar o verdadeiro espírito da lei. Foi exatamente o que fez o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendendo também possível o exercício do direito de arrependimento ainda que a venda tenha sido celebrada num espaço que poderia ser considerado como “dentro” do estabelecimento comercial do fornecedor³²³:

*“CERCEAMENTO DE DEFESA - Julgamento antecipado da lide - A necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa - Cerceamento inocorrente - Preliminar afastada. SENTENÇA - Julgamento "extra petita" - Inocorrência - Alegação de que os fundamentos da sentença não foram trazidos pela autora - Desnecessidade - O juiz não é obrigado a decidir em conformidade com os fundamentos indicados pelos litigantes - Preliminar afastada. NEGÓCIO JURÍDICO - Contrato - **Direito de arrependimento - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Hipótese em que o contrato foi firmado dentro do estabelecimento comercial – Art. 49 do CDC que não deve ser interpretado restritivamente. - Método agressivo de "marketing" que permite o direito de arrependimento - Caso em que a consumidora foi premiada após participação de jogo, ganhando direito a conhecer hotel, onde foi convencida a contratar, em duna emocional - Vontade maculada pelo entusiasmo temporário, causado pelo estímulo repentino e de ansiedade de contratação, derivado do método de apresentação do produto ou serviço - Direito de arrependimento que deve ser garantido em homenagem à boa-fé contratual, evitando-se que a venda emocional possa legitimar contratações***

³²³ Também foi considerada venda fora do estabelecimento do comerciante quando realizada em feira dentro de uma festa popular: “CONSUMIDOR. CONTRATO DE CONSUMO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PERÍODO DE REFLEXÃO. 1) **Caracteriza-se como contratação fora do estabelecimento comercial a celebração de contrato de uso de imóvel em Punta Del Leste durante festa popular em município do interior do estado (festa do pêssego).** 2) A demonstração do arrependimento, dentro do período de reflexão, pode ser efetivada por qualquer meio de prova, inclusive com os documentos comprobatórios da realização de ligações telefônicas pelo consumidor a empresa fornecedora no dia seguinte a contratação. 3) Desfazimento do contrato, liberando o consumidor das obrigações assumidas. 4) Aplicação do artigo 49 do CDC. Sentença mantida. Apelação improvida.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 599008299, Primeira Câmara de Férias Cível, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 04/02/1999).

maculadas pela ausência de transparência e respeito aos interesses do contratante mais fraco - Recurso não provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n.º 1.224.228-5, 14ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Melo Colombi, j. 09 de Maio de 2007).

Neste julgado, o consumidor foi abordado na praia com suas sobrinhas, quando o representante do fornecedor de serviços ofereceu-lhe um jogo, do qual o consumidor acertou todos os pontos da brincadeira e foi convidado a conhecer um hotel, “sem compromisso algum”.

Devidamente acomodada na piscina do hotel, o seu representante lhe propôs a contratação de *time sharing* em diversos hotéis indicados em um catálogo. Ante o entusiasmo das crianças que acompanhavam a consumidora, a insistência do vendedor e a facilidade de pagamento, esta acabou por firmar o contrato, o qual se arrependeu dias depois.

A defesa do hotel se baseava na interpretação restritiva do art. 49 do CDC, afirmando que o direito de arrependimento só pode ser exercido quando o contrato for celebrado fora do estabelecimento comercial do fornecedor, o que não teria ocorrido.

Nestes termos, não acatando a tese aduzida pelo hotel, fez por bem decidir o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“A finalidade da norma é permitir o direito de arrependimento daqueles que são abordados e levados a consumir algo que não comprariam em condições normais. O dispositivo legal citado não pode ser interpretado restritivamente, protegendo apenas aqueles que são abordados em seu domicílio ou por telefone. Na verdade, o termo “especialmente” apenas reforça a aplicabilidade da proteção consumerista em casos corriqueiros de venda à época de entrada em vigor dessa legislação, de forma meramente exemplificativa, mas não exclui, nem poderia, a proteção às práticas que viriam a surgir. Na verdade, procura-se proteger o consumidor de uma manifestação de vontade maculada

pelo entusiasmo temporário, produzido pelo estímulo repentino, pelo efeito de surpresa e de ansiedade de contratação, causado pelo método de apresentação do produto. Nessa esteira, a contratação em que se convida o consumidor a ingressar no estabelecimento comercial por meio de chamarizes como festas, coquetéis, sorteios, jogos em geral, num clima “emocional” de consumo, como diria Cláudia Lima Marques, deve receber proteção do código consumerista”.

Veja-se, portanto, que a expressão “fora do estabelecimento do fornecedor” não deve ser interpretada restritivamente. Outrossim, cada vez mais questões como essas surgirão desafiando a jurisprudência brasileira. Caberá à doutrina e ao aplicador do direito a árdua batalha de enfrentá-las.

3.2 – Prazo de desistência

Determina o art. 49 do CDC que dispõe o consumidor do prazo de sete dias para arrepende-se do contrato outrora celebrado. Não se fala em sete dias úteis. Parece ter o legislador adotado o prazo corrido, ou seja, comum do Código Civil. Essa contagem deve respeitar a forma estabelecida no art. 132 do Código Civil³²⁴.

Além disso, observe-se que o Código de Defesa do Consumidor optou pelo início da contagem do prazo de duas maneiras. O prazo pode ter início a partir da assinatura do contrato, **ou** do ato do recebimento do produto ou serviço³²⁵. Nos termos do art. 423 do Código Civil e do art. 47 do Código de Defesa do

³²⁴ “Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento. § 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil”.

³²⁵ Vejamos julgamento que considerou inválida cláusula que determinava a possibilidade da desistência somente a partir da assinatura do contrato: “**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DESISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 49 DO CDC. PRAZO. FLUÊNCIA A PARTIR DA ENTREGA DO PRODUTO OU REALIZAÇÃO DO SERVIÇO. RECURSO IMPROVIDO. É inválida cláusula que determina a possibilidade de desistência somente a partir da assinatura do contrato. Sem a entrega do serviço, não se inicia a contagem do prazo estipulado pelo art. 49 do Código de Defesa do Consumidor**”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26ª Câmara de Direito Privado, Apelação c/ revisão n.º 929.014-0/5, Rel. Renato Sartorelli, j. 05.05.08).

Consumidor, o consumidor poderá optar pela contagem do prazo pela forma que mais lhe favorece³²⁶.

Por fim, é unânime na doutrina que a contagem do prazo inicia no momento em que é realizada a *remessa* da informação. Isso porque o consumidor dependerá de outros fornecedores para que a informação chegue ao seu destinatário (correios, servidor de internet, dentre outros)³²⁷. Numa situação hipotética, encerrando-se o prazo para o exercício do direito de arrependimento no dia 12 de junho, por exemplo, até este dia tem o consumidor para enviar uma carta registrada informando sua intenção em desfazer a avença.

3.3 – Dever de guarda do bem a ser devolvido

Esse dever não decorre apenas da letra da lei, mas também do princípio da boa-fé. Para poder se arrepender da aquisição de um produto adquirido deverá o consumidor cuidar para que o bem não pereça ou sofra qualquer tipo de desvalorização.

No caso do recebimento de um eletrodoméstico que pretende devolver ao fornecedor, deverá o consumidor, após o “teste” do produto, guardá-lo na caixa até a sua devolução.

Não poderá o consumidor utilizar o produto até a data limite para o exercício do arrependimento apenas com o intuito de aproveitar o máximo possível aquele bem até a sua devolução. O atendimento ao princípio da boa-fé objetiva

³²⁶ Esse entendimento também foi exarado no seguinte acórdão: “*CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. TIME-SHARING. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. Art. 49 do CDC tem por objetivo proteger o consumidor da prática comercial agressiva. Hipótese em que o negócio é feito em ambiente que inibe a manifestação da vontade do consumidor, carregada de apelo emocional. O prazo de arrependimento, no caso, deve ser aquele que mais favorece a parte hipossuficiente, ou seja, a contar da efetiva data em que o serviço estaria a disposição do consumidor. Ação de revisão de contrato procedente. Deferimento da devolução das parcelas pagas. Honorários devem ser fixados em percentual sobre expressão econômica da causa. Traduzida naquilo que deve ser devolvido a parte. Apelo e recuso adesivo desprovido* (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70000195578, 20ª Câmara Cível, Rel. José Aquino Flores de Camargo, j. 26/10/1999).

³²⁷ Neste sentido, salientamos, por exemplo, a opinião de Rizzatto Nunes (*Curso...*, p. 614).

é verificado no momento em que, logo após ter decidido exercer o arrependimento, o consumidor guarde o produto na caixa e imediatamente o devolva ao comerciante. Caso, no primeiro dia, o consumidor já tenha decidido devolver o produto, mas ainda assim continua a utilizar o produto, estará abusando do seu direito. Havendo abuso de direito, o fornecedor deverá ser indenizado.

O fornecedor também deverá ser indenizado quando ocorrer a desvalorização do produto por mau uso. É o caso, por exemplo, daquele consumidor que adquire um aparelho de som de potência 110V e liga na tomada 220V, incorrendo em danos ao aparelho. Nesta situação, o consumidor não poderá devolver o produto com defeito sem o pagamento de qualquer valor.

3.4 – Deveres impostos ao fornecedor em decorrência do exercício do direito de arrependimento

Exercido o arrependimento pelo consumidor, determina o art. 49 do CDC alguns deveres a serem observados pelos comerciantes. Esses deveres decorrem do que está entabulado no parágrafo único do art. 49 do CDC: *“Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados”*.

Verifica-se, portanto, a obrigatoriedade do fornecedor devolver, *de imediato*, todos os valores recebidos em decorrência da contratação realizada pelo consumidor³²⁸. Salientamos que, segundo o parágrafo único do art. 49 do CDC,

³²⁸ A ausência de devolução dos valores pagos, ainda que tenham sido efetuados por cartão de crédito, incorre na obrigatoriedade de indenização por danos morais segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo: **“COMÉRCIO ELETRÔNICO. Consumidor que se arrepende no prazo do art. 49 da lei 8.078/90, da compra de uma batadeira elétrica e não consegue que a vendedora estorne o pagamento realizado on line pela operadora de cartão de crédito. Hipótese em que as seis prestações foram faturadas e pagas pelo consumidor, senhor idoso e doente, que, com isso sofreu abalos emocionais dignos de serem compensados pela indenização por danos morais. Recursos não providos”** (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação n.º 2932164/4, Rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 29 de Março de 2007).

esses valores não devem apenas ser devolvidos, mas sim restituídos *monetariamente atualizados*.

O dever de restituição de forma atualizada soa estranho nos dias de hoje. Todavia, devemos lembrar que o Código de Defesa do Consumidor foi estatuído num período fortemente marcado pela inflação. Hodiernamente, acreditamos que essa obrigação perde eficácia. Se o fornecedor restituir o consumidor num período razoável (boa-fé), não acreditamos que seja necessária atualização do valor.

Caso contrário, dar-se-á na hipótese do comerciante levar alguns meses para restituir os valores devidos. Neste caso, estará o fornecedor incorrendo em *mora*, deverá restituir não apenas o valor devidamente atualizado, mas incluir juros de mora, sem prejuízo de eventuais perdas e danos nos termos do art. 389 do Código Civil.

3.5 – Críticas ao artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro

Não podíamos deixar de nos manifestar contra a previsão do direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Depois de estudado o direito europeu, sobretudo o português, pudemos nos certificar que o art. 49, por si só, não é adequado para regular de forma suficiente o exercício do direito de arrependimento no Brasil.

Em primeiro lugar, a nossa maior desaprovação ao art. 49 do CDC é a ausência de restrições ao direito de arrependimento. Em tese, basta que seus requisitos estejam presentes para que o consumidor possa desistir da avença.

Ao contrário de Portugal e demais países da Europa, o legislador brasileiro (não se sabe por qual motivo) deixou de consignar hipóteses em que o arrependimento não possa ser exercido, simplesmente porque determinadas hipóteses podem caracterizar o abuso de direito.

