

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
DISCIPLINA DE MONOGRAFIA - DPS 5801

**ASPECTOS DESTACADOS NA FORMAÇÃO DAS  
OBRIGAÇÕES CIVIS E DE CONSUMO**

por  
**Enio Cesar de Silveira Junior**  
orientação  
**Marcio Campos**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a conclusão do bacharelado em Direito.

Florianópolis, julho de 1998.

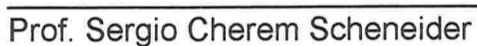
---

A monografia **ASPECTOS DESTACADOS NA FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CIVIS E DE CONSUMO**, elaborada pelo acadêmico Enio Cesar da Silveira Junior, foi aprovada pelos membros da banca examinadora e considerada apta para obtenção do título de Bacharel, do Curso de Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina.

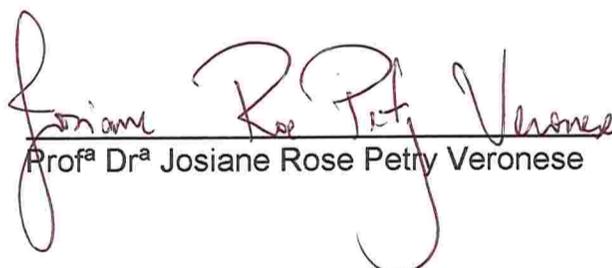
BANCA EXAMINADORA

ORIENTAÇÃO:   
Prof. Márcio Campos

  
Profª Heloisa Sobierajski

  
Prof. Sergio Cherem Scheneider

COORDENADORA DE MONOGRAFIA

  
Profª Drª Josiane Rose Petry Veronese

Florianópolis, julho de 1998.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
DIREITO DAS OBRIGAÇÕES: NOÇÕES BÁSICAS E ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.	4
1.1 CONCEITOS .....	4
1.2 FONTE DAS OBRIGAÇÕES .....	7
1.2.1 Fontes das obrigações no Direito Romano .....	8
1.2.2 Classificação Quadripartida .....	11
1.2.3 Classificação Analítica.....	12
1.2.4 Classificação Sintética .....	13
1.3 PRINCIPAIS FONTES DE OBRIGAÇÕES .....	16
1.3.1 Negócio Jurídico.....	16
1.3.2 Negócios Unilaterais.....	17
1.3.3 Atos ilícitos e Abuso de Direito .....	18
1.3.4 Situações de fato .....	19
FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES .....	21
2.1 FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS.....	21
2.2 FASES DA FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL.....	22
2.2.1 Negociações Preliminares.....	22
2.2.2 Proposta ou Policitação .....	23
2.2.3 Aceitação .....	25
2.3 MOMENTO DA CONCLUSÃO DO CONTRATO.....	27
2.4 LUGAR DA FORMAÇÃO CONTRATUAL .....	31
2.5 DEFEITOS NA FORMAÇÃO CONTRATUAL .....	31
2.6 A FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES NA DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE .....	32
2.7 FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES POR ATOS ILÍCITOS.....	35
A FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES NO CÓDIGO DE DEFESA CONSUMIDOR .....	38
3.1 NOÇÕES GERAIS .....	38
3.2 A FORMAÇÃO PROPRIAMENTE DITA .....	44
3.2.1 Princípio da Transparência.....	46
3.2.2 Princípio da Boa-Fé.....	48
3.3.1 Unilateralidade .....	52
3.3.2 Bilateralidade .....	55
3.4 PUBLICIDADE COMO FATO GERADOR DE EFEITOS OBRIGACIONAIS .....	56
3.5 A VERDADEIRA NATUREZA JURÍDICA DA PUBLICIDADE.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura mostrar aspectos da Formação das Obrigações tal como ela se apresenta: um fenômeno intimamente ligado com a evolução de nossa sociedade, e que cada vez mais está presente no cotidiano, sofrendo mutações diárias, que implicam em estudos constantes do tema.

A escolha do tema nasceu no decorrer das aulas de Direito do Consumidor, no primeiro semestre de 1997, a partir das explicações do agora Orientador Márcio Campos, que despertaram o interesse de um estudo mais aprofundado da matéria.

São utilizados no transcorrer desta monografia, dois métodos de abordagem, entendidos como sistemática do raciocínio empregado: o dedutivo, que parte do geral para o particular, baseado nas leis e na pesquisa bibliográfica; e o indutivo, partindo do particular para o geral, através de conclusões gerais a partir de casos específicos.

Para materializar a investigação, por outro lado, o método de procedimento utilizado é comparativo, evidenciando semelhanças e oposições; e o histórico, encadeando fatos e teorias.

O plano de desenvolvimento do trabalho consiste em três capítulos, dispostos da seguinte forma:

O primeiro capítulo procura perceber o real significado, apresentando noções gerais sobre os conceitos que o cercam, a fim de se compreender o tema. Trata-se do: esboço histórico com suas evoluções, os conceitos ligados ao Direito das Obrigações, distinguindo-o dos Direitos Reais, e principalmente o estudo das principais fontes de Obrigações.

