

ÔNUS PELA INDEFINIÇÃO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ESTUDOS INICIAIS

Daniel Eloi de Paula RODRIGUES¹

RESUMO: A pesquisa tenta estabelecer os parâmetros, a extensão e a eficácia presentes no chamado “novo contrato”, principalmente para as relações de consumo, originando mecanismos para a promoção do equilíbrio contratual, como é o caso do “ônus pela indefinição contratual”. Inicialmente, é feito um retrato sobre a dinâmica em que se encontram as composições e a figura do contrato como objeto de concretização dos direitos fundamentais. O estudo mostra que o contrato exerce importância para além das partes que o compõe, para além da autonomia privada. Ou seja, existe uma “função social dos contratos”. Posteriormente, é abordada a sua aplicação específica no ramo do direito do consumidor, disciplina que influencia e é influenciada por esses novos conceitos. Primeiramente, pela apresentação dos critérios utilizados para a formação e a execução dos contratos nas relações de consumo. Após, são tecidas considerações sobre o princípio ínsito da vulnerabilidade do consumidor. Por fim, é apresentada a síntese dessa interação da função social dos contratos com as demandas do direito do consumidor, o que faz surgirem novos mecanismos, como no caso da inversão do ônus da prova. Além disso, e o que é o centro do trabalho, é levantada a tese da existência nesse ramo do direito de um mecanismo, chamado de “ônus pela indefinição contratual”. Este instituto, com bases nos princípios que regem as relações de consumo, confere ao fornecedor um ônus caso existam cláusulas contratuais dúbias e que geram controvérsias, tendo em vista que este detém o conhecimento técnico avantajado sobre o produto ou serviço que oferece. Ou seja, se não ficou claro no contrato, ao consumidor deve ser efetivado o direito em discussão. Tese esta apresentada com estudos apenas iniciais.

Palavras-chave: Consumidor. Interesses Difusos e Coletivos. Princípios Contratuais.

1. INTRODUÇÃO

A partir do século XX, principalmente, acirraram-se os estudos e as discussões sobre a relevância dos contratos para o direito como um todo. Para o avanço e a concretização dos direitos fundamentais. Esse novo contrato, sua

¹ Aluno, R.A: 007.1.15.138, do 1º termo, do curso de pós-graduação e especialização em Interesses Difusos e Coletivos, do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, São Paulo. E-mail: danielelo92@msn.com

incidência prática e os mecanismos criados para a tutela de demandas dele oriunda para os contratos de consumo, é o que compõe o objeto deste estudo.

No tópico um, aborda-se a transição entre os antigos pilares da doutrina contratual para uma nova concepção de contrato, como consequência do próprio avanço dos direitos fundamentais: *a função social do contrato*.

No tópico seguinte, o “novo contrato” é contraposto às relações de consumo. São elencadas as características e os critérios dos contratos de consumo, bem como a regência do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Observa-se que o direito do consumidor é um ramo que influencia e que é influenciado por essa tendência moderna.

No terceiro tópico, é demonstrada a ideia do Código de Defesa do Consumidor de prover mecanismos para a tutela do consumidor e apresentada uma nova tese: a presença no código de um *ônus pela indefinição contratual*.

Como considerações finais, é apresentado um panorama geral do estudo, com os conflitos abordados, e expostos os desdobramentos esperados para futuras abordagens. Ou seja, a possibilidade de aplicação em outros casos concretos, sua extensão a outros ramos do direito e sua eficácia para a concretização dos direitos fundamentais e das consequentes expectativas legítimas.

2. O NOVO PARADIGMA DE CONTRATO: A FUNÇÃO SOCIAL DOS NEGÓCIOS

O avanço dos direitos fundamentais deve ser visto do modo amplo. Matérias antes “intocáveis” abrem espaço agora para um novo ideal e uma inédita regulamentação da relação entre os seres humanos.

Com a dinâmica dos contratos não é diferente. O secular predomínio da autonomia da vontade das partes, por exemplo, já não se faz mais absoluto. Antigos dogmas sucumbem ante a necessidade de uma maior flexibilização da relação jurídica obrigacional, a fim de se criar uma concepção global do direito. É o que comenta Arnoldo Wald (2002, p. 88-89):

“É preciso reconhecer que o contrato, para sobreviver, exige o reconhecimento de uma nova estrutura. Efetivamente, o número de exceções à aplicação dos princípios gerais do contrato clássico já alcança um nível que não mais permite fazer com que prevaleçam as regras gerais, sob pena de ensejar o predomínio da ficção sobre a realidade.”