Diante de uma interpretação literal do art. 49 do CDC, o consumidor poderá arrepender-se das aquisições de produtos digitais, livros, revistas, bens confeccionados consoante suas especificações, dentre outros.

A única forma para limitar o exercício do direito de arrependimento se dá pela figura do abuso do direito (razão pela qual foi tão debatido ao longo deste trabalho, em conjunto com o princípio da boa-fé objetiva).

Apesar dessa importante arma contra abusos, melhor seria se caso o legislador, tal como Portugal o fez, consignasse *expressamente* as hipóteses em que o arrependimento não possa ser exercido. Tais restrições, além de informar o consumidor quando o arrependimento não pode ser realizado, facilita a aplicação do direito pelo seu operador. Pois, não temos dúvidas de que a ausência de restrições dificulta os julgamentos dos casos concretos pelos tribunais, causando, inclusive, conflitos jurisprudenciais.

Também, é oportuno referir que, caso o abuso de direito não seja devidamente aplicado pelos tribunais, o fornecedor de serviços será prejudicado, tal como ocorreu no julgamento que ora se destaca:

*“DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA - EMBARGOS - CONTRATO DE VENDA DE PRODUTO POR TELEFONE E FAX - PAGAMENTO PARCIAL - ARREPENDIMENTO - COBRANÇA DO VALOR TOTAL - DEVOLUÇÃO - ALEGAÇÃO DE PRODUTO ESPECIAL - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. Na compra e venda por telefone e fax, tem o consumidor o direito de arrependimento assegurado pelo art. 49 do CDC, bem como de ver devolvidas as importâncias antecipadas, a qualquer título, notadamente se ainda não recebeu o produto negociado. **A alegação de produto especial ou feito sob encomenda não serve para desnaturar a relação de consumo e suplantar o direito de arrependimento, até porque tais circunstâncias não descaracterizam a relação de consumo que marcou a transação, não passando de risco próprio e natural da atividade mercantil do ramo de negócio abraçado***

livremente pela apelante". (Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Apelação Cível n.º 24.068, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. José Ferreira Leite. j. 28.06.2000).

Podemos destacar dois absurdos no caso transcrito. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso entendeu que havia relação de consumo entre ambas as partes, sendo que a apelada é uma empresa mineradora e adquiriu da apelante um laboratório para apuração e recuperação do mercúrio, ou seja, um serviço que será utilizado para a fabricação do produto a ser vendido futuramente aos consumidores. Além disso, não foi provada qualquer vulnerabilidade da apelada. Em suma: não há relação de consumo.

O segundo absurdo é a possibilidade que outorgou o Tribunal de Justiça do Mato Grosso para a desistência da apelada quanto a aquisição de um produto feito sob encomenda pela apelante, sob a alegação que essa circunstância *"não descaracteriza a relação de consumo que marcou a transação, não passando de risco próprio e natural da atividade mercantil do ramo de negócio abraçado livremente pela apelante"*.

Ora! Imaginar que os consumidores podem se arrepender das compras sob encomenda nos parece uma grande injustiça imposta aos fornecedores. Deve ser repudiado o argumento de que esta situação deva ser encarada como o risco inerente ao negócio do comerciante³²⁹. Caso esse entendimento seja firmado, estar-se-á abrindo caminho legitimando ao abuso do direito³³⁰.

³²⁹ Segundo Hélio Zaghetto Gama, num panorama geral, as atividades do fornecedor são atividades de risco: "[...] as atividades do fornecedor passaram a ser 'atividades de risco', em que os fornecedores têm a obrigação de entregar produtos e serviços de qualidade, nas quantidades anunciadas e de dar garantias de adequação dos seus usos aos consumidores. Se antes o 'risco' era de quem se 'aventurava' a consumir, agora o 'risco' é de quem se disponha a ser fornecedor. Restaurou o CDC o ditado, já antigo, de 'quem não tem competência, não se estabeleça'". (GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 43) Ainda que este autor esteja falando do risco num panorama geral, frisamos que a assertiva descrita acima não pode ser generalizada para todas as situações. Cremos não ser correto, em todas as situações, imputar o risco da atividade ao fornecedor.

³³⁰ O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, proferiu acórdão em sentido contrário. No acórdão abaixo, pretendia a apelante exercer o direito de arrependimento da aquisição de um vestido confeccionado sob medida: *"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE COBRANÇA CONTRATO ATÍPICO - SERVIÇO DE CONFECÇÃO EM ALTA COSTURA -*

Imaginemos que um consumidor resolva adquirir um móvel sob medida. Toda a contratação é celebrada por correio eletrônico. Passadas as medidas à empresa, o bem é confeccionado e entregue na casa do consumidor. Quando o móvel é instalado em sua residência, resolve o consumidor arrepender-se da avença. Como fica a situação do fornecedor? Parece-nos que, em situações como esta, deverá o direito de arrependimento ser limitado de forma expressa, para não incorrer em situações absurdas, como observado acima.

Além da ausência de quaisquer restrições ao exercício do direito de arrependimento, o CDC também não estabeleceu a forma que o exercício do arrependimento deve ser realizado. Já vimos que, no direito português, ora estabelece-se que o exercício do arrependimento deva ser realizado por carta registrada com aviso de recepção, ora por outras formas possíveis de provar a vontade do consumidor extinguir o contrato outrora celebrado³³¹. O direito brasileiro nada fez, silenciando-se.

Ante a lacuna da lei, coube à doutrina fazer a integração do texto legal. Para Rizzatto Nunes³³², o consumidor pode exercer o arrependimento por meio telefônico, correio eletrônico, telegrama, notificação via cartório de títulos e documentos, etc.

Parece-nos realmente que deve ser ampliada ao máximo a gama dos meios pelos quais o consumidor poderá exercer o direito de arrependimento. Ademais, prevê expressamente o CDC que é direito básico dos consumidores a facilitação da defesa de seus direitos³³³.

Autora que pretende a devolução integral de quantia paga para confecção de vestido de noiva, modalidade primeira-locação, uma vez não realizado o enlace matrimonial contrato que se aperfeiçoou cumprindo a ré fielmente o que fora ajustado pelas partes - Ação julgada improcedente - Decisão mantida". (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação c/ revisão n.º 930387-0/4, 36ª Câmara, j. 13/03/2008, Des. Rel. Jayme Querioz Lopes).

³³¹ Ademais, criticamos as hipóteses que a lei portuguesa consagra expressamente o exercício do arrependimento apenas por carta registrada.

³³² NUNES, *Curso...*, p. 614.

³³³ "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] VIII - facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Também silencia o Código de Defesa do Consumidor acerca de quem deve responder pelas despesas relativas à devolução dos produtos que deverão ser restituídos ao comerciante. Essa questão, como verificamos, é extremamente contraditória e possui diferentes determinações de país para país. O legislador brasileiro simplesmente não regulamentou a questão. E, assim, mais uma vez, diante da omissão da lei, coube a doutrina integrar o texto legal. Nelson Nery Júnior³³⁴, autor do Anteprojeto do CDC, manifestou-se:

“Havendo despesas de frete, postagem e outros encargos suportados pelo fornecedor para fazer chegar às mãos do consumidor o produto ou serviço contratado fora do estabelecimento comercial, seu ressarcimento fica por conta do risco negocial da empresa. O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas à domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial” (grifos nossos).

Observamos que o fornecedor não poderá colocar entraves para o exercício do direito de arrependimento: **“CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL. PACTO VERBAL. Distrato feito oralmente ao preposto da reclamada. Não consta dos autos prova de que o autor/recorrente teve ciência de todos os termos do contrato de compra e venda e de que deveria exercer o direito de arrependimento formalmente. Interpretação mais favorável ao consumidor (artigo 6º, VIII, 46 e 47, da lei nº 8.078/90) e falta do dever de oportunizar.** Verifica-se do documento juntado pela parte ré às fls. 34 que o autor/recorrente efetuou a sustação dos cheques emitidos para a compra do bem três dias após a venda celebrada; portanto, dentro do prazo previsto no artigo 49 do CDC, constando, inclusive do mesmo documento, que o autor/recorrente manifestou a sua desistência ao preposto da reclamada, como narrado na exordial, o que torna verossímil a alegação autoral. O protesto do título que levou à negativação do nome do recorrente ensejou indenização por dano moral in re ipsa. Não há nos autos litigância de má fé a ser declarada. Isto posto, conheço do recurso e dou provimento ao mesmo para condenar a recorrida a pagar ao autor à título de indenização por dano moral o valor de três mil Reais. Deverá a recorrida devolver ao requerente os seis títulos que foram emitidos, sustar o protesto, retirar a bíblia da residência do autor e excluir o nome do reclamante do Serasa, tudo no prazo de quarenta dias após o trânsito em julgado do Acórdão, sob pena de multa diária de vinte Reais para cada uma das obrigações de fazer fixadas. Sem ônus sucumbenciais” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Conselho Recursal, Primeira Turma Recursal, Recurso Inominado n.º 2003.700.032809-0, Rel. Maria Cândida Gomes de Souza. j. 17 de Setembro de 2003).

³³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense, 2007. p. 563.

Com todo o respeito que nutrimos pelo Prof. Nelson Nery Júnior, não podemos concordar com seu posicionamento³³⁵. É inaceitável o argumento de que as empresas que realizam a venda fora do seu estabelecimento comercial optaram por “práticas comerciais mais incisivas”. Muitas empresas ligadas ao comércio eletrônico, por exemplo, são procuradas pelos consumidores para aquisição de seus produtos. Não se pode olvidar que grande parte da população brasileira já é acostumada a adquirir produtos no meio virtual³³⁶.

O direito de arrependimento é bom para o mercado, seja porque dá oportunidade ao consumidor não adquirir de forma precipitada produtos desnecessários, seja porque aumenta a confiança dele neste tipo de contratação, o que fomenta o mercado. Entretanto, dirigir este custo ao fornecedor não nos parece o mais correto. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro não foi estatuído para incorrer prejuízos às empresas. Foi sancionado um importante diploma para *proteger* os consumidores de práticas abusivas dos fornecedores. Ademais: o arrependimento é medida de proteção contratual. A partir do momento em que essa proteção é ruim para o mercado, ruim será para toda sociedade, perdendo o seu significado. Nosso entendimento também é acompanhado por Maria Eugênia Finkelstein³³⁷, a qual assevera que é mais justo que o pagamento das despesas de reenvio dos produtos seja arcado pelo consumidor.

³³⁵ Por mais que discordemos que da posição do Prof. Nelson Nery Júnior, temos que admitir que outros a ela são adeptos. É o caso de João Batista de Almeida que afirma: “A lei não regulamentou a questão atinente às despesas efetuadas ou prejuízos sofridos pelo vendedor durante o período de reflexão. Assim o fazendo, permite ao intérprete a conclusão de que a devolução se dará sem qualquer dedução, pelas seguintes e inafastáveis razões: a) tratando-se de restrição ao direito de arrependimento, deveria ser expressa na lei tal dedução; b) quando pretendeu ressaltar as deduções, o legislador o fez expressamente (art. 53, §2.º), de sorte que seu silêncio nesse tema tem o significado de negar a via compensatória ou ressarcitória ao fornecedor, c) além disso, as despesas e eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor são inerentes à atividade comercial sob a modalidade de vendas agressivas por telefone, reembolso postal ou em domicílio. Admitir o contrário será desestimular o uso do direito de arrependimento, criando limitações legalmente não previstas ao consumidor, sujeitando-o a deduções que certamente serão feitas unilateralmente pelo economicamente mais forte. Em suma, o que é direito seu passaria a ser pesadelo”. (ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 154)

³³⁶ Estima-se que há, no Brasil, 44,5 milhões de internautas, considerando a conexão da internet em suas residências ou local de trabalho. Disponível em: <http://dinheiro.br.msn.com/financaspeessoais/noticia.aspx?cp-documentid=20373627>. Acesso em 12 de Junho de 2009.

³³⁷ FINKELSTEIN, Maria Eugênia *Aspectos...*, p. 274.