Obrigações reguladas pelo Código Civil Brasileiro, mostrando a formação das obrigações contratuais( por serem a forma mais abundante de constituição de Obrigações) detalhando suas etapas. Trata também das Obrigações derivadas de declaração unilateral de vontade e dos atos ilícitos.

O capítulo derradeiro é dedicado às fontes e à formação das Obrigações Consumeristas, positivadas no Brasil pela Lei 8.078/1990, quando veio tratar especificamente das relações que envolvem consumidores e fornecedores.

A lei em questão trouxe modificações ao instituto da formação do vínculo obrigacional, abandonando as idéias da autonomia da vontade e da liberdade contratual, por uma intervenção do Estado, que regulou a formação desses contratos.

Neste capítulo, uma atenção especial foi dada à análise da publicidade como fenômeno formador de obrigações; sua natureza jurídica e os debates inerentes ao tema devido à sua atualidade.

Ficará demonstrada a importância da correta classificação jurídica da publicidade, para que o direito englobe de maneira certa e na sua totalidade esse fenômeno.

Isto posto, a idéia é realizar um estudo de atualização, focando uma visão geral do instituto, objetivando alguns pontos, que, e procurando contribuir para o seu melhor estudo e melhor discussão.

Além de realçar a importância vital do Direito das Obrigações, no mundo mercantilista que nos cerca, no qual a publicidade tem o dever de exteriorizar os interesses daqueles que tem devido a sua posição econômica uma imensa vantagem no momento da formação obrigacional.

## Capítulo I

### Direito das Obrigações: Noções Básicas e Aspectos da Evolução Histórica

#### 1.1 Conceitos

Ao iniciar uma análise sobre as fontes e a formação das obrigações, é necessário fazer algumas considerações sobre esse ramo do direito civil, para que a partir destes conceitos, trabalhar a formação das obrigações.

O Direito das Obrigações é conceituado da seguinte forma, por BEVILÁQUA<sup>1</sup>: “ O Direito das Obrigações consiste num complexo de normas que regem relações jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito de outro”.

O Direito obrigacional ou de crédito engloba as relações jurídicas de natureza pessoal, pois seu conteúdo é a prestação patrimonial, ou seja, a ação ou omissão da parte vinculada tendo em vista o interesse do respectivo credor, que tem o direito de exigir aquela ação ou omissão, mas se porventura esta não for cumprida espontaneamente, poderá acionar o sistema judiciário para buscar no patrimônio do devedor a quantia necessária para reparar o dano sofrido.

---

<sup>1</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil Comentado. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. v.4, p. 6.

Como se percebe nesta conceituação, é o Direito das Obrigações, que abriga toda a ordenação da atividade econômica, pois é por meio dele que circulam os bens, as riquezas e se escoam a produção, já que da necessidade mais premente ao artigo mais supérfluo, o homem está sempre consumindo e para isso se socorrendo no direito obrigacional, mesmo que este esteja embutido em outro microsistema jurídico que não o Código Civil, como por exemplo, na recente legislação de proteção ao consumidor, ou no Código Comercial, mesmo assim não deixam de ter como essência fundamental os conceitos do Direito das Obrigações.

Motivo pelo qual JOSSERAND<sup>2</sup>, entende que o Direito das Obrigações constitui a base não só do direito civil, mas de todo direito, por seu arcabouço e substrato, visto que todos os ramos jurídicos funcionam a base das relações obrigacionais.

A primeira elucidação à respeito do tema é a distinção entre direito obrigacional e direito real, já que os mesmos são parte de um conceito maior o de direito patrimonial.

Diz-se real o direito que recai diretamente sobre a coisa, pois ela é o objeto da relação; e pessoal o que permite alguém exigir de alguém, que dê, faça, ou não faça, em virtude da relação jurídica existente só entre eles.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> JOSSERAND. *Apud* GOMES, Orlando. 8ª. edição. Rio de Janeiro:Forense, 1992.

<sup>3</sup>Várias são as distinções entre os direitos pessoais e reais. Em relação ao sujeito de direito, nos direitos pessoais há uma dualidade de sujeitos, pois temos o ativo (credor) e o passivo (devedor). A presença de ambos é vital para a própria existência de uma relação obrigacional. Já nos direitos reais há um só sujeito, pois disciplinam a relação entre o homem e a coisa, contendo três

Os direitos obrigacionais têm eficácia relativa, sendo que as obrigações assumidas entre as partes, tendo por objeto uma prestação positiva ou negativa do devedor em favor do credor, ao passo que os direitos reais gozam de eficácia absoluta, estando sujeitos ao *numerus clausus*, consistindo tão somente num poder imediato sobre uma coisa.