E a realidade traz desafios, tais como a ampla fragmentação dos ramos do direito e a necessidade de completa humanização das relações jurídicas. Como a relação obrigacional é um dos vetores dessa dinâmica e do progressivo avanço da regulamentação de questões sociais (algumas até então sem precedentes, inclusive), se faz necessário que o mundo jurídico se debruce ante um novo e importante conceito, a *função social dos contratos*.

Já no início do século XX, surgiram as primeiras correntes e estudos com essa nova visão da figura contratual. Para Clóvis Beviláqua (1954, p. 130), por exemplo, “pode-se, portanto, considerar o contrato como um conciliador dos interesses sociais colidentes, como um pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato”.

A concepção do contrato como *pacificador social* parte de uma análise histórica das relações jurídicas. Essa função é percebida desde o *contrato social*, de John Locke, ao intermediar as questões indivíduo-Estado. O contrato tem funcionado, histórica e primordialmente, como garantidor dos direitos fundamentais e na promoção do equilíbrio entre partes desiguais. Por isso falar-se em *pacificação*.

Mesmo em questões morais ou patrimoniais (direito creditício, por exemplo), acima da satisfação dos interesses do credor sempre estará o *bem comum*. Ou seja, há sempre um interesse social geral. Uma finalidade que legitima e que sujeita a controle o exercício do direito. Sobre esse mecanismo, trata Judith Martins-Costa (1999, p. 354):

“Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma ‘exceção’ a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Desse modo, o princípio da função social, que, proclamado na Constituição, aí poderia remanescer como ‘letra morta’, transforma-se, como afirmou Reale, ‘em instrumento de ação no plano da lei civil’. Há, portanto, um valor *operativo*,

regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas.”

Desse modo, o contrato se tornou um organismo complexo e amplo. A mais ínfima e simples das composições contratuais é precedida por um rico arcabouço de estudos e de normatização das relações sociais. A dignidade da pessoa humana deve orientar cada um desses arranjos.

A *função social do contrato* recebeu tratamento ímpar na Constituição Federal de 1988. O artigo 1º, em seu inciso IV, fixa o *valor social da livre iniciativa*, o que impõe o dever de analisar-se o contrato como um sistema maior, que extrapola a figura das partes. Cláudia Lima Marques (2004, p. 176), diz ser esta uma nova concepção de contrato no Estado Social, “em que a vontade perde condição de elemento nuclear”. O espaço deixar passa a ser ocupado pelo *interesse social*.

Não cabe mais falar em mera realização de interesses privados. Se houver uma displicência contratual que represente sacrifício exacerbado e desproporcional aos interesses de uma das partes, este já é um interesse social. Não se pode, de modo estéril e automático, tutelar as pretensões da parte contrária. É o que pontua Marques (2005, p. 167), sobre as relações de consumo:

“Essa renovação teórica do contrato à procura da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de socialização da teoria contratual. É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança de paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.”

Não se pode falar em *estatização* das relações contratuais. O que ocorre, na verdade, é a concretização dos anseios humanos por uma sociedade mais digna. Aproxima-se, enfim, da *sociedade politicamente organizada* e do funcionamento pleno e ideal do Estado Social, em sua concepção mais moderna e global.

A atuação saudável e eficaz do direito, no que tange à doutrina das relações contratuais (não apenas nos direitos do consumidor), tem como bases, no presente tempo, a busca do binômio justiça-equilíbrio contratual.

Essa noção de desigualdade entre as partes é ínsita à própria ideia de liberdade contratual. O que ocorreu não foi a morte do contrato, mas sim uma readequação de sua dinâmica, a fim de se efetivar e a qualificar seus valores mais elementares. Como preceitua Fernando Noronha (1994, p. 78):

“O que estava morrendo era concepção inadequada, que considerava como sendo contratual unicamente uma determinada relação jurídica, que teve o seu apogeu em certo período histórico e que pressupunha que as partes fossem, por sua própria natureza, *iguais* – ‘igualmente livres’, poder-se-ia talvez dizer. Faltando este pressuposto, que era condição necessária para a realização de uma justiça contratual, era, evidentemente, necessário procurar o caminho que restituísse ao contrato a justiça.”