Outro vazio encontrado na lei diz respeito ao prazo em que deve o consumidor restituir os bens recebidos pelo fornecedor. Veja-se que o caso inverso é tratado pelo CDC, ou seja, deverá o fornecedor restituir *de imediato* os eventuais valores recebidos pelo consumidor. Contudo, não há disposição expressa acerca da forma como deve o consumidor reenviar a mercadoria ao comerciante.

Neste caso, parece-nos que, mais uma vez, o consumidor deverá valer-se do bom senso, aplicando o princípio da boa-fé objetiva. Porém, essa omissão da lei pode abrir caminhos para o abuso de direito por alguns consumidores evitados pela má-fé. Acreditamos que a melhor medida seria estipular de forma expressa um prazo de, por exemplo, 30 (trinta) dias para que o consumidor pudesse efetuar essa restituição.

O Código de Defesa do Consumidor também não obriga o fornecedor a prestar a informação de maneira expressa sobre a existência do direito de arrependimento³³⁸. Como se viu, o Decreto-Lei português 143/2001 declara expressamente que o fornecedor deverá informar o consumidor sobre a possibilidade do arrependimento (art. 4.º, n. 1, 'f'). Caso essa informação não seja prestada, o prazo para o exercício do arrependimento é ampliado de 14 (dias) para três meses (art. 6.º, n. 3). O CDC, por sua vez, como não determina qualquer obrigatoriedade para o fornecedor informar o consumidor sobre a possibilidade de desistir da avença, também, não prevê ampliação do prazo em virtude da ausência da informação. Como já nos manifestamos antes, o direito de arrependimento é pouquíssimo difundido no Brasil. Em nossa compreensão, tal fato procede diante da ausência de qualquer obrigação do fornecedor em informar ao consumidor sobre o arrependimento. Essa obrigatoriedade, contudo, consta em Projeto de Lei, que aguarda, desde 2001, sua aprovação³³⁹.

³³⁸ O Código de Defesa do Consumidor prevê que o fornecedor deve prestar uma gama de informações ao consumidor, todavia, silenciou-se sobre a obrigatoriedade de informá-lo quanto à possibilidade de arrepender-se da avença.

³³⁹ "Projeto 4.906/2001: Art. 31: A oferta de bens, serviços ou informações por meio eletrônico deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado, e deve conter

Ainda tratando do silêncio da lei brasileira, veja-se que o Código do Consumidor não faz qualquer referência específica ao direito de arrependimento nos contratos de crédito³⁴⁰. Como já se viu, diante da

claras e inequívocas informações sobre: I – nome ou razão social do ofertante; II – número de inscrição do ofertante no respectivo cadastro geral do Ministério da Fazenda e, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; III – domicílio ou sede do ofertante; IV – identificação e sede do provedor de serviços de armazenamento de dados; V – número de telefone e endereço eletrônico para contato com o ofertante, bem como instruções precisas para o exercício do direito de arrependimento; VI – tratamento e armazenamento, pelo ofertante, do contrato ou das informações fornecidas pelo destinatário da oferta; VII – instruções para o arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante, bem como para sua recuperação em caso de necessidade; e VIII – sistemas de segurança empregados na operação” (grifos nossos).

³⁴⁰ Quanto à antiga discussão sobre a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor nas atividades financeiras, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591/2002, ajuizada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif) contra o parágrafo 2º do artigo 3º do CDC. Na petição inicial, assinada pelos advogados Ives Grandra da Silva Martins e Arnold Wald, os bancos pediram que as instituições financeiras fossem excluídas do conceito de "fornecedores de serviços" englobados pelas relações de consumo as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Entretanto, em acertada decisão, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que as instituições financeiras também estão susceptíveis à aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Veja-se trecho da ementa: “**CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5.º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro [...]” (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 07/06/2006).**

Analisando a questão, antes mesmo do julgamento da referida ação movida pelos bancos, manifestou-se Celso Marcelo de Oliveira: “A implementação econômica, ao longo dos anos, constituiu uma tarefa difícil para a grande parte dos pequenos empresários e consumidores brasileiros, cujas consequências se fizeram perceber em face do quadro recessivo que se instalou no País e efetivamente aos abusos cometidos pelas Instituições Financeiras com o alto custo financeiro, o avanço usuário das taxas de juros e dos encargos em contratos bancários e comerciais, levando inclusive uma intervenção do Governo Federal com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e do Banco Central do Brasil.

Como sucedâneo intermediador da relação de consumo bancária temos o Código de Defesa do Consumidor, um dos maiores marcos jurídicos do século passado e revolucionou a maneira de pensar com relação ao consumidor brasileiro, naturalmente mais fraco, considerando-se principalmente não possuir conhecimento sobre os meandros dos contratos bancários. Transmitir-lhe tais informações com a intervenção do nosso Poder Judiciário, perfaz-

importância da matéria, Portugal dispõe de dois diplomas específicos para tratar do crédito ao consumo³⁴¹. Em ambos os diplomas, há previsões claras e bem fundamentadas quanto ao exercício do direito de arrependimento. Todavia, mais uma vez, silencia a lei brasileira.

Em razão das consequências que tais contratos podem incorrer aos consumidores, melhor seria que a matéria fosse regulada em capítulo específico do CDC ou lei especial, prevendo-se, assim, um direito de arrependimento mais ponderado para caso tão relevante quanto esse.

Por fim, o CDC não aduz a quem recai o ônus para comprovação da data pelo qual foi exercido o arrependimento, com intuito de ser verificado cumprimento ou não do prazo legal. Já vimos que o Anteprojeto do Código do Consumidor português (art. 198, n. 1, 'b') afirma que este ônus deve ser suportado pelo comerciante.

A partir da leitura do CDC, verificamos que há apenas obrigatoriedade (de forma geral) da facilitação dos direitos dos consumidores, tal como a inversão do ônus da prova, desde que presentes seus requisitos (art. 6.º, XIII). Entretanto, este dispositivo, por si só, não convenceu o Tribunal de Justiça do

se a finalidade primordial de nosso Direito e a Justiça. O Código de Defesa do Consumidor não é uma lei excepcional, mas especial, compatibilizando-se com a nova noção jurídica e, por isso, passível de aplicação aos contratos bancários em geral, como apresentamos aos termos da doutrina especializada e da nossa jurisprudência.

*O nosso Código de Defesa do Consumidor nada mais fez do que ressaltar o que sempre esteve subentendido no sistema contratual - a boa fé objetiva e a justiça contratual, reflexos no campo do Direito Contratual dos novos valores do sistema jurídico como um todo e não ao pacta sunt servanda onde os Bancos se apóiam para fazer valer um contrato eivado de vicissitudes abusivas. Consequentemente, as disposições do nosso Código devem ser aplicadas sempre que frente a frente estiverem contratantes desequilibrados economicamente, ou em situações em que a vontade de um, em razão da fraqueza econômica do outro, prevaleça ditando condições contratuais iníquas, como ocorre com as Instituições Financeiras". (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. ADIN 2591: O direito do consumidor e os bancos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002).*

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2741>>. Acesso em: 12 maio 2008).

³⁴¹ Decreto-Lei 359/91, de 21 de setembro e Decreto-Lei 95/2006, de 29 de maio.

Distrito Federal que o ônus da prova para comprovação do cumprimento tempestivo deve recair ao profissional e não ao consumidor³⁴².

Em suma, analisando o arrependimento estabelecido no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, verificamos que o art. 49 deste diploma não é capaz de regular o instituto tal como deveria. A ausência de diversas disposições de cunho prático gera inúmeras dúvidas acerca do exercício desta importante proteção.

A análise da legislação estrangeira, em especial a portuguesa, faz crer que o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor deve receber uma drástica mudança para que sejam inclusas diversas disposições tanto para limitar o seu exercício como para deixar mais evidente a forma que deve ser realizado, atualizando-o com as mudanças advindas do comércio eletrônico.

A forma como é regulado o art. 49 do CDC não garante uma proteção aos consumidores, tal como noutros países. Além disso, em virtude do pouco tratamento da doutrina e da única disposição disciplinada pelo art. 49 do CDC, os tribunais brasileiros vêm proferindo decisões conflitantes, conforme demonstramos ao longo deste capítulo.

Outro fator que dificulta por demais o exercício do direito de arrependimento é a ausência de lei que regule o comércio eletrônico. Urge o tempo para que o

³⁴² Em decisão do qual discordamos totalmente, determinou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que o ônus da prova do exercício do direito de arrependimento é incumbido ao consumidor: *“DIREITO CONSUMERISTA. APELAÇÃO CÍVEL. PRODUÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. ARREPENDIMENTO. PRAZO DE REFLEXÃO. ARTIGO 49 DO CODECON. TEMPESTIVIDADE. ÔNUS DA PROVA. CONSUMIDOR. NÃO-DESINCUMBÊNCIA. DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO. INVIABILIDADE. 1. Não há que se falar em cerceamento de defesa se a própria parte não requereu a produção específica de determinada prova. De mais a mais, sendo o juiz destinatário exclusivo da prova e titular do poder instrutório é a ele que cabe verificar a necessidade, ou não, de dilação probatória, e, estando demonstrados suficientemente os fatos aptos a aplicação do direito, deverá antecipar o julgamento da lide (art. 330, I, CPC). 2. Incumbe ao consumidor a prova do exercício do direito de arrependimento dentro do prazo (sete dias) estabelecido no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Não se desvencilhando desse ônus, restará frustrada essa intenção de, unilateralmente, desfazer o ajuste. 3. Recurso desprovido”* (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 3ª Turma Cível, Apelação n.º 2005.011129697-5, Rel. Mário-Zam Belmiro Rosa, j. 07.06.2006).

Congresso Nacional brasileiro atente-se a essas questões e dê prioridade a este setor.

PARTE V – NOVAS PROBLEMÁTICAS ENVOLVENDO O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

1) A PROBLEMÁTICA DO EXERCÍCIO DO ARREPENDIMENTO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTRATADOS À DISTÂNCIA

A problemática que nos propomos a enfrentar neste capítulo diz respeito ao exercício do direito de arrependimento nos contratos de prestação de serviços³⁴³, quando estes já foram totalmente prestados e efetivamente entregues.

Para exemplificar a questão, imaginemos a seguinte situação: ao assistir televisão, uma dona de casa se depara com uma empresa especializada em reformas gerais. Interessada em pintar a sua sala de jantar, a dona de casa telefona para a empresa e solicita a contratação do serviço. No dia seguinte, atendendo ao chamado da dona de casa, a empresa faz a pintura solicitada. Quando terminado o serviço, por motivos pessoais, a dona de casa acaba não gostando do resultado final e procura, no dia seguinte, a empresa solicitando o dinheiro de volta. Pergunta-se: nesse caso, será possível o exercício do direito de arrependimento?

Em Portugal, a solução para a questão acima é trazida pelo art. 7.º do Decreto-Lei 143/2001, que trata das *restrições* ao direito de arrependimento nos contratos celebrados à distância. Segundo este dispositivo, o consumidor não

³⁴³ O Código de Defesa do Consumidor apresenta o conceito de serviço: “Art. 3.º, §2.º. Serviço é 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”.

Para José Geraldo Brito, “[...] o Código de Defesa do Consumidor abrange todo e qualquer tipo de serviço entendido como uma **utilidade** usufruída pelo consumidor, e prestada por um fornecedor determinado, num *facere* (fazer). Desta forma são exemplos de serviços: os prestados por um electricista, encanador, pintor, coletivos de transporte, e outros tipos de transporte terrestre, aéreo, marítimo, lancustre, ferroviário, de dedetização, de turismo, etc. O mencionado dispositivo fala, ainda, em serviço de **natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**. E a grande polémica que se trava é exatamente em torno da consideração da **atividade bancária**, como **relação de consumo**. Apesar das opiniões em sentido contrário, evidentemente externadas pelos interessados em deixar tal atividade fora do Código de Defesa do Consumidor, a verdade é que ela é, eminentemente, relação de consumo”. (grifos no original) (FILOMENO, *Manual...*, p. 40).

pode exercer o direito de arrependimento nos contratos de prestação de serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo dele, antes do prazo concedido para que ele pudesse arrepender-se³⁴⁴.