---

elementos: o sujeito ativo, a coisa e a inflexão imediata do sujeito ativo sobre a coisa. Quanto ao direito de ação, nos direitos pessoais somente pode ser exercido sobre o sujeito passivo da relação jurídica em questão, ao passo que os direitos reais, permite ao seu sujeito ativo ser titular de ação real contra quem indistintamente detiver a coisa. No tocante ao objeto no direito pessoal é sempre a prestação do devedor e no direito real pode ser coisa corpórea ou incorpórea. Em relação ao limite, o direito pessoal é ilimitado, sensível à autonomia da vontade, permitindo a criação de novas figuras contratuais que não têm correspondente na legislação ( Contratos inominados ). O direito real, por sua vez, não pode ser objeto de livre convenção; está limitado e regulado expressamente por uma norma jurídica, constituindo essa especificação legal um *numerus clausus*. Eis porque é comum falar-se que no direito real há imposição de tipos, com o que se quer dizer que as partes não podem, por si mesmas, mediante estipulação, criar direitos reais com conteúdo arbitrário, mas estão vinculadas aos tipos jurídicos preexistentes. No que tange ao modo de gozar os direitos, o direito pessoal necessita de um intermediário, que é aquele que está obrigado à prestação. Já o direito real supõe o exercício direto do direito sobre a coisa.. A extinção nos direitos creditórios se dá pela inércia do sujeito, enquanto nos reais conservam-se até que se constitua uma situação contrária em proveito do titular. O direito de seqüela é um atributo dos direitos reais, já que podem seguir seu objeto onde quer que se encontre. O direito pessoal não tem essa prerrogativa, só podendo exigir o cumprimento da prestação de quem se obrigou. Outras características exclusivas do direito real são as em relação ao abandono, e ao direito de preferência, onde somente esse direito pode, respectivamente, abandonar a coisa se não existir mais interesse sem nenhum ônus, e também o poder de afastar todos os direitos incompatíveis com o seu, que estiverem constituídos sobre a mesma coisa.

## 1.2 Fonte das Obrigações

No tocante às fontes das Obrigações, a grande maioria das doutrinas coloca uma questão inicial que vem complicando o entendimento deste tópico, pois existem divergências quando citadas as fontes. Alguns afirmam que a vontade humana e a lei, ou a vontade humana, o ato ilícito e a lei, ou ainda os atos ilícitos, os negócios jurídicos e a lei.

Porém a polêmica reside na inclusão da lei como fonte, não que se questione a sua inclusão neste rol, mas sim como classificá-la. A obrigação é uma relação jurídica. Como tal, sua fonte há de ser, necessariamente, a lei. Logo, é o Direito que empresta *significação jurídica* a relações de caráter pessoal e patrimonial que os homens travam na vida social. Se, portanto, a locução *fontes das obrigações* fosse empregada neste sentido, a solução do problema não apresentaria qualquer dificuldade. Dever-se-ia usá-la no singular, pois se reduziria à lei.

Mas quando se indaga a fonte da obrigação, procura-se saber o fato jurídico ao qual a lei atribui o efeito que com se a suscite. É que entre a lei e a obrigação, existe uma situação, considerado idôneo pelo ordenamento jurídico para determinar o dever de prestar. A esse fato, denomina-se fonte ou causa geradora da obrigação, atuando como condição denominante da causalidade da lei na constituição da relação obrigacional.

Isto posto, podemos ter a distinção entre fontes mediatas e fontes imediatas das obrigações. Fonte imediata, é unicamente a lei. Fontes mediatas, isto é, condições determinantes do nascimento das obrigações, são os diversos fatos suscetíveis de produzirem especificadamente esse efeito, por isso se dizem fatos constitutivos das obrigações.

### 1.2.1 Fontes das obrigações no Direito Romano

É preciso, para entendermos bem as fontes das obrigações, que nos reprojtemos no passado, até o tempo dos romanos, recebendo as lições de Gaio<sup>4</sup>, que em suas Institutas, no período do direito clássico, relacionou, em sua *Summa divisio*, duas fontes das obrigações: o contrato e o delito. Estas foram as palavras de Gaio: “ A principal divisão das obrigações está deduzida em duas espécies; porque toda obrigação ou nasce do contrato ou do delito(*Obligationum Summma divisio in duas species deducitur:omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*).”

Acontece, entretanto, que dois outros textos, surgidos após a época do direito clássico, atribuídos ao mesmo juriconsulto Gaio, apresentam outras fontes de obrigações, além do contrato e do delito. Realmente, o primeiro desses dois

textos, que apareceu no Digesto<sup>5</sup>, acrescenta às referidas fontes outros casos de obrigações reconhecidas pela jurisprudência, que delas não surgiram, mas de outras figuras não perfeitamente identificadas. Este é o texto: “ As obrigações ou nascem do contrato ou do delito ou por certo direito próprio de várias espécies de causas ( *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*).” O segundo dos dois textos citados, que apareça nas Institutas do Imperador Justiniano<sup>6</sup>, reza: “ Uma divisão subsequente é retratada em quatro espécies porque elas (as obrigações) surgem ou do contrato, ou do quase contrato; ou do delito, ou do quase delito( *Sequens divisio in quator speicies: aut enim ex contractu, aut quasi ex contractu; aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*).”

Na realidade, não existe, propriamente, uma contradição dos textos, parecendo que foram eles se adaptando à medida das necessidades do momento, pois o quase contrato e o quase delito, talvez por não serem bem conhecidos em determinada época do Direito Romano, pós-clássica, foram chamados de “várias espécies de causas”, sendo, subclassificações do contrato e do delito.

Uma análise mais detalhada das fontes de obrigações passa pelo estudo das quatro fontes inseridas nas Institutas de Justiniano.