Desse modo, o contrato amolda e qualifica a relação entre as pessoas. Conflitos são pacificados e as necessidades, tanto patrimoniais quanto sociais, são satisfeitas, cumprindo o ideal de solidariedade e consolidando o valor *dignidade humana*.

O contrato não é mais considerado apenas em seu aspecto objetivo. Importa, em superior relevo, concentrar esforços sobre as nuances subjetivas que compõem a complexa estrutura da relação obrigacional. O ambiente, as características das partes e os efeitos dessa interação formam a base do estudo sobre o novo paradigma dos contratos.

3. O NOVO CONTRATO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

3.1. Contrato de Consumo: Contribuições Gerais

Dentre os ramos do direito com os quais os conceitos do *novo contrato* mais tem se relacionado, o direito do consumidor merece destaque. As demandas

consumeristas influenciam e são influenciadas diretamente por essa nova dinâmica de construção e de execução das obrigações contratuais. Seguido essa nova concepção social do contrato, para a qual importa todas as fases dessa relação (tanto pré, contratual e pós-contratual), além das características singulares das partes que a compõem, a sociedade de consumo moderna leva o direito a uma reformulação de conceitos.

Deste processo, destaca-se a função da lei como limitadora e legitimadora da autonomia da vontade. Isso por meio da proteção de determinados interesses sociais, da boa-fé das partes no pacto, sua confiança e suas expectativas. O objetivo: a busca pelo *equilíbrio contratual*. É o que comenta Cláudia Lima Marques (2004, p. 179-180):

“Como resultado desta mudança de estilo de pensamento, as leis passam a ser mais *concretas*, mais *funcionais* e menos *conceituais*. É o novo ideal de *concretude* das leis, que para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela nova realidade social (título 2.2), opta por soluções abertas, as quais deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, usando frequentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os de boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros. São *topoi* da argumentação jurídica, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de inegável força para alcançar a solução justa do caso concreto.

(...)

Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos e 3) na concreção e interpretação dos contratos.”

Pormenorizadamente, a primeira função citada se caracteriza como uma função *criadora*, no sentido de trazer novos deveres, anexos aos deveres de prestação contratual. Exemplo disso, é o *dever de informar*.

Oriundo do princípio da *transparência*, já pode ser percebido na fase pré-contratual, quanto às informações fundamentais à tomada de decisão do consumidor e em seu correto aconselhamento, sem que este seja induzido a erro ou sofra uma ação/omissão dolosa por parte do fornecedor. Posteriormente, durante a

execução, se notabiliza, entre outros desdobramentos, na proibição do *venire contra factum proprio*. Isso impede que o fornecedor se valha de erros ou cláusulas vazias, propositalmente fixadas no contrato, para proveito próprio.

Também inerente a esta função é o *dever de cuidado*. Diretamente ligado aos princípios da *confiança* e da *segurança*, é uma obrigação acessória imposta tendo como fim a preservação contra danos à integridade do cocontratante, seja de ordem pessoal (física ou moral), seja esta de caráter patrimonial. Apresenta acentuado relevo, a título de exemplo, nas questões atinentes à manutenção e manejo correto de bancos de dados.

Por fim, há ainda o *dever de cooperação*. Encontra-se essencialmente vinculada ao princípio da *boa-fé objetiva*, tendo como base o dever de colaboração na execução do contrato. É a ação leal das partes, não obstruindo ou impedindo direitos. Pode ser dar de modo passivo (quando, por exemplo, o fornecedor cumpre o contrato e realiza as expectativas legítimas do consumidor), bem como de maneira ativa (com o fornecimento simples e facilitado de documentos que estão, por direito, à disposição do consumidor).

Outra faceta dessa função *criadora* da boa-fé objetiva pode ser observada quando esta se dispõe como fonte de responsabilidade por ato ilícito. O fornecedor assume novos riscos profissionais, que se tornam indisponíveis, por força de contrato.

A segunda função é chamada de *limitadora*. Visa reduzir a liberdade de atuação das partes que compõem o contrato, ao definir como abusivas determinadas cláusulas e condutas. Além disso, essa função se evidencia através do controle da transferência dos riscos profissionais e por meio da liberação do devedor quando outra conduta não se mostre razoável.