E assim, neste caso, verifica-se que o serviço solicitado pela dona de casa apenas poderia ter sido prestado no dia seguinte da contratação, caso fosse *renunciado* o direito de arrependimento. Caso não tivesse sido realizada a renúncia, a dona de casa deveria aguardar o transcurso do prazo para exercício do arrependimento para só então a empresa prestar o serviço solicitado. A ideia do legislador português é que o consumidor possa refletir com calma sobre a *contratação* realizada.

O fundamento dessa restrição nos parece óbvio. O direito de arrependimento nos contratos de prestação de serviços não pode ser exercido em relação ao serviço prestado, mas sim quanto ao *contrato* celebrado. Caso contrário, estaríamos diante de uma forma de abuso de direito. Não se pode exercer o direito de arrependimento sem pagamento de quaisquer valores quando o serviço já foi totalmente executado.

A solução adotada em Portugal parece satisfatória. Ressalte-se que diante dos deveres de informação que devem ser prestados pelos fornecedores, a dona de casa deveria ser informada quanto à existência do direito de arrependimento previamente à celebração do contrato (art. 4.º, n. 1, 'f'). Essa informação deve, ainda, ser confirmada por escrito ou por meio de outro suporte durável, no mais tardar, no ato da celebração do contrato (art. 5.º, n. 1). E, assim, devidamente informada de seus direitos, a dona de casa poderia refletir com calma se a contratação daquela empresa era mesmo necessária.

³⁴⁴ “Art. 7.º: Salvo acordo em contrário, o consumidor não pode exercer o direito de livre resolução previsto no artigo anterior nos contratos de: a) Prestação de serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do termo do prazo previsto no n.º 1 do artigo anterior [...]”.

Apenas quando transcorrido o prazo de 14 dias da contratação firmada, a empresa de reformas gerais pode realizar o serviço. Durante todo esse tempo, a dona de casa estaria livre para verificar a idoneidade da empresa, a qualidade dos materiais a serem empregados, etc. Dessa forma, caso encontrasse uma empresa com preço melhor, que empregasse melhores materiais ou mesmo se a dona de casa simplesmente desistisse de pintar a parede, poderia exercer o direito de arrependimento em até 14 dias da contratação do serviço. De outro modo, caso ela esteja disposta a executar o serviço no ato da contratação, deverá renunciar o seu direito, devendo ser informada de forma clara e inequívoca das consequências de seu ato.

O direito alemão também proíbe a execução do serviço antes do transcurso do prazo para o exercício do arrependimento. Determina o §312d, n. 3, do BGB, que o direito de arrependimento será extinto se o fornecedor tiver iniciado a prestação do serviço com o consentimento expresso do consumidor antes do término do prazo de desistência do contrato ou se o próprio consumidor tiver procurado essa situação.

A realidade brasileira é pouco mais tormentosa. Como anteriormente já advertido, o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, ao contrário dos demais países europeus, não prevê restrições ao direito de arrependimento. As restrições apenas são interpretadas por meio de princípios e institutos, tal como a boa-fé e o abuso de direito.

Contudo, a ausência de disposições expressas que restrinjam o direito de arrependimento gera dificuldade na aplicação do direito. Até mesmo os mais doutos do direito consumerista demonstram dificuldade no enfrentamento da questão apontada. Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad C. Branco³⁴⁵ declaram que não sabem como o consumidor poderá arrepender-se nos contratos de prestação de serviços depois da entrega do

³⁴⁵ SAAD et al., *Código...*, p. 600.

serviço contratado (reparação de instalações hidráulicas, reforço do alicerce de um prédio, etc.), ou seja, situação análoga a supramencionada.

Por seu turno, Cláudia Lima Marques³⁴⁶ afirma que a regra do art. 49 só poderia ser aplicada aos serviços ainda não prestados (tal como a solução adotada em Portugal), contudo, mais adiante, alega que, caso o consumidor arrependa-se de um serviço já prestado, deverá ressarcir o fornecedor do quanto despendido.

Concordamos com a opinião da Prof. Lima Marques. Não se pode prever um direito de arrependimento para os serviços efetivamente prestados, sem pagamento de quaisquer valores aos fornecedores. Neste caso, não caberia um direito de arrependimento, talvez a rescisão unilateral mediante indenização. O direito de arrependimento é sempre gratuito. Caso assim não fosse admitido, estaríamos diante causa de abuso de direito.

É de se ressaltar que caberá à jurisprudência brasileira, analisando o caso concreto, verificar as hipóteses nas quais o exercício do direito de arrependimento pode ou não ser realizado. Diante a inexistência de restrições dispostas na lei acerca do exercício do direito de arrependimento, os tribunais brasileiros terão a difícil missão de interpretar, caso a caso, quando o direito de arrependimento é ou não abusivo.

Essa problemática foi analisada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Em acertada decisão, este tribunal afirmou que não cabe o direito de arrependimento quando o consumidor tenha procurado o fornecedor, bem como quando o serviço tenha sido totalmente prestado. Vejamos trecho desta importante decisão (íntegra da ementa em nota de rodapé³⁴⁷):

³⁴⁶ MARQUES, *Contratos...*, p. 715.

³⁴⁷ “AÇÃO CONDENATÓRIA. COBRANÇA DE SERVIÇOS DE COLOCAÇÃO DE VIDROS TEMPERADOS. RECUSA NO PAGAMENTO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE VÍCIO E INVOCAÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 6.º, VIII, 18 E 49 DO CDC. RECURSO IMPROVIDO. [...] A regularidade no exercício do

*“[...] A contrario sensu, não ocorre o vício em caso de convergência entre os produtos e serviços apresentados e os produtos e serviços efetivamente entregues e executados. Havendo, no caso, a instalação dos vidros sido realizada de conformidade para com o esboço do serviço, cujo conteúdo o consumidor presumidamente tivera ciência prévia, e não existindo indícios, por menores que sejam, da alegada baixa qualidade do material utilizado, **não há como reconhecer a existência do vício, ainda que a estética do resultado final tenha desagradado o consumidor**” (grifos nossos).*

Essa decisão resgata muito bem o espírito do direito de arrependimento. Conforme se denota deste *decisum*, o serviço foi realizado de forma correta, sem qualquer defeito. Caso o consumidor não tenha apreciado o resultado final, deverá indenizar o fornecedor que cumpriu suas obrigações tal como contratado. Caso diferente seria se o consumidor tivesse se arrependido da contratação firmada, solicitando os valores pagos antes da execução do serviço.

*direito de arrependimento (art. 49, CDC) supõe a conjunção de dois fatores: a observância do interregno temporal de sete dias contados da assinatura do pacto ou do recebimento do produto ou serviço e a circunstância de a contratação ter-se enfeixado fora do estabelecimento comercial do fornecedor. O escopo do dispositivo, conferindo ao consumidor um prazo de reflexão após um contato direto com o produto ou o serviço, consiste em protegê-lo do fenômeno publicitário e de táticas agressivas de venda, notadamente nos casos em que a iniciativa da contratação não parta dele, remontando à indução pela exposição abstrata de produtos ou serviços em catálogos, prospectos, vendas por telefone e videotextos, etc. **Evidentemente, o direito de arrependimento não é exercível nos casos em que, segundo a impressão mais crível deixada pelo plexo probatório, o consumidor tenha procurado o fornecedor dos produtos ou serviços, sendo-lhe permitido analisar o negócio em pormenores, comparando-o com o orçamento e o esboço dos serviços e produtos apresentados por empresa do ramo, e optando pelo serviço contratado. Situação que não se afeiçoa à finalidade legal. [...] A contrario sensu, não ocorre o vício em caso de convergência entre os produtos e serviços apresentados e os produtos e serviços efetivamente entregues e executados. Havendo, no caso, a instalação dos vidros sido realizada de conformidade para com o esboço do serviço, cujo conteúdo o consumidor presumidamente tivera ciência prévia, e não existindo indícios, por menores que sejam, da alegada baixa qualidade do material utilizado, não há como reconhecer a existência do vício, ainda que a estética do resultado final tenha desagradado o consumidor. A instalação dos vidros realizou-se conforme contratado, constando nitidamente do esboço, em representação gráfica perceptível, que os vidros frontais não se poriam inteiriços, mas intercalar-se-iam por divisórias e tubos de alumínio”** (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n.º 2004.020603-8, 1ª Câmara de Direito Civil, Des. Rel. Maria do Rocio Luz Santa Rita, j. 02/07/2005).*

Mesmo diante da acertada decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ainda mantemos nossa sugestão inicial, qual seja, de que o Brasil adote a mesma iniciativa que tomaram Portugal e Alemanha, isto é, que o início da execução do contrato aguarde o transcurso do prazo para o exercício do direito de arrependimento, sob pena de renúncia desse direito. Estamos certos que o principal problema enfrentado pelo art. 49 do CDC é a sua ausência de restrições.

2) O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NOS SITES DE LEILÃO

O fenômeno do comércio eletrônico fez surgir no mundo inteiro sítios eletrônicos com caráter de leilão *on-line*. O mais famoso e conhecido mundialmente é o *E-bay*, de origem norte-americana ³⁴⁸.

A ideia inicial do *E-bay* era fazer com que as pessoas anunciassem produtos usados para serem vendidos em forma de leilão, ou seja, o produto era anunciado e o vendedor estipulava um lance mínimo, aguardando lances futuros.

Estipulado o lance inicial, as pessoas faziam suas ofertas até a data imposta para o término do leilão. Transcorrido o prazo final para a realização dos lances, a pessoa que atingisse o maior valor tornar-se-ia o novo proprietário da coisa.

Passados os anos, o *E-bay* firmou-se como sucesso mundial. Diante do estouro de vendas realizadas pelo sítio eletrônico, não apenas pessoas comuns, mas comerciantes passaram a anunciar seus produtos.

Assim, de um *site* eletrônico criado para compra e venda de produtos usados ou seminovos, por meio de leilão eletrônico, o *E-bay* também passou a ser um

³⁴⁸ <http://www.ebay.com>

interessante portal de venda de produtos novos anunciados pelos mais diversos comerciantes.

Inicialmente, a contratação era realizada apenas por meio de lances ofertados pelos interessados³⁴⁹, contudo, ante o oferecimento de produtos novos, outra modalidade de compra tornou-se comum: “*buy it now*”, ou seja, “compre agora”³⁵⁰. Nessa nova forma de contratação, o comprador não necessita realizar o lance e aguardar o término do leilão. Adquire de imediato o produto pelo valor anunciado pelo vendedor. Nessa segunda modalidade, a contratação não assume qualquer feição de leilão.

A remuneração do *E-bay* distingue-se em duas vertentes. Em primeiro lugar, cobra-se um valor pelo anúncio veiculado no *site*. Caso seja concluída a compra do produto anunciado, cobra-se um valor de comissão pela venda realizada³⁵¹. Os valores também variam caso a compra seja realizada por meio de leilão eletrônico ou pelo sistema de compra “*buy it now*”.

A política de proteção do *E-bay* estabelece que, havendo litígio na contratação realizada, dentre elas: comprador que não recebeu o produto, vendedor que não recebeu o valor devido, produto recebido com defeitos, etc., este será encaminhado para um centro de resolução de litígios³⁵². Caso o centro de resolução de litígios aponte o dever de uma das partes indenizar e esta não o fazer, o *E-bay* será responsável pelos valores devidos³⁵³.

³⁴⁹ É o caso do Trailer Americano “Wildwood Le 19FT”, ano 2004, colocado à venda por um membro do *E-bay*, num leilão cujo valor inicial era de U\$500,00 (quinhentos dólares). Em uma semana de anúncio (restando dois dias para término do leilão), o produto recebeu 37 (trinta e sete) lances, alcançando o valor de US5.300,00.