---

<sup>4</sup> *Institutas*, Livro III, parágrafo 88 *Apud* GOMES, Orlando. Op. Cit, p.35

<sup>5</sup> *Institutas*, Livro 44, Tít. 7, frag.I, princípio- *De obligationibus et actionibus* (Das obrigações e das ações). *Apud*, GOMES, Orlando. Op. Cit, p.36

<sup>6</sup> *Institutas*, Livro 3, título 13, parágrafo 2 *Apud*. , GOMES, Orlando. Op. Cit, p.39.

O *contrato* é o acordo, a convenção, entre as partes. O contrato é a *convencio* do Direito Romano, que possuía força obrigatória, munida de ação em Juízo, ao lado do *pactum* que, não sendo obrigatório, era destituído da ação judicial. Tinha este, ante um inadimplemento obrigacional, mero valor moral. O credor não podia fazer valer seu direito perante o magistrado. Alguns exemplos de contrato: a compra e venda, a permuta, o depósito, dentre outros.

O *delito* é ato ilícito (ato de causar dano) doloso, voluntário, intencional. Quem age dolosamente atua com vontade dirigida a causar o dano, o prejuízo. O ato doloso é, dessa forma, um ato premeditado. Põe exemplo, o roubo, o furto, a injúria.

O *quase contrato* é ato lícito, como é o contrato, mas dele não participa o acordo de vontades. É como se esse acordo existisse, tal qual na gestão de negócios, instituto jurídico pelo qual o gestor realiza atos em favor do dono da coisa sem autorização deste, entretanto, presumida essa autorização.

O *quase delito* é, também, como o delito, um ato ilícito, mas involuntário. Baseia-se o quase delito não na idéia do dolo, mas na de culpa.

### 1.2.2 Classificação Quadripartida<sup>7</sup>

A classificação quadripartida tem sido largamente criticada. PLANIOL<sup>8</sup>, autor de uma classificação anterior (a bipartida), tachou-a de superficial e artificiosa. Seus críticos apontavam que não abrange todas as obrigações, deixando de lado, por exemplo, as que resultam da declaração unilateral de vontade. A censura mais severa dirige-se à figura do *quase contrato*, hoje abandonada.

Ao reparo quanto à insuficiência responderam seus adeptos que o Código Civil Francês acrescentara a lei às quatro fontes, como, de modo inequívoco, procedeu o legislador italiano de 1865. Mas, não a melhorou, visto que a lei não pode ser fonte mediata das obrigações.

Para eliminar as subcategorias do quase-contrato e do quase-delito, que perderam seu sentido no Direito contemporâneo, PLANIOL reduziu ao ato jurídico à lei as diversas fontes, argumentando que as obrigações derivadas destas figuras resultavam realmente da lei, tal como as provenientes de delito. A classificação de PLANIOL despertou entusiasmo, mas, apesar de sua simplicidade é hoje rejeitada, porque confunde as fontes mediatas com a fonte imediata,

---

<sup>7</sup> Esta classificação e as seguintes em consonância com GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p.45-57.

<sup>8</sup> PLANIOL, grande mestre francês do século XX, que defendia a classificação bipartida das fontes, em "contrato" e "lei", pois apregoava que precediam cada obrigação ou a vontade, ou a vontade privada (ou contratual), e nessas obrigações o dever de prestar deriva do acordo de vontades e não da lei.

A verdade é que a redução das quatro fontes duas não obedece a critério rigorosamente científico. As críticas dirigidas à classificação simplificada revelaram a dificuldade de sistematizar em categorias plenas as diversas fontes das obrigações. Não se aceita mais a classificação do Código de Napoleão. A de Planiol está igualmente abandonada.

### 1.2.3 Classificação Analítica

O Código Civil italiano em vigor, reconhecendo a impossibilidade de reduzir a algumas categorias gerais as diversas fontes das obrigações, reporta-se às fundamentais, que são o contrato e o ato ilícito, englobando as outras num grupo heterogêneo, as que consistem nos fatos idôneos a produzi-las, segundo o ordenamento jurídico. Constituindo uma categoria em branco.

Neste grupo, acham-se compreendidas várias figuras. Não é uma solução científica, mas, ao menos, não se pode taxar de artificial a classificação. Permite, quando nada, que se discriminem os diversos fatos constitutivos. Tais são: o contrato, a declaração unilateral de vontade, os atos coletivos, o pagamento indevido, o enriquecimento sem causa, o ato ilícito, o abuso de direito e certas situações de fato. Todos são condição determinante do nascimento de obrigações. Afora os atos lícitos e ilícitos, enquadram-se as outras no grupo que

Gaio chamou de *variae causarum figurae*. A classificação analítica merece a preferência da corrente moderna da ciência civilista.