A terceira e última função citada por Marques é a *interpretadora*. Para a escolha da melhor linha de interpretação de um contrato ou relação de consumo, deve-se ter o princípio da boa-fé objetiva como centro. Esse princípio permite ao contrato ser examinado de modo real e total. Desse modo, a melhor interpretação é aquela que premia a boa-fé objetiva.

Desse modo, resta evidente que as modernas relações de consumo estão imersas, completamente alinhadas a essa nova forma de composição e execução dos contratos. Para além do *pacta sunt servanda*, importa a

individualidade das partes, a singularidade do direito tratado, os princípios e as complexidades próprias da necessidade atual do mundo jurídico. Tudo tendo como fim o alcance da efetiva *função social do contrato*.

3.2. Vulnerabilidade e Hipossuficiência

Ao analisar-se a singularidade das relações de consumo, esta não pode estar desvinculada do estudo dos conceitos de *vulnerabilidade* e de *hipossuficiência* do consumidor. É ilustre o avanço legado por estes conceitos ao mundo jurídico como um todo. Principalmente, no que tange à efetivação do princípio do *equilíbrio contratual*.

A vulnerabilidade é uma condição inerente a todo consumidor. Ele é, independentemente de sua condições pessoais, socialmente vulnerável. Para Rizzatto Nunes (2012, p. 179), evidência disso é o fato de que “o consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro”.

Esse conceito faz parte, inclusive, da Política Nacional das Relações de Consumo. O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso I, prevê como um dos princípios a serem atendidos o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Segundo José Geraldo Brito Filomeno (2011, p. 73-74):

“No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.

(...)

Daí porque se parte do princípio da fraqueza manifesta do consumidor no mercado para conferir-lhe certos instrumentos para melhor defender-se.”

Contudo, há de se fazer uma diferenciação entre consumidor *vulnerável* e consumidor *hipossuficiente*. Como definido pelo artigo supracitado, todo consumidor, indistintamente, é vulnerável. Ou seja, basta ser consumidor para ser vulnerável. A hipossuficiência, entretanto, se encontra definida no artigo 6º, inciso VIII, do mesmo código. Trata-se de um direito específico (no caso, a inversão do ônus da prova) dentro do mundo das relações de consumo, concedido ao consumidor que, além de vulnerável (característica geral), é hipossuficiente. Como bem resume Herman Benjamin (1991, p. 224-225), a vulnerabilidade é “um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores”. Sobre a diferença entre os institutos, eis a lição de Rizzatto Nunes (2000, p. 123-124):

“O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico. A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.

Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais ‘pobre’. Ou, em outras palavras, não é por ser ‘pobre’ que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material.”

As vulnerabilidades podem ser de ordem econômica, jurídica, técnica, informativa ou, até mesmo, oriundas do chamado *hiperconsumo*. Em alguns casos, são sentidas de modo tão sensível que há quem fale em *hipervulnerabilidade*. É o caso de Daisy Rafaela da Silva (2014, p. 90-91), para quem as classes D e E, recém chegadas à chamada “classe média” ou “sociedade de consumo”, devido ao fato de a “pobreza ser multidimensional e trazer privações que ultrapassam questões meramente materiais, como a renda”, entende-se que “a falta de informação, o

analfabetismo funcional, o analfabetismo propriamente dito, dentre outros fatores”, as tornam muito mais vulneráveis do que as demais classes sociais.

Estas características fazem do direito do consumidor, principalmente no que tange à sua vulnerabilidade ínsita, uma fonte rica para a busca e elaboração de novos mecanismos que auxiliem na efetivação da função social, do equilíbrio e da boa-fé nos contratos.

4. ÔNUS PELA INDEFINIÇÃO CONTRATUAL: UM NOVO PRINCÍPIO

O CDC, como dever que lhe impõe seu próprio nome, realiza a tutela, defende os direitos da figura do consumidor. Em um plano jurídico maior, contudo, sua função legal e doutrinária tem por escopo cumprir o preceito fundamental e constitucional de conferir igualdade material efetiva entre iguais e desiguais.

Foi o que ocorreu no caso da *inversão do ônus da prova*, que atingiu outra dimensão e aplicação com a vinda do Código Consumerista. Isso porque as raízes em que se encontra fundado esse conceito são interdisciplinares. São comuns a vários ramos do direito e buscam um mesmo fim: a concretização dos princípios orientadores da *Sociedade Politicamente Organizada* e do *Estado Social de Direito*. De modo mais específico, nas relações e composições contratuais.