Disponível em:

<<http://offer.ebay.com/ebaymotors/ws/eBayISAPI.dll?ViewBids&item=320370395822>>

Acesso em 18/05/2009.

³⁵⁰ Digitando-se “*notebooks*” no campo de pesquisa do *site*, encontramos uma infinidade destes produtos sendo vendidos na modalidade “*buy it now*”. Disponível em:

<http://shop.ebay.com/items/_notebooks_W0QQ_trksidZp3286Q2ec0Q2em301>

Acesso em 18/05/2009.

³⁵¹ Para verificar os valores cobrados pelo *E-bay*, acesse:

<http://pages.ebay.com/help/sell/fees.html>.

³⁵² <http://resolutioncenter.ebay.com/>

³⁵³ Maiores informações em: <http://pages.ebay.com/help/policies/user-agreement.html>.

Como precursor dos *sites* de leilão, podemos afirmar que o *E-bay* estabelece uma política de proteção aos seus usuários que vai desde o oferecimento de um sistema de resolução de litígios alternativo³⁵⁴ até o reembolso de valores pagos quando produtos não forem recebidos, ou quando o vendedor enviar o produto e não receber os valores devidos. Apesar dos transtornos que o comércio realizado pela internet é capaz de incorrer aos seus usuários, o *E-bay* propõe ferramentas para que estes sejam minorados.

Na América Latina e América Central, o *site* análogo ao *E-bay* é o Mercado Livre³⁵⁵, o qual possui filial no Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, Equador, Venezuela, México, dentre outros.

O Mercado Livre Brasil atua nos mesmos moldes do *Ebay*. Faz a cobrança de valores pela publicidade do produto e cobra uma comissão sobre o valor da contratação realizada³⁵⁶.

A principal diferença entre ambos é que, no Mercado Livre Brasil, quase a totalidade dos produtos é oferecida por meio do sistema “compre agora”, ou seja, similar ao “*buy it now*” do *Ebay*. Além disso, quase todos os vendedores são comerciantes. Alguns deles possuem, inclusive, lojas virtuais dentro do próprio *site* do Mercado Livre Brasil (*e-shops*).

Desta feita, na maioria dos casos, é estabelecida a relação de consumo entre o vendedor e o comprador porque a contratação realizada se dá por um fornecedor de produtos ou serviços e um consumidor. Nada exclui a qualidade

³⁵⁴ Esses sistemas de resolução de litígios de formas alternativas são chamados pela doutrina de ADR (Alternative Dispute Resolution) ou ODR (On-line Dispute Resolution). Para maiores desenvolvimentos deste tema, verificar: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SHULTZ, Thomas. - *On Line Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. Kluwer Law International, 2004; e LODDER, Arno; ZELEZNIKOW, Jonh. *Developing an Online Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support System in a Tree-Step Model*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008802>

³⁵⁵ <http://www.mercadolivre.com.br>

³⁵⁶ Para verificar as tarifas cobradas pelo Mercado Livre Brasil, acesse: http://www.mercadolivre.com.br/seguro_tarifas.html

de fornecedor daquele que realiza a comercialização utilizando-se do *site* do Mercado Livre Brasil.

Em outra perspectiva, interessante verificar que o elo entre consumidor e Mercado Livre Brasil também pode ser considerado relação de consumo. Isso porque o *site* faz a intermediação da venda até que seja concretizada entre comprador e vendedor. Conceituando o fornecedor de serviços, valendo-se da sua costumeira clareza, Cláudia Lima Marques³⁵⁷ assevera:

“Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3.º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta, menciona apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços. Mesmo o §2.º do art. 3.º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...”, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada. Segundo a doutrina brasileira, fornecer significa prover, abastecer, guarnecer, dar, ministrar, facilitar, proporcionar uma atividade, portanto, independente de quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos. A expressão “atividade” no caput do art. 3.º parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o co-contratante um consumidor”.

É de se observar que o Mercado Livre Brasil atua desde a publicidade dos produtos de vendedores até o oferecimento de suporte *on line* para a concretização da avença. Na qualidade de fornecedor de *serviço* de intermediação, o Mercado Livre Brasil trava clara relação de consumo com o comprador-consumidor.

Entretanto, qual a relação entre comprador e vendedor? Sendo o vendedor um comerciante (como o é na maioria das vezes no Mercado Livre Brasil), parece-

³⁵⁷ MARQUES, *Comentários...*, p. 327.

nos estar configurada relação de consumo, até porque há fornecimento de um *produto*.

A questão é muito mais complexa quando o vendedor é uma pessoa física comum, ou seja, não é considerado um fornecedor de produtos. É o caso da pessoa que não possui os requisitos de um fornecedor de produtos e pretende vender a sua coleção antiga de livros de história. Nesse caso, sendo o vendedor uma pessoa comum, não haveria porque se falar em relação de consumo entre comprador-vendedor. Estar-se-ia tratando de uma relação civil comum, regulada pelo Código Civil brasileiro.

Todavia, ainda nos casos que não haja relação de consumo entre o vendedor e o comprador, questionamos se não estaria configurada esta relação entre comprador e o Mercado Livre Brasil, dado o serviço de intermediação prestado. Até porque o *site* pode dar a impressão ao comprador que este adquire um produto com a garantia da marca “Mercado Livre Brasil”, ou seja, havendo qualquer problema com o produto, o comprador estaria resguardado pelo sítio eletrônico.

Neste ponto vale a lição de Cláudia Lima Marques³⁵⁸:

*“Interessa-nos aqui o fato de os “leilões” pela internet serem ipso facto uma atividade comercial, dada a remuneração direta (porcentagens retiradas dos valores vendidos ou comprados) ou indireta (por publicidade, por convênio com provedores ou por impulsos telefônicos) do organizador do leilão. Sendo assim, considero que serão aplicáveis aos leilões realizados por empresários (art. 966 do Código Civil Brasileiro) no meio eletrônico, tanto o CDC, como, no que couber, as regras do Código Civil de 2002. Esta também é a opinião majoritária da doutrina estrangeira. **Aos leilões privados, consumidor-consumidor, aplicam-se apenas as regras gerais do Código Civil, mas se acontecerem de forma “organizada”, em espaços organizados para tal, na internet, ou com a participação de fornecedor ou***

³⁵⁸ Idem, *Confiança...*, p. 218.

moderador-profissional, não serão mais caracterizados como leilões privados, aplicando-se as regras de proteção do consumidor e da concorrência”
(grifos nossos).

Em consonância com o entendimento de Cláudia Lima Marques, o consumidor sempre estaria garantido por uma relação de consumo, tendo em vista que um “moderador-profissional” intermediou a compra. Assim, ainda que o vendedor não fosse um fornecedor de produtos, a relação de consumo estaria configurada em razão da prestação do serviço realizado pelo Mercado Livre Brasil. A opinião de Cláudia Lima Marques é no mínimo contestável. Para compreendermos que esse dilema seja desvendado, é necessário que o contrato celebrado pelo consumidor seja desmembrado.

Na compra realizada pelo consumidor, de um lado, temos o Mercado Livre Brasil, que atua como intermediador da contratação realizada, ou seja, oferece todo o suporte para que o comprador receba o produto adquirido e o vendedor o preço pago pela coisa. De outro, temos o vendedor que deve entregar a coisa adquirida em perfeito estado, nos moldes contratados.

O Mercado Livre Brasil sempre atua como *fornecedor de um serviço*, ou seja, cuida da intermediação da contratação realizada. Por seu turno, quando o vendedor é um fornecedor, estamos diante do *fornecimento de um produto*, havendo, neste caso, relação de consumo tanto com o prestador do serviço, quanto ao fornecedor do produto.

A questão é saber até que ponto se dá a responsabilidade do Mercado Livre Brasil. Este deve se responsabilizar apenas pelo *serviço* de intermediação prestado (tal como a garantia do recebimento do produto pelo consumidor) ou também pela qualidade do *produto* adquirido pelo consumidor?

Verificamos a política do Mercado Livre Brasil em sua página na internet e constatamos que a instituição declara que é isenta de qualquer

responsabilidade: seja pela qualidade do produto adquirido, seja pela entrega do bem ao consumidor. Nestes termos, vejamos o que foi disposto em seu regulamento ³⁵⁹:

“MercadoLivre não é o proprietário dos produtos oferecidos, não guarda a posse deles e não realiza as ofertas de venda. Tampouco intervém na entrega dos produtos cuja negociação se iniciem no site. MercadoLivre não se responsabiliza pela existência, quantidade, qualidade, estado, integridade ou legitimidade dos produtos oferecidos, adquiridos ou alienados pelos Usuários, assim como pela capacidade para contratar dos Usuários ou pela veracidade dos Dados Pessoais por eles inseridos em seus cadastros. MercadoLivre não outorga garantia por vícios ocultos ou aparentes nas negociações entre os Usuários. Cada Usuário conhece e aceita ser o único responsável pelos produtos que anuncia ou pelas ofertas que realiza. MercadoLivre não será responsável pelo efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelos Usuários. O Usuário reconhece e aceita que ao realizar negociações com outros Usuários ou terceiros faz por sua conta e risco. Em nenhum caso MercadoLivre será responsável pelo lucro cessante ou por qualquer outro dano e/ou prejuízo que o Usuário possa sofrer devido às negociações realizadas ou não realizadas através do MercadoLivre decorrentes da conduta de outros usuários” (grifos nossos).

O Mercado Livre Brasil procura inibir-se de qualquer responsabilidade contratual em relação ao fato do produto ou do serviço de intermediação prestado. Entretanto, a jurisprudência brasileira, atenta ao problema, diante a

³⁵⁹ Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html> Acesso em 18.05.2009. Ademais, o Mercado Livre procura isentar-se de quaisquer responsabilidades, ignorando por total o Código de Defesa do Consumidor: *“MercadoLivre não se responsabiliza por qualquer dano, prejuízo ou perda no equipamento do Usuário causada por falhas no sistema, no servidor ou na internet decorrentes de condutas de terceiros. MercadoLivre também não será responsável por qualquer vírus que possa atacar o equipamento do Usuário em decorrência do acesso, utilização ou navegação no site na internet ou como consequência da transferência de dados, arquivos, imagens, textos ou áudio contidos no mesmo. Os Usuários não poderão atribuir ao MercadoLivre nenhuma responsabilidade nem exigir o pagamento por lucro cessante em virtude de prejuízos resultantes de dificuldades técnicas ou falhas nos sistemas ou na internet. Eventualmente, o sistema poderá não estar disponível por motivos técnicos ou falhas da internet, ou por qualquer outro evento fortuito ou de força maior alheio ao controle do MercadoLivre”*.

obtenção de lucro do Mercado Livre Brasil, tem declarado que este deve arcar com a má prestação do serviço, tal como o não-recebimento da mercadoria adquirida pelo consumidor. A jurisprudência declara, ainda, que quaisquer disposições em contrário, devem ser consideradas nulas de pleno direito, consoante determina o art. 51, I, do CDC³⁶⁰. Destaque para recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. PRODUTO ADQUIRIDO ATRAVÉS DE INTERMEDIÇÃO COMERCIAL FEITA PELO RÉU, FORNECEDOR DE SERVIÇOS, DE ACORDO COM A DISPOSIÇÃO DO ART. 3.º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O serviço prestado foi defeituoso, pois o produto adquirido não foi entregue à autora. Responsabilidade objetiva do réu (art. 14, da Lei nº 8078/90). Deve o apelado responder pelas falhas de segurança que o sistema por ele utilizado não consegue impedir. O réu lucra com a atividade desenvolvida responsabilizar-se pelos prejuízos dela resultantes. Aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. O réu apresenta orientações ao consumidor para a compra, mas em nenhum momento não a recomenda. Site que transmite confiança e segurança. À vista da teoria da aparência, aquele que se utiliza de meios para confundir o consumidor, será também responsável por eventuais danos ocasionados. A cláusula contratual relacionada à exclusão da responsabilidade do apelado é nula, em razão de seu evidente abuso (art. 51, inc. I, da referida Lei). Recurso provido para julgar procedente a ação”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n.º 1221137-0/1, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Alberto Garbi, j. 04.02.2002)³⁶¹ (grifos nossos).