#### 1.2.4 Classificação Sintética

Não obstante a dificuldade de classificar as diversas fontes em categorias gerais, o problema não é insolúvel, uma vez se analisem os fatos jurídicos na multiplicidade de suas espécies. De tal análise, chega-se a conclusão de que há obrigações reconhecidas por lei em razão da tutela dispensada à autonomia privada, enquanto outras derivam de certos fatos humanos, naturais ou materiais, a que a lei atribui essa eficácia. Essa diversidade de condições determinantes das obrigações corresponde à classificação dos fatos jurídicos "*latu sensu*". Pois tais fatos podem ser naturais ou humanos. Subdividem-se estes em lícitos e ilícitos. Por sua vez, os fatos lícitos compreendem duas categorias: a dos negócios jurídicos e a dos atos jurídicos "*stricto sensu*". Os fatos naturais ou fatos jurídicos "*stricto sensu*" são acontecimentos independentes da vontade humana ou simples fatos materiais dotados de potencialidade jurídica. De todos esses fatos jurídicos a lei faz derivar obrigações. Esgotam, obviamente, as condições a que determinam ou provocam seu nascimento. Uns são voluntários, outros involuntários. Pertencem à categoria dos fatos jurídicos voluntários: os negócios

jurídicos, os atos jurídicos "*stricto sensu*" e os atos ilícitos. São involuntários os outros.

A distinção baseada na voluntariedade dos fatos não influi decisivamente na classificação das fontes das obrigações. O que importa, para esse fim, é isolar entre os fatos voluntários os que se destinam a produzir efeito jurídico, conforme o intento do emitente da declaração de vontade. Constituem categoria autônoma e homogênea na produção das obrigações a que se dá tratamento jurídico especial ao se exigir, como pressuposto de sua validade, a capacidade de quem os pratica. Quanto aos outros, embora voluntários, não exigem esse requisito, nem se realizam para que a lei tutele a atividade volitiva, determinando a produção dos efeitos perseguidos. Como fatos constitutivos de obrigação nivelam-se aos fatos involuntários. Não os toma a lei para lhes atribuir eficácia conforme a vontade manifestada, ou, mais precisamente, o intento visado, mas os considera, em sua materialidade objetiva, sem se preocupar, quando são voluntários, se o agente quis o efeito jurídico legalmente predeterminado ou, particularizando, se quis a obrigação dele resultante.

Nesta linha de pensamento, as fontes das obrigações dividem-se em duas categorias: os negócios jurídicos e os atos não negociais.

Na primeira categoria estão os contratos, os negócios unilaterais, as promessas unilaterais e os atos coletivos. Na segunda, os atos jurídicos "*stricto sensu*", os atos ilícitos, o abuso de direito, os acontecimentos naturais, os fatos naturais, os fatos materiais, as situações especiais que, por sua natureza, se qualificam como fatos constitutivos de obrigações. Entre os chamados fatos

materiais encontram-se os que se revelam, por exemplo, pela proximidade de duas coisas, como é o fato da vizinhança. Entre as situações especiais, aquela em que alguém se encontra por ter parentesco próximo com outra pessoa.

São, realmente, fontes diversas, que não devem ser reduzidas à categoria única, embora assim se simplificasse o problema. Dir-se-ia que a lei é a fonte imediata, e o fato jurídico a fonte mediata, mas perderiam todo o interesse da discriminação e a classificação. A diversificação impõe-se para melhor frisar a diferença de tratamento dispensado pela lei às duas categorias gerais. Quando a obrigação provém de um negócio jurídico, há de corresponder à vontade do devedor. Quando provocada por ato ou fato não negocial, produz-se, em alguns casos, ao arrepio da vontade do obrigado, por estar pré-determinanda, invariavelmente, na lei. A certo fato, responde a *fortiori* certa obrigação. Uma vez que a obrigação oriunda de negócio jurídico é desejada pela parte que contrai espontaneamente, auto-limitando sua liberdade individual, só as pessoas capazes de assumi-la, pois exigem declaração de vontade válida. Quando independe de declaração, o requisito da capacidade não se exige, posto não possa nascer para certos incapazes, como nas provenientes de ato ilícito.

## 1.3 Principais Fontes de Obrigações

### 1.3.1 Negócio Jurídico

Os negócios jurídicos constituem a mais abundante fonte das obrigações. Quer bilaterais quer unilaterais, geram-nas.

Na constituição das obrigações oriundas desses negócios, a capacidade do obrigado tem a marca de um traço distintivo da categoria, mas a singularidade propriamente dita dessa fonte das obrigações reside no carácter eminentemente voluntarista dos atos que compreende. A obrigação proveniente de negócio jurídico é querida pelo obrigado, ele a contrai intencionalmente, agindo na esfera de sua autonomia privada. Ao provocá-la, escolhe livremente o tipo que à lei lhe oferece para obter a tutela do seu interesse.

Pelos negócios jurídicos não se criam apenas direitos, mas, também, obrigações. À maioria das vezes, para adquirir determinado direito, assume o indivíduo correlata obrigação. Outras vezes, obriga-se por simples declaração de vontade, sem que seja imediatamente necessária a existência de outra parte na relação obrigacional. Mas, em todos os casos, comprometendo-se a uma prestação a ser satisfeita como, onde e quando lhe convenha, por determinação própria ou de acordo com a pessoa para qual se obriga. É, em suma, essa liberdade de obrigar-se, aspecto particular do princípio da autonomia da vontade,

que distingue os negócios jurídicos como categoria especial de fatos constitutivos das obrigações. Esse princípio não vigora na criação das obrigações cuja condição determinante não é um negócio jurídico.