Tanto o é que, a inversão do ônus da prova, como elucida Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 155), tem sempre o objetivo final de “fazer valer, no caso concreto, regras que permitam uma solução da demanda com o julgamento de mérito, mesmo quando da inoccorrência da formação de convicção plena por parte do julgador (condição maior da aplicação de tais regras).” Continua Guilherme (2011, p. 159):

“Deve-se salientar que esta técnica de inversão do ônus da prova, ao ter como objetivo a proteção dos direitos processuais fundamentais, acaba por se configurar uma verdadeira decorrência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, permitindo que, modificando-se a interpretação convencional acerca da isonomia, de uma igualdade meramente formal, para uma igualdade efetiva e substancial, a parte hipossuficiente da relação

processual, ou seja, em condições mais difíceis de provar um determinado fato, obtenha o proclamado acesso à justiça.”

Desse modo, o que se busca sempre é uma ampliação dos direitos fundamentais, bem como sua efetivação. Nunca um passo regressivo, ou outra atitude que as tente burlar, por mais que vozes contrárias (estas sim interessadas na perpetuação das desigualdades e disparidades sociais já instaladas) preguem se tratar de um paternalismo legal e político.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 113-114), institutos como o da inversão do ônus da prova, e da própria vulnerabilidade do consumidor, originam-se de presunções, “*processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa*”. O homem mostra, através de suas experiências pessoais e culturais, a existência de relações razoavelmente constantes, que permitem a formulação de juízos probalísticos oriundos de certos fatos. No direito, têm-se as presunções legais judiciais. As primeiras, por meio de normas gerais e abstratas, para os casos que estas prevêem. Já as judiciais aplicam-se de início ao caso em julgamento, por presunção do juiz ou por força da jurisprudência.

Ante todo o exposto neste trabalho, o direito do consumidor, exercendo novamente sua sina vanguardista, parece legar ao mundo jurídico mais um princípio. Surge a possibilidade de um outro mecanismo para a tutela da função social e do equilíbrio nos contratos, para quebrar a natureza vulnerável do consumidor e trazer igualdade material entre as partes: o *ônus pela indefinição contratual*.

Trata-se de um ônus a recair sobre o fornecedor quando haja indefinição no conteúdo das cláusulas do contrato de consumo firmado, de modo a gerar dúvida quanto à cobertura e abrangência do vínculo obrigacional, tendo em vista o fato de que este dispõe de conhecimento técnico completo e avantajado sobre os produtos ou serviços que oferta, em contraponto à vulnerabilidade ínsita ao consumidor.

A título de exemplo e para ilustrar o conceito, cabe citar as demandas oriundas dos contratos de planos de saúde. Impasse recente, e ainda não resolvido, é a questão sobre a licitude da “taxa de disponibilidade”, exigida pelos planos de saúde para garantir à gestante que o médico de sua escolha (geralmente aquele que fez todo o pré-natal) seja “reservado” para realizar o parto.

Pelos posicionamentos opostos da ANVISA e do Conselho Federal de Medicina sobre a licitude dessa taxa, sem qualquer conclusão aparente, e tendo em vista o caráter sempre urgente e a surpresa gerada em quem está próximo de dar à luz, a questão exige uma resposta mais rápida, de modo a evitar prejuízos a direitos fundamentais como a vida e a saúde. A solução: averiguar se o contrato era claro quanto à necessidade de pagamento da taxa.

Via de regra, os consumidores que contratam planos de saúde o fazem com um fim específico. Por exemplo, se contratam serviços de acompanhamento pré-natal e obstetrícia tem a expectativa legítima de que *todos* os serviços desse ramo estarão inclusos. Cumpre, então, à operadora do plano de saúde definir durante a contratação as exceções que achar cabíveis, ou seja, antes da assinatura. Após, caso o contrato não defina, que o ônus recaia sobre o fornecedor. O serviço deve ser prestado ao consumidor.