³⁶⁰ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

³⁶¹ Importante, ainda, lermos o trecho deste venerável acórdão: “Não importa o fato de ter o réu orientado o consumidor a respeito da melhor forma de adquirir o produto, certo é que o desenvolvimento da sua atividade criou o risco de prejudicar terceiro. Portanto, ainda que se aceite a posição da ré de mera intermediária, é imperioso reconhecer que a sua atividade criou ambiente e condições ao dano sofrido pela autora, aproximando o vendedor desonesto do consumidor. Não fosse a atividade da ré a autora não teria estabelecido relações com o vendedor do bem. O risco é da ré porque ela teria proveito desse negócio”

A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo é acertada. Esse entendimento também vem sendo aplicado por outros tribunais brasileiros³⁶². O serviço

³⁶² Transcrevemos outras decisões análogas, todas envolvendo o Mercado Livre Brasil: *“REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. INTERNET. SITE DE ANÚNCIOS. MERCADO LIVRE. PRODUTO ENVIADO E IMPAGO. FRAUDE AO ACUSAR O PAGAMENTO, APTA A ILUDIR A VENDEDORA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA INTERMEDIADORA. DEVER DE INDENIZAR. 1. Vendedor que demanda contra empresa de comércio eletrônico em razão do não recebimento do preço. Envio fraudulento de e-mail, supostamente por parte do site de anúncios, acusando o recebimento do preço. Fraude apta a iludir o usuário, que remeteu o produto ao comprador. 2. Relação de consumo configurada. Responsabilidade objetiva da ré, não só pela incidência do CDC à espécie, mas também em razão da aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do código civil. Sentença mantida. Recurso improvido, por maioria.”* (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2ª Turma Recursal. Recurso Inominado n.º 71001536499. Rel. Eduardo Kraemer. j. 25.06.2008).

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMÉRCIO PELA INTERNET. MERCADO LIVRE. FRAUDE NA VENDA DE NOTEBOOK. LEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ. DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. 1. Legitimada passivamente se encontra a ré que qualifica seus clientes, serve de intermediária para pagamentos, cobra comissões, integrando assim a cadeia de fornecedores de serviço. 2. Tendo o autor adquirido notebook, por intermédio do site de leilão eletrônico, efetuando o depósito na conta da pessoa indicada pela vendedora, sendo que esta desfrutava de qualificação positiva no site, sugerindo inclusive confiabilidade, por certo que há responsabilidade solidária da ré mercado livre. A situação danosa só restou possível pela omissão da aludida ré, ainda que como prestadora de serviços de intermediação, daí decorrendo o nexo de causalidade. 3. O descumprimento ao dever de informar se dá, pois não pode o consumidor supor que seja o nome do fornecedor cadastrado objeto de fraude no site de leilão eletrônico, como o foi. Dessa forma, não importa que tenha depositado o valor em nome de pessoa distinta da que cadastrada na ré como vendedora, pois a fraude ocorreu antes disso, já quando foi possibilitada a utilização fraudulenta do nome de um fornecedor regular. 4. Pela falha na informação prestada, fez a ré com que o serviço restasse inseguro, devendo ser responsabilizada nos termos do art. 14, §1º, do Código de Defesa dos Consumidores. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Turma Recursal, Recurso Inominado n.º 71001660992, Rel. Ricardo Hermann, j. 17.07. 2008).

“APELAÇÃO CÍVEL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. COMPRA E VENDA DE APARELHO CELULAR VIA INTERNET. Não-entrega de mercadoria. Legitimidade do site que disponibiliza a realização de negócios e recebe uma comissão do anunciante, quando concretizado o negócio. Devolução da quantia paga. Danos morais desconfigurados. Caso concreto. Apelo parcialmente provido. Unânime” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara de Direito Cível. Apelação n.º 70026228668. Rel. Leo Roni Júnior. J. 29.10.2008).

“AÇÃO DE REPARAÇÃO. VENDA DE PRODUTO PELA INTERNET. MERCADO LIVRE. AUTOR QUE VENDE COMPUTADOR, SEM RECEBER A DEVIDA CONTRAPRESTAÇÃO. 1. Cerceamento de defesa inócua. Desnecessidade de produção de prova pericial. Incompetência do Juizado especial afastada. 2. Ilegitimidade passiva afastada. Responsabilidade objetiva da ré, em virtude da relação de consumo existente e do risco da atividade desenvolvida. Art. 927 do CC. Havendo falha no serviço prestado pela requerida, quem deve arcar com as consequências daí advindas é aquele que coloca o serviço à disposição, e não quem dele se utiliza. 3. Não prevalece, para efeito de fixação de competência, o foro contratual de eleição (de adesão), quando a demanda trata de reparação de danos provocados ao consumidor, que pode optar por ajuizar o pedido no seu domicílio, na forma dos artigos 4º, inc. III, da Lei nº 9.099/95, e 101, inc. I, do CDC. 4. Não há como afirmar a nulidade da sentença, por ter o julgador interpretado as provas em desacordo com o entendimento sustentado pela recorrente. Na forma do disposto no art. 131, do CPC, prevalece o princípio livre convencimento motivado ou da persuasão racional. 5. Dever de proceder ao

pagamento, ao vendedor, do valor havido com a compra e venda de produto, na qual atuou como intermediária, a ré. Recurso desprovido” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 3ª Turma Recursal, Recurso Inominado n.º 71001721695, Rel. Eduardo Kraemer, j. 11.11.2008).

“APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. “INTERNET”. “SITE” DE ANÚNCIOS. MERCADO LIVRE. Serviço de compra por meio da “Internet”. Preço depositado e produto não entregue. A empresa ré atua como agenciadora entre as partes. A transação comercial estabeleceu-se entre a vendedora e o comprador. O comprador deve assumir os riscos do negócio firmado. Não restaram demonstrados os danos morais sofridos pelo autor. Apelo desprovido” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação n.º 70026309070, Rel; Romeu Marques Ribeiro, j. 19.11.2008).

“COMPRA E VENDA PELA INTERNET. MERCADO LIVRE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, QUE NÃO MERECE ACOLHIMENTO. REQUERIDO QUE PROMOVE A APROXIMAÇÃO ENTRE VENDEDOR E COMPRADOR (INTERMEDIÇÃO). RESPONSABILIDADE DO DEMANDADO QUE PERSISTE, TÃO SOMENTE, ATÉ A PERFECTIBILIZAÇÃO DO NEGÓCIO, COM PAGAMENTO DO PREÇO E ENTREGA DA MERCADORIA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR A PARTIR DO MOMENTO EM QUE SE EVIDENCIA DEFEITO NO PRODUTO E PASSA A OCORRER NEGOCIAÇÃO DIRETA ENTRE VENDEDOR E COMPRADOR. 1. Preliminar de nulidade do feito, que não merece acolhimento. Desnecessidade de realização de perícia para constatação da realização do pagamento. Prova nos autos, que se mostram suficientes para o deslinde da ação. 2. Autor que adquire computador junto a “site” da empresa requerida pelo valor de R\$ 3.185,73 (doc. de fls. 03/04) na data de 02/2006, e após o recebimento da mercadoria, constata tratar-se de mercadoria avariada. Tratativas de solução do negócio de compra e venda diretamente com o vendedor, à revelia da requerida, como restou afirmado em depoimento pessoal à fl. 44. Posterior envio do produto para o vendedor (doc. de fl. 45), com a promessa de restituição do valor do produto, o que não se perfectibilizou. 3. Ausência de responsabilidade da requerida, eis que o procedimento de resolução do contrato, ocorreu sem seu conhecimento. Ausência de falha na prestação do serviço de intermediação. Deram provimento ao recurso” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Turma Recursal, Recurso Inominado n.º 71001676626, Rel. Heleno Tregnago Saraiva, j. 11.12.1008).

“REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. INTERNET. SAITE DE ANÚNCIOS. MERCADO LIVRE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SAITE DE ANÚNCIOS. SERVIÇO INSEGURO. PREÇO DEPOSITADO E VENDEDOR DESAPARECIDO. DEVER DE RESSARCIMENTO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. I. O saite de anúncios na Internet apresenta legitimidade para responder por danos experimentados pelo consumidor que, em negociação com vendedor qualificado, se vê vitimado por fraude. II. Negociação de televisor LCD através de saite de anúncios na Internet malsucedida por ato fraudulento do vendedor, que recebe o preço em negociação aparentemente normal para o usuário médio, mas não entrega o produto, furtando-se a realizar contato. Vendedor certificado positivamente pelo saite. III. Dever de indenizar os danos materiais, consistentes no preço do produto pago e não entregue. IV. Danos morais inexistentes. Hipótese de mero descumprimento contratual, sem ofensa a direitos da personalidade. Mero transtorno inerente à vida de relação. Recurso parcialmente provido. Unânime” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Turma Recursal, Recurso Inominado n.º 71001806447, Rel. João Cavalli Júnior, j. 11.12.2008).

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMÉRCIO PELA INTERNET. MERCADO LIVRE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ. DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. 1. Legitimada passivamente se encontra a ré que qualifica seus clientes, serve de intermediária para pagamentos, cobra comissões, integrando assim a cadeia de fornecedores de serviço. 2. Tendo o autor adquirido um projetor Multimídia S-5, marca EPSOM, por intermédio do Site de Leilão eletrônico, efetuando o depósito antecipado à empresa que desfrutava de qualificação positiva no Site, sugerindo inclusive confiabilidade, por certo que há responsabilidade da ré Mercado Livre pelo não recebimento da mercadoria. 3. Situação em que a empresa não recolhe os tributos, o que levou a apreensão da mercadoria junto a Receita Federal. Em que se pese haja previsão nos termos e condições de uso do “site”, sobre a ausência de responsabilidade da requerida quanto ao cumprimento integral das obrigações tributárias

prestado pelo sítio eletrônico deve garantir ao consumidor que este receberá o produto tal como descrito no *site*, bem como na data ali estipulada. Não havendo a entrega do produto, ainda que por atividade criminosa de *hackers*, o serviço prestado pelo Mercado Livre Brasil é defeituoso e, portanto, haverá obrigação de indenização o consumidor.

E quanto ao *produto* em si? Responderá o Mercado Livre Brasil pela qualidade do produto? Ou sua responsabilidade vai até a entrega do produto ao consumidor? Essa difícil questão foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Analisemos a ementa da decisão:

“COMPRA E VENDA PELA INTERNET. MERCADO LIVRE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, QUE NÃO MERECE ACOLHIMENTO. REQUERIDO QUE PROMOVE A APROXIMAÇÃO ENTRE VENDEDOR E COMPRADOR (INTERMEDIÇÃO). RESPONSABILIDADE DO DEMANDADO QUE PERSISTE, TÃO SOMENTE, ATÉ A PERFECTIBILIZAÇÃO DO NEGÓCIO, COM PAGAMENTO DO PREÇO E ENTREGA DA MERCADORIA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR A PARTIR DO MOMENTO EM QUE SE EVIDENCIA DEFEITO NO PRODUTO E PASSA A OCORRER NEGOCIAÇÃO DIRETA ENTRE VENDEDOR E COMPRADOR. 1. Preliminar de nulidade do feito, que não merece acolhimento. Desnecessidade de realização de perícia para constatação da realização do pagamento. Prova nos autos, que se mostram suficientes para o deslinde da ação. 2. Autor que adquire computador junto a “site” da empresa requerida pelo valor de R\$ 3.185,73 (doc. de fls. 03/04) na data de 02/2006, e após o recebimento da mercadoria, constata tratar-se de mercadoria avariada. Tratativas de solução do negócio de compra e venda diretamente com o vendedor, à revelia da requerida, como restou afirmado

incidentes sobre as operações de compra e venda, tal ressalva não pode ser oposta aos consumidores, mormente quando a ré atua como intermediária das operações, cadastra e qualifica empresa como confiável. Responsabilidade solidária. Nexos de causalidade entre a conduta da demandada e evento danoso. 4. Valor da indenização que se restringe aos danos materiais. Danos morais inexistentes. Hipótese de mero descumprimento contratual, sem ofensa a direitos da personalidade. Mero transtorno inerente à vida de relação. Recurso parcialmente provido.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2ª Turma Recursal, Recurso Inominado n.º 71001724384, Rel. Ricardo Hermann, j. 18.03.2009).

em depoimento pessoal à fl. 44. Posterior envio do produto para o vendedor (doc. de fl. 45), com a promessa de restituição do valor do produto, o que não se perfectibilizou. 3. Ausência de responsabilidade da requerida, eis que o procedimento de resolução do contrato, ocorreu sem seu conhecimento. Ausência de falha na prestação do serviço de intermediação. Deram provimento ao recurso”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Turma Recursal, Recurso Inominado n.º 71001676626, Rel. Heleno Tregnago Saraiva, j. 11.12.1008).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmou entendimento limitando a responsabilidade do Mercado Livre Brasil até a entrega da mercadoria. Definiu que a responsabilidade por eventual avaria do produto deve ser suportada pelo vendedor.