Os fatos constitutivos de obrigações negociais são: os contratos, os atos coletivos, os negócios unilaterais e a promessa unilateral.

Os mais importantes são, inquestionavelmente, os contratos. Constituem a fonte por excelência das obrigações. Seu estudo, nas grandes doutrinas, objeto da parte especial do Direito das Obrigações, abrange a exposição dos princípios gerais que os disciplinam e o exame dos tipos definidos na lei.

Registram-se também, como negócios jurídicos constituídos pelo concurso de vontade, certos atos que, na conformidade de nova sistematização, exorbitam da categoria dos contratos, tais como o ato-condição e o ato-coletivo. Em princípio, disciplinam-se porém, pelas normas do Direito contratual.

### 1.3.2 Negócios Unilaterais

Como fonte de obrigações, os negócios unilaterais têm menor importância do que os contratos, mas apesar de não constituírem freqüente fato condicionante do dever de prestar, o negócio unilateral inclui-se entre os fatos constitutivos de obrigações, como acontece, por exemplo, com o testamento.

Desta categoria, salientam-se as promessas unilaterais. O Direito reconhece a possibilidade de alguém se obrigar por simples declaração de vontade, independentemente do concurso de outra pessoa. Em consequência, a declaração unilateral de vontade passou a ser considerada fonte das obrigações.

### 1.3.3 Atos ilícitos e Abuso de Direito

Outra fonte abundante das obrigações são os atos ilícitos. A matéria constitui um dos mais importantes capítulos do Direito Civil. A teoria da responsabilidade civil, a que se tem dado largo desenvolvimento, estuda precisamente as obrigações provenientes de atos ilícitos. Embora não tenham conteúdo diverso de outras oriundas de fontes diferentes, reduzindo-se, praticamente, sob esse aspecto, ao dever de indenizar, impondo aos que cometem uma obrigação típica.

Quanto ao abuso de direito, apesar da dificuldade de sua caracterização e das vacilações a propósito de sua configuração como instituto, a verdade é que o exercício anormal de um direito pode criar para o prejudicado uma pretensão contra quem praticou o ato abusivo, ficando este obrigado a indenizar o dano causado ou abster-se da prática do ato abusivo. Consequentemente, o abuso de direito pode ser incluído entre as fontes das obrigações, ao lado dos atos ilícitos,

com os quais não se confunde, mas dos quais se aproxima pela similitude dos efeitos.

#### 1.3.4 Situações de fato

Há certas situações de fato a que a lei atribui o efeito de suscitar obrigações. Algumas eram denominadas *quase-contratos*, como a gestão de negócios e o pagamento indevido, impropriamente embora, na parte relativa à extinção das obrigações.

Ao lado dessas figuras jurídicas submetidas à disciplina sistemática há certas relações decorrentes de fatos materiais que a lei regula, impondo obrigações à uma ou as duas partes. Como são situações de fato, as obrigações que se condicionam à sua existência são chamados por alguns obrigações legais, no pressuposto de que derivam imediatamente de lei. Trata-se, porém, de generalizado equívoco, por isso que, para surgirem, exigem que esteja configurada a situação de fato, que é, assim, o fato condicionante, e portanto, a fonte.

As obrigações provenientes da tais situações formam-se, em regra, no campo do Direito das Coisas, ou do Direito de Família. Tais são, naquele departamento, as obrigações "*in rem scriptae*", ou "*propter rem*". Pelo fato de ser vizinha de outra, toda pessoa tem obrigações impostas pela lei com base no fato

material da vizinhança. No Direito de Família, a obrigação alimentar tem como fato condicionante o parentesco que, embora seja uma relação jurídica, assenta em fatos materiais.

Dessas situações que condicionam o nascimento de obrigações, oferece particular relevo, aponto de ser destacada como fonte autônoma, aquela em que se encontra alguém que, sem causa legítima, obteve vantagem patrimonial à custa de outrem. Diz-se que, nesse caso, há enriquecimento sem causa. A lei condena, compelindo quem tirou o proveito, a restituí-lo, criando-se, desse modo, uma obrigação.

## Capítulo II

### Formação das Obrigações

#### 2.1 Formação das Obrigações Contratuais

O contrato nasce da conjunção de duas ou mais declarações de vontade em concordância. Sem o consentimento mútuo não há vínculo contratual. Pode-se dizer que tal acordo constitui pressuposto de validade e de existência do contrato.

A declaração pode ser tácita quando a lei não exigir que seja expressa.

É preciso fixar o momento em que se dá o acordo de vontades. Todavia, o contrato não surge pronto, é o resultado de uma série de fases: negociações preliminares, proposta e aceitação.

## 2.2 Fases da Formação das Obrigações Contratuais no Código Civil

### 2.2.1 Negociações Preliminares

Na realidade não constitui uma fase propriamente dita, é um período pré-contratual em que os interessados tentam chegar a um acordo. Nesse tempo, trocam impressões, analisam a situação econômica financeira, etc. .