A jurisprudência tem aplicado entendimento parecido em algumas decisões. Não com a mesma nomenclatura, nem com o mesmo “modo”, mas baseado em outros princípios e com fins parecidos. Por exemplo, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL. 'SEGURO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – PLANO DE ASSISTÊNCIA INTEGRAL (COBERTURA TOTAL)', ASSIM NOMINADO NO CONTRATO. As expressões 'assistência integral' e 'cobertura total' são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 264562 SE 2000/0062736-4, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 12/06/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/08/2001 p. 150 JBCC vol. 193 p. 100 JBCC vol. 200 p. 114 RJADCOAS vol. 31 p. 77)”

Principalmente nos contratos de adesão:

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE. TRANSPLANTE. COBERTURA DO TRATAMENTO. CLÁUSULA DÚBIA E MAL REDIGIDA. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ART. 54, § 4º, CDC. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 5. PRECEDENTES. RECURSO NÃO-CONHECIDO... II - Acolhida a premissa de que a cláusula

excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga. (STJ - REsp: 311509 SP 2001/0031812-6, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 03/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.06.2001 p. 196JBCC vol. 193 p. 87)”

Note-se que as decisões citadas tiveram por base os princípios da boa-fé objetiva e do in dubio pró-consumidor, respectivamente. O funcionamento do mecanismo em estudo, o ônus pela indefinição contratual, permitiria (e está de acordo com) a concretização dos princípios que regem os contratos nas relações de consumo como um todo. Além destes, também efetiva os princípios da transparência, do equilíbrio contratual e da confiança. Esse entendimento está em completa consonância com o CDC, como elucida Cláudia Lima Marques (2004, p. 193):

“Estas informações criam expectativas (agora) consideradas legítimas, assim se descumpridas (por exemplo, a qualidade apregoada, ou a cobertura dos riscos não foi cumprida como anteriormente informado), reduzindo faticamente o conteúdo do contrato (os hospitais não são mais conveniados, não há mais atendimento de emergência, como apregoado), há inadimplemento parcial, ou vício do serviço, na terminologia do CDC.”

Em se tratando de um estudo apenas inicial, este carece de maiores exemplos, embasamentos e aplicações. Contudo, em um contexto onde, aos olhos humanos e para aqueles que diretamente sofrem restrições em seus direitos, a justiça parece tardar, surge mais um mecanismo para a tutela e defesa de parcelas vulneráveis.

Assim, resta comprovado, mais uma vez, o caráter sempre inovador do CDC, e das relações de consumo como um todo, irradiando seus avanços para os outros ramos do direito, de modo a equilibrar e a qualificar as várias igualdades e desigualdades, que são a substância desse mundo jurídico, político e social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura jurídica do contrato é decisiva para o avanço dos direitos fundamentais. Já não cabe mais falar-se em absoluta autonomia da vontade das partes. Há uma função social em cada contrato firmado.

Seguindo essa tendência moderna, o direito do consumidor, como parece ser a praxe de seu caráter vanguardista, apresenta um novo mecanismo para a tutela da justiça e do equilíbrio nos contratos, principalmente em casos já consagrados, como a vulnerabilidade do consumidor.

Por se tratar de um estudo inicial, este documento carece de maior profundidade. Futuras abordagens terão por objetivo testar a aplicação do *ônus pela indefinição contratual* em outros casos concretos e sua eficácia para a concretização dos direitos fundamentais e das expectativas legítimas do cidadão, além de extendê-lo a outros ramos além do direito do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, A. H. de V. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1954.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 264562 SE 2000/0062736-4, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 12/06/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/08/2001 p. 150 JBCC vol. 193 p. 100 JBCC vol. 200 p. 114 RJADCOAS vol. 31 p. 77. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7971569/recurso-especial-resp-264562-se-2000-0062736-4-stj>>. Recurso especial nº 311509 SP 2001/0031812-6, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 03/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.06.2001 p. 196 JBCC vol. 193 p. 87. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307375/recurso-especial-resp-311509-sp-2001-0031812-6>>. Acessado em: 22 de julho de 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentabilidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Editora Forense, 2011.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

RIZZATTO NUNES, L. A. **Comentários ao código de defesa do consumidor – direito material (arts. 1º ao 54).** São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Daisy Rafaela da. **O consumo na pós-modernidade: efeito nas classes D & E.** Campinas, SP: Alínea, 2014.

WALD, Arnaldo. **Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil.** In: DINIZ, Maria Helena; SENISE LISBOA, Roberto (Coord.). **O direito civil no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2002.