Entretanto, esse entendimento pode ser reformulado caso apliquemos a teoria da aparência³⁶³. Isso porque o Mercado Livre Brasil não deixa tão claro que atua *apenas* como um intermediador nas vendas *on-line*. A publicidade enviada por este sítio eletrônico pode causar falsa impressão ao consumidor, fazendo com que ele acredite que adquiriu mercadorias diretamente com o Mercado Livre Brasil, ou pelo menos, com toda a garantia dada pelo seu nome. Como bem salientado por Vitor Kümpel³⁶⁴:

“A teoria da aparência está toda ela aparelhada na proteção do terceiro, pois é a confiança legítima do terceiro que agiu de boa-fé, objetiva e subjetiva, isto é, boa-fé padronizada e boa-fé psicológica, que faz produzir conseqüências jurídicas, muitas vezes em situações inexistentes ou inválidas, mas que têm que produzir efeitos jurídicos válidos”.

³⁶³ Segundo Vitor Frederico Kümpel, a aparência é a “proteção, pelo sistema jurídico (princípios e regras), garantindo existência, validade e eficácia a determinadas relações jurídicas, por haver uma exteriorização (publicidade) divorciada da realidade, a qual faz crer a todos na seriedade do negócio jurídico, pela incidência da boa-fé objetiva e, principalmente, ao terceiro legitimado (boa-fé subjetiva), gerando regulares efeitos econômicos diretos e indiretos, muito embora a situação protegida esteja estribada numa relação insubsistente” (KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no código civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 58).

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 55.

Especialmente sobre o comércio eletrônico e a teoria da aparência, Cláudia Lima Marques asseverou:

*“No comércio eletrônico, a teoria da aparência retorna com toda a sua força, pois no diálogo virtual de dois computadores identificaremos duas partes e duas vontades, imputaremos responsabilidade ao dono (dominus) aparente ou ao guardião aparente da senha ou da chave-privada ou pública da assinatura eletrônica. A mesma lógica será utilizada para proteger o contraente mais fraco, em especial aquele que aceita uma oferta realizada por um profissional. **Neste caso, a aparência (por exemplo, a marca, o certificado, as imagens, ou a presença em determinado site), que despertou a confiança do consumidor, servirá para imputar responsabilidade, para conectar pessoas jurídicas de grupos econômicos, para valorizar a representação de um fornecedor por outro, etc.**”* (grifos nossos).

A ideia retratada por Cláudia Lima Marques pode ser facilmente constatada a partir da verificação do tipo de publicidade feita pelo sítio eletrônico, conforme a figura 1, apresentada a seguir:

Camisetas Divertidas
de Sátiras e bandas!
a partir de **R\$14,90**

CONFIRA!

TVs de LCD
a partir de R\$787
ou em até 12x de R\$83

Mercado Pago VISA MasterCard

CLIQUE AQUI

Saldão de Pen Drives!
de 2GB a 64GB
a partir de R\$14,99

CLIQUE AQUI

Leve também
Racks - Vários modelos e tamanhos!
a partir de 12x de R\$32

CLIQUE AQUI

Leve também:
Mídias Virgens - CD / DVD / Blue-Ray
Menores Preços

CLIQUE AQUI

Ir para o MercadoLivre

Fonte: Correio Eletrônico recebido em: 10 de Janeiro de 2009.

Neste correio eletrônico que recebemos do Mercado Livre Brasil, a ideia inicial que se passa é que o próprio *site* comercializa os produtos. Não há referência alguma que esses produtos não são de propriedade do Mercado Livre, mas sim de vendedores autônomos e que o *site* apenas faz a publicidade de bens de terceiros, não se responsabilizando sequer pelo recebimento da coisa. O consumidor que recebe em sua caixa de entrada uma publicidade como essa, crê estar comprando produtos com a garantia da marca “Mercado Livre”.

Assim, analisando a responsabilidade pela qualidade do produto pelo prisma da teoria da aparência³⁶⁵, poder-se-ia falar que o Mercado Livre Brasil

³⁶⁵ Para a configuração da teoria da aparência, Marcelo Azevedo Chamone afirma que são seis os requisitos que configuram aplicação da teoria aparência: “a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fosse uma situação

responde também pela qualidade do produto de forma solidária com o fornecedor do produto.

Obviamente que a questão deve ser melhor analisada pela doutrina. Não é nosso escopo entrar no mérito desta discussão. Todavia, é imperioso termos clara qual a relação de consumo envolvendo o consumidor e o Mercado Livre e o consumidor e o vendedor-fornecedor. Isso porque estabelecida a relação de consumo, poderá ser exercido o direito de arrependimento.

de direito; b) legitimação formal do aparente titular do direito, de forma a criar em terceiros uma aparência de titularidade do direito (que na verdade é de outrem, ou que é inexistente), dispensando-se a existência de causalidade, de acordo com as regras da boa-fé objetiva; c) a incidência em erro escusável – i.e., comum – de quem de boa-fé toma a situação de fato como situação de direito, apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu; d) nexo de causalidade baseado na confiança legítima; e) capacidade civil das partes; f) economicidade da relação jurídica (CHAMONE, Marcelo Marcelo Azevedo. Teoria da aparência (acórdão comentado). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1232, 15 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9137>>. Acesso em 19 abril 2009.

Outro estudioso da teoria da aparência é Maurício Jorge Pereira da Mota, que, em artigo específico sobre a matéria, concluiu: *“O fundamento da eficácia dos atos praticados com aparência de titularidade deve ser buscado na confiança, sendo de excluir as teorias que baseiam tal fundamento na culpa, na boa-fé subjetiva tão-somente, na simulação ou no risco. O pensamento da confiança integra-se, pois, no sistema jurídico sem romper as suas estruturas e coerência: numa época marcada pela pressão no sentido do incremento da interação humana, e pela tendência da impessoalidade, correlato da urgência de uma maior e enérgica autonomia dos sujeitos, a proteção da confiança diminui os riscos da ação ligada à progressiva interdependência dos sujeitos. Deste modo a teoria da aparência é hoje capaz de produzir aplicação em tudo. A verdade deve ceder à segurança. A necessidade da tutela da boa-fé ética nas relações sociais determinou essa ampliação do seu sentido originário, circunscrito a algumas hipóteses de tutelas específicas de situações de confiança. A tutela geral da aparência em situações de confiança institucional constitui assim, nesse âmbito, exceção a outros princípios gerais. Sempre que o interesse da sociedade o exija e os terceiros se achem na impossibilidade de conhecer uma situação jurídica qualquer, o que tem a seu favor a aparência de um direito, revestida das formas legais, é considerado pela lei como se o tivera na realidade, ao só objeto de proteger os terceiros que contratam com ele. Em resumo, a aparência constitui uma tutela geral ou um princípio específico ordenador em situações de confiança porque configura uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas no ordenamento. Requer para sua aplicação uma mediação concretizadora do juiz ou do legislador, quando não positivada* (MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *A teoria da aparência jurídica*.

Disponível

em:

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/mauricio_jorge_pereira_da_mota.pdf> Acesso em 20.04.2008.

Ressaltam-se contornos maiores sobre a teoria da aparência, na lição de Fábio Maria de Mattia (MATTIA, Fábio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Gaetano Dibenedetto, 1999) e Ricardo Luis Lorenzetti (LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como aparência y la aceptación baseada em la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 9. n. 35. Julho-Setembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 9-38)

Ressalte-se que o exercício do direito do arrependimento nos *sites* de leilão *on-line* é tão controvertido quanto à questão envolvendo a relação de consumo entre consumidor e Mercado Livre. Vejamos.

Quando o vendedor for um fornecedor de produtos, é indubitável que o exercício do direito de arrependimento deve ser garantido ao consumidor. Isso porque todos os requisitos para o seu exercício estarão presentes: há relação de consumo e a contratação é realizada fora do estabelecimento comercial do fornecedor. Logo, a compra realizada por meio de leilão *on-line* apresenta as mesmas características daquelas celebradas em lojas virtuais.

O Mercado Livre Brasil funciona basicamente como um portal de anúncios de produtos. A fragilidade dos consumidores neste tipo de contratação também é constatada, devendo ser garantidas as proteções estabelecidas no CDC, sobretudo, o direito de arrependimento.

Ainda assim, o exercício do direito de arrependimento, no caso em foco, pode gerar algumas questões. Por exemplo: exercido o direito de arrependimento pelo consumidor, o valor referente a intermediação cobrada pelo Mercado Livre Brasil do vendedor deverá ser a ele restituída? Parece-nos que sim. O exercício do direito de arrependimento pelo consumidor encerra eventual lucro realizado pelo vendedor e a cobrança do valor de intermediação deve ser considerada indevida, senão abusiva. Tanto o fornecedor do serviço (Mercado Livre Brasil) quanto o fornecedor do produto (vendedor) devem suportar as consequências do direito de arrependimento.

Em outra esteira, entendemos que o direito de arrependimento não poderá ser exercido caso o vendedor não seja um fornecedor de produtos (é o caso descrito anteriormente, ou seja, aquele que é pessoa física – sem qualidades de fornecedor – mas resolve vender sua antiga coleção de livros de história). Isso porque, não havendo relação de consumo entre comprador e vendedor,

deverá ser aplicado o Código Civil ao invés do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, caso seja aplicada a teoria da aparência, ampliando a responsabilidade do Mercado Livre Brasil também ao produto, teremos um situação incomum. Neste caso, poderá o consumidor exercer o direito de arrependimento, ainda que tenha adquirido o produto de uma pessoa física que não seja comerciante. Isso porque a situação aparentou ao consumidor ser uma relação de consumo.

No Brasil, os *sites* de leilão *on-line* foram totalmente desfigurados. O maior exemplo disso é o próprio Mercado Livre Brasil, que nada mais é que um portal de vendas de produtos de comerciantes. Firmamos o entendimento de que o direito de arrependimento sempre deve ser garantido quando há relação de consumo e é presente a vulnerabilidade do consumidor.

É realmente uma situação muito delicada. Limitamo-nos a trazer a lume a problemática da questão. A ausência de lei que regule o comércio eletrônico, bem como a falta de regulamentação do direito de arrependimento, no art. 49 do CDC, propicia situações difíceis de serem resolvidas, tais como o exercício direito de arrependimento neste tipo de contrato.

CONCLUSÕES

O direito dos consumidores é considerado uma proteção jurídica recente. Segundo Carlos Ferreira de Almeida³⁶⁶, o marco histórico e simbólico do qual se tem contado o início do direito dos consumidores se dá na mensagem dirigida pelo Presidente John. F. Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos, em 15 de março de 1962. A primeira lei de defesa dos consumidores, em Portugal, data de 1981 (Lei n. 29/81, de 22 de agosto). No Brasil, o texto que consagrou o Código de Defesa do Consumidor foi a Lei 8.078, de 1990.