Dessas negociações não surge a obrigação de contratar, não se imputando responsabilidade civil àquele que interrompe-las. Porém, se um dos participantes criar no outro a expectativa de que o negócio será celebrado, causando-lhe despesas ou prejuízo, terá de ressarcir o dano.

O que ocorre nestes casos é uma responsabilidade pré-contratual, aplicando-se as regras da “culpa extrajudicial” nos casos de dolo, negligência ou imprudência por parte do desistente. Cumpre dizer que há apenas o direito de exigir a reparação do dano, mas nunca o cumprimento do contrato.

## 2.2.2 Proposta ou Policitação

Para que exista o contrato, uma parte, o policitante (ofertante ou ainda proponente) deve tomar a iniciativa, convidando a outra, o oblato (ou aceitante) a contratar, apresentando os termos em que se dispõe a celebrar o contrato. Entretanto, será preciso não confundir as negociações preliminares com a oferta ou proposta. Os entendimentos preparatórios são meras sondagens, sem a intenção de se obrigar, visando apenas preparar as bases, e averiguar o interesse e a possibilidade da parte contrária em celebrar o negócio.

A oferta, proposta ou policitação pode ser definida como uma declaração receptícia de vontade, dirigida por uma pessoa a outra (com quem pretende celebrar o contrato), por força da qual a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada se a outra parte aceitar.

Essa força vinculante provém de uma declaração unilateral de cada uma das partes, que ao se declararem, ficam obrigadas. Sobre esse assunto, dispõe o Código Civil Brasileiro:

*“Artigo 1080.- A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resulta dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”*

A importância do supra-citado dispositivo legal se firma na necessidade de assegurar a estabilidade das relações sociais. Pois, quem formula uma proposta de negócio cria uma fundada expectativa junto à pessoa a quem endereçou, de

maneira que a possibilidade de retirar arbitrariamente a oferta representaria uma fonte de insegurança, já que a oferta leva o oblato além da crença da celebração do contrato, pode fazer com que o mesmo venha a contrair despesas, ou ao dispêndio de tempo, ou ainda à cessação de outras atividades. Portanto o proponente responderá por perdas e danos se injustificadamente retirar a oferta (RT 53:675; RT 104:608).

Entretanto vale ressaltar que a obrigatoriedade da proposta não é absoluta. Não será obrigatória a oferta em que houver cláusula expressa que retire a obrigatoriedade; se a falta de obrigatoriedade fluir da natureza do negócio, ou se as circunstâncias peculiares a cada caso exonerarem o proponente, essas circunstâncias peculiares estão dispostas no artigo 1081 do Código Civil brasileiro e estabelecem que não será obrigatória a proposta: a) se, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Na proposta *inter praesentes*, feita pessoalmente, por telefone ou por meio de mandatário, o oblato deverá, se interessar por ela, aceitá-la imediatamente, sob pena de ficar desligado do ofertante; b) se, feita sem prazo a pessoa ausente, por meio de cartas, ou modo similar, já tenha decorrido tempo suficiente para que a resposta chegue ao conhecimento do policitante( prazo moral); c) se, feita a pessoa ausente, estabelecendo-se prazo para a espera da resposta, a resposta não tenha sido expedida dentro do prazo dado; d) se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento do oblato a retratação do proponente, caso em que não se terá qualquer proposta, já que ela nem mesmo chegou a

existir juridicamente, uma vez que, ante o arrependimento ofertante, foi retirada a tempo (RT 413:332; RT 250:221).

Por fim, a proposta é a declaração unilateral de vontade, por parte do policitante, devendo ser o núcleo definidor do negócio jurídico a se instaurar, contendo todos os elementos essenciais do negócio proposto, como preço, quantidade, qualidade, tempo de entrega, forma de pagamento e a documentação necessária para formalizar a espécie de contrato visado.

A proposta pode ser expressa ou tácita, porém deve ser clara, precisa e completa. A falta ou a obscuridade em algum dos requisitos supra-citados implicará na necessidade de nova policitação. Logo, a proposta deve ser inequívoca, trazendo no seu conteúdo os elementos tais que a outra parte só reste aceitar ou não.

### 2.2.3 Aceitação

Após a exteriorização da proposta a aceitação por parte do oblato é o fecho do ciclo para a formação do contrato, já que sem ela não se terá o negócio jurídico, nem mesmo criará a obrigatoriedade da proposta.

Com a aceitação, o oblato adere a sua vontade ao do policitante estabelecendo o contrato no instante da aceitação, pois é aqui que o conceito de contrato se conclui.

A aceitação, portanto, é a formulação de vontade concordante, expressa ou tácita, por parte do destinatário de uma proposta, feita dentro do prazo, envolvendo adesão integral à proposta recebida, concluindo o contrato, desde que chegue, oportunamente, ao conhecimento do ofertante.

A partir deste conceito, poder-se-á extrair os requisitos essenciais da aceitação.

A aceitação não exige determinada forma, exceção aos contratos solenes, em regra é expressa, podendo operar tacitamente, quando um ato do aceitante permitir concluir a sua anuência à oferta, além dos casos previstos no artigo 1084 do Código Civil brasileiro que acontecem quando não é usual a aceitação expressa e quando o ofertante dispensa a aceitação e a recusa não chegar a tempo.