Hodiernamente, podemos afirmar que, em Portugal, o principal diploma consumerista é a Lei de Defesa dos Consumidores 24/96, de 22 de agosto. Não obstante este diploma, outros diplomas específicos também consagram os direitos dos consumidores. É o caso do Decreto-Lei 143/2001, que regula o regime dos contratos à distância, matéria tão relevante nos dias atuais. Ademais, Portugal discute em um Anteprojeto a possível aprovação de um código do consumidor.

Em todas essas legislações portuguesas, é sempre previsto o direito de arrependimento (na maioria dos casos, em capítulos apartados). Ao longo do nosso estudo, apontamos numa visão particular, diversos erros e acertos do legislador português.

Contrapesando questões assertivas e errôneas, julgamos que, em Portugal, o direito de arrependimento possui exercício justo e regular. Há sim diversos pontos que divergimos e aos quais sugerimos alterações, entretanto, podemos concluir que sim, que há boa funcionalidade do direito de arrependimento em Portugal.

No Brasil, o contexto é certamente diverso. Em primeiro lugar, cumpre salientar que o Código de Defesa dos Consumidores deve ser considerado um diploma

³⁶⁶ O texto completo desta mensagem encontra-se disponível na “*special message to the congress on protecting the consumer interest*” (ALMEIDA, *Direito...* p. 15).

atual, do qual muitos países ainda se valem para produzir suas leis. Em nossa opinião, o CDC foi muito bem idealizado pelos seus criadores e merece ser festejado (como normalmente é) pela doutrina brasileira e internacional. Além disso, é fácil verificar que a realidade dos consumidores brasileiros sofreu mudança drástica, em sentido positivo, a partir de 1991.

Contudo, apesar da boa iniciativa do CDC e de seus direitos muito bem consagrados, cremos que, neste diploma, o arrependimento foi disposto de forma deficiente e insuficiente. O CDC reservou apenas um único dispositivo (art. 49) para tratar o direito de arrependimento. Numa abordagem objetiva e prática, foi possível constatar que este único preceito não é suficiente para resolver as dúvidas mais corriqueiras do exercício deste direito (prazo para devolução dos produtos, custos com a restituição do produto ao fornecedor, forma do exercício do arrependimento, dentre outros).

Foram diversas as nossas críticas ao art. 49 do CDC, todavia, em nossa opinião, o maior erro do legislador foi não prever restrições ao direito de arrependimento, tal como o fez Portugal, Espanha, França, Alemanha, dentre outros países.

Diante dessa ausência de restrições, verificamos que, por enquanto, a única forma que o operador do direito brasileiro poderá se valer para restringir condutas dos consumidores se dá por meio do abuso de direito. A ausência de exceções à regra do arrependimento no Brasil também incorre em diversos conflitos jurisprudenciais, tal como pudemos constatar no Capítulo 3 da Parte IV.

Igualmente, o Brasil requer, de forma urgente, a aprovação dos projetos de lei que regularão o comércio eletrônico. O CDC é realmente uma lei muito dinâmica e moderna, entretanto, foi confeccionado em 1990, período no qual os legisladores não imaginavam quais seriam as consequências advindas da

internet no comércio. Por conseguinte, é extremamente necessário que sejam regulados os contratos à distância e o comércio eletrônico.

Isso porque, como sabemos, tanto no Brasil quanto em Portugal, a grande maioria das contratações celebradas fora do estabelecimento comercial do fornecedor se realiza mediante o uso da internet. Assim, o direito de arrependimento nos contratos à distância merece ser analisado sob um prisma mais atual, tal como realizado pelo Decreto-Lei 143/2001 e Decreto-Lei 95/2001, ambos de Portugal.

Ademais, podemos afirmar que as problemáticas ora abordadas, neste trabalho, são meramente exemplificativas. O direito de arrependimento é, por sua natureza, um tema que gera e certamente ainda gerará diversas outras dúvidas, tal como seu regime jurídico, tão debatido no decurso deste estudo.

A maioria desses problemas certamente é oriunda do comércio eletrônico, que ainda é recente e desenvolve-se de forma rápida e crescente, fato este que conseqüentemente, no suceder dos anos, ainda promoverá novos problemas a serem enfrentados pela doutrina.

Ressaltamos, também, a importância do direito de arrependimento que, ao lado do direito de informação, é uma das principais proteções contratuais de que dispõem os consumidores nos contratos à distância e no comércio eletrônico. Ademais, o exercício do direito de arrependimento também é benéfico aos fornecedores porque aumenta a confiança no mercado, impulsionando as vendas.

Há inúmeros internautas no Brasil e em Portugal, contudo, muitos deles ainda receiam adquirir produtos e serviços pela internet. O direito de arrependimento é a principal ferramenta que os consumidores têm para criar confiança neste tipo de contratação.

Diante de todo o exposto, esperamos ter dado uma pequena contribuição ao estudo do direito de arrependimento e suas nuances, trazendo a lume um tema até então pouco debatido na doutrina, sobretudo brasileira, um direito que, mesmo sendo tão relevante aos consumidores, ainda é praticamente desconhecido no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceitos, fontes e formação*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2005.

_____. *Direito de Consumo*. Lisboa: Almedina, 2005.

ALMEIDA, Daniel Freire e. O e-commerce internacional e a economia virtual na vida real: prospectiva legislativa. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coordenadora). *Novo código civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Teresa. Comentários aos artigos iniciais da lei portuguesa de defesa do consumidor de 1996. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 10, n. 37, Janeiro-Março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ALVES, Fabrício da Mota. *O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil*. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9605> Acesso em 05 de Janeiro de 2009.

ALVES, Jones Figueiredo et al. In: *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. Ricardo Fiúza (Coordenador). São Paulo: Saraiva, 2005.

ALVIM, Arruda et al. *Código do consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AMARAL JÚNIOR, Adalberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, n. 300, p. 7-37, Outubro de 1960.

ASCENSÃO, José Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: ALVES, Mário Luiz Delgado; FIGUEIRÊDO, Jones (Coords.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005. v. IV.

_____. *Direito Civil: Teoria Geral. Ações e Factos Jurídicos*. 2. ed. [S.l.]: Editora Coimbra, 2003. v. II.

_____. *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*. [S.l.]: Almedina, 2001.

_____. *O direito. Introdução e teoria geral*. 7. ed. [S.l.]: Almedina, 1993.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, Setembro-Dezembro de 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Gilseda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coordenadores). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coordenadores.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método:, 2005. v. IV.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANUT, Letícia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTRO, Catarina. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. [S.l.]: Almedina, 2006.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. Teoria da aparência (acórdão comentado). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1232, 15 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9137>> Acesso em 19 abril 2009.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. III.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 319.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Wladimir Alcibiades Falcão. *Revisão judicial dos contratos. Do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III.

EPSTEIN, David G; NICKLES, Steve H. *Consumer law: in a nutshell*. [S.l.]: West Publishing Co., 1981.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FROTA, Mario. Os contratos de consumo – realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 10. Janeiro-Março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Manual do arrendamento urbano*. 3. ed. [S.l.]: Almedina, 2001.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GODOY, Cláudio Bueno de. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Januário. Sobre o direito de arrependimento do adquirente de direito real de habitação periódica e a sua articulação com direitos similares noutros

contratos de consumo. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 3, p. 70-86, Julho de 1995.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Lisboa: Almedina, 2003.

HIRONAKA, Giselda. A função social do contrato. In: *DIREITO Civil. Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SHULTZ, Thomas. *On Line Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. [S.l.]: Kluwer Law International, 2004.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no código civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

LABRUNIE, Jacques. Conflitos entre nomes de domínio e outros sinais distintivos. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores.) *Direito & internet: aspectos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antonio João Antunes. *Código civil anotado*. 4. ed. [S.l.]: Coimbra, 1987. v. I.

_____. *Código civil anotado*., 4. ed. [S.l.]: Coimbra, 1987. v. II.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 10, n. 37, Janeiro-Março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no código civil. *Revista dos Tribunais*. ano 11. n. 42. Abril-Junho de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LODDER, Arno; ZELEZNIKOW, Jonh, *Developing an online resolution environment: dialogue tools and negotiation support system in a tree-step model*.

Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008802>
Acesso em outubro de 2007.

LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Informática, ciberlaw y e-commerce. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 9. n. 36. Outubro-Dezembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. La oferta como aparência y la aceptación baseada em la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 9. n. 35. Julho-Setembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MARINI, Celso. Abuso de direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=674>>. Acesso em: 07 abril 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada*. [S.l.]: Almedina, 1994.

_____. *Da cessação do contrato*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais: julho de 1999. n. 753.

MATTIA, Fábio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Gaetano Dibenedetto, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. [S.l.]: Almedina, 2007. Coleção teses. 3.. reimp.

MENEZES LEITÃO, Luís Manoel Teles. A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas. In: *ESTUDOS de Direito do Consumidor*: Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Centro de Direito do Consumidor, 2004. v. 5.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. v. 25.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 38.

MORAIS, Fernando Gravato de. *Contratos de Crédito ao Consumo*. [S.l.]: Almedina, 2007.

MORENO, Maria Teresa Álvares. *El desistimiento unilateral en los contratos com condiciones generales*. [S.l.]: Edersa, 2001.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *A teoria da aparência jurídica*. Disponível em:

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/mauricio_jorge_pereira_da_mota.pdf> Acesso em 20 de Abril de 2008.

MUANIS, Paulo; PEREIRA, Márcio Costa. *Consumidor não pode devolver bilhete comprado na internet*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jun-05/consumidor_ao_devolver_bilhete_comprado_internet> Acesso em 10 de Janeiro de 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson Nery. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HORA NETO, João. Os princípios do novo código civil e o direito das obrigações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 681, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6737>> Acesso em 27 de março de 2009.

NICOLAU, Gustavo René. Lesão e estado de perigo. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coordenadores.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. ADIN 2591: O direito do consumidor e os bancos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2741>> Acesso em 12 Maio de 2008.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. [S.l.]: Almedina, 2002.

OLIVEIRA, Filipe. Contratos negociados à distância. *Revista Portuguesa de Direito do Consumidor*, n.7, 1996.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de defesa do consumidor: anotado e comentado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Tarcisio. *Direito eletrônico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

PASQUALOTO, Adalberto, A boa-fé nas obrigações civis. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Organizador). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. III.

PEREIRA, Wilson Jesus. Elementos do abuso de direito e sua aplicação aos contratos. In: HIRONAKA, Gilseda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coordenadores). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIZARRO, Sebastião Nóbrega. *Comércio eletrônico: contratos electrónicos e informáticos*. [S.l.]: Almedina, 2005.

QUEIRÓS, Virgílio; MIRANDA, Sofia. *Breviário Latim – Português*. Lisboa: Quid Júris, 2006.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo; SAAD, Ana Maria. *Comentários ao código de defesa do consumidor e sua jurisprudência anotada*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Antonio Jeová dos. *Função social do contrato: lesão, imprevisão no CC/2002 e no CDC*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos Santos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36. Ano 9, p. 103-129, out.-dez. de 2000.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coordenadores). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 5.

SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos (série leituras jurídicas: provas e concursos)*. São Paulo: Atlas, 2005.

SCHMITT, Marco Antonio. Contratações à distância: a Directiva 97/7/CE da Comunidade Europeia e o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 25, Janeiro-Março de 1998.

STINGLITZ, Gabriel; STINGLITZ, Rubén. *Derechos y defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Rocca, 1994.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. (série concursos públicos)*. São Paulo: Método, [S.d.]. v. III

_____. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. Coleção Prof. Rubens Limongi França. São Paulo: Método, 2007. v. 2.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. [S.l.]: Coimbra, 2002.

THEORODO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIDER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

USTARRÓZ, Daniel. A resolução do contrato no novo código civil. *Revista Jurídica*, n. 304, Ano 51, p. 32-53, Fevereiro de 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. [S.l.]: Almedina, 2006. v. I.

_____. *Das obrigações em geral*. 7. ed. [S.l.]: Almedina, 2006. v. II.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

ZENUN, Augusto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.