A aceitação deve ser oportuna, e deve ser formulada dentro do prazo concedido na policitação. A oferta sem prazo persistirá até que haja retratação.

Sendo tardia não produz qualquer efeito jurídico, pois a proposta se extingue com o decurso do lapso temporal acertado.

Mas se a aceitação for oportuna e chegar ao seu destino fora do prazo, o ofertante deverá comunicar o fato ao aceitante se não pretende levar adiante o negócio, sob pena de responder por perdas e danos.

Como a aceitação deve ser de adesão integral à oferta, uma aceitação modificativa ou restritiva, ou seja, alteração na oferta, não haverá a conclusão do contrato, e sim uma nova oferta ao primitivo ofertante, que ficará desobrigado das obrigações inseridas na proposta, passando ele a condição de oblato, conforma dispõe o artigo 1083 do Código Civil brasileiro, pois nestes termos não existirão duas ou mais vontades coincidentes.

Se a oferta for alternativa, o oblato deverá indicar a sua opção na resposta, se não o fizer, o ofertante poderá entender que consentiu em qualquer delas.

O aceitante poderá arrepender-se, desde que sua retratação chegue ao conhecimento do ofertante antes da aceitação ou juntamente com ela, pois se chegar tardiamente ao seu destino, o remetente continuará vinculado ao contrato.

### 2.3 Momento da Conclusão do Contrato

É necessária a correta verificação do momento da conclusão contratual, pois dela derivam-se várias conseqüências jurídicas, já que ao coincidirem as vontades, as partes se unem, cessando o direito de retratação, obrigando as partes a executar o negócio jurídico, sob pena de serem responsabilizadas pelas perdas e danos.

Se o contrato for *inter praesentes*, dificilmente haverá problemas, pois as partes encontrar-se-ão vinculadas no mesmo instante em que o oblato aceitar à oferta, a partir deste momento o contrato passará a produzir efeitos jurídicos.

O problema poderá existir, nos contratos *inter absentes*, e que o Código Civil regula com a seguinte redação:

*“Artigo 1086.- Os contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:*

*I - no caso do artigo antecedente(retratação);*

*II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;*

*III - se ela não chegar no prazo convencionado.*

Os contratos celebrados por correspondência epistolar ou telegráfica, aos quais o Código se refere, são atualmente em menor escala do que na época em que o nosso Código entrou em vigor em 1916, pois se na ocasião talvez fossem essas as únicas formas de comunicação a distância, hoje existem várias formas de comunicação que permitem uma conversação instantânea entre pessoas em qualquer parte do globo. Visto que no início desse século o telefone ainda era muito pouco difundido, não se conhecia o fax, o telex, a rede mundial de computadores, entre outros meios, no que tange assunto tratado, possibilitam uma aceitação e o conhecimento desta pelo ofertante quase que imediata.

Tanto que entende-se que não é necessária a presença física das partes e sim a presença jurídica, portanto, considera-se *inter praesentes* os contratos celebrados por meios de comunicação, que consigam a transmissão direta da vontade do oblato ao polícitante.

a) Subteoria da declaração propriamente dita, em que o contrato se forma no instante em que o aceitante redige, formula a aceitação. Apesar de lógica, não existe o menor interesse prático, pois não terá qualquer eficácia antes da expedição, não existindo dessa forma a mínima condição de se a aceitação foi formulada ou não;

b) Subteoria da expedição, onde o contrato se aperfeiçoa no momento em que a aceitação for expedida, pois neste instante o aceitante perde o comando sobre sua vontade, não podendo mais se arrepender, pois sua declaração favorável já foi de encontro à oferta,

c) Subteoria da recepção, em que o contrato se efetiva, quando a resposta chega materialmente ao ofertante, mesmo que ele não tome ciência da mesma.

O Código Civil brasileiro, segundo orientação já abraçada pelo nosso Código Comercial de 1850, acolheu o sistema da agnição, na forma da subteoria da expedição, entretanto existem algumas exceções: quando houver retratação, se o proponente se comprometer a esperar a resposta ou se ela não chegar no prazo convencionado. Essa última exceção, é censurada pelo eminente jurista WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, com muita propriedade, pois havendo prazo estipulado, e neste lapso temporal não chegar a resposta, não houve acordo de vontades necessária para a existência do contrato.

Nessas exceções é aplicada a subteoria da recepção.

## 2.4 Lugar da Formação Contratual

O lugar da formação contratual tem elevada importância para a apuração do foro competente, e em casos de matéria de direito internacional privado a lei a se estabelecida.

O artigo 1087 do Código Civil reputa celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

No que tange ao direito internacional, a Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 9, parágrafo 2, reputa constituído no lugar em que residir o proponente a obrigação resultante do contrato.

## 2.5 Defeitos na formação contratual

Na formação do contrato podem surgir vícios que o tornam nulo ou anulável.

Nulo é o contrato onde exista uma impossibilidade absoluta da prestação, ou seja, atente contra normas de ordem pública ou que não preencha os pressupostos ao ato jurídico ( artigo 82 do CCB). A nulidade pode limitar-se a apenas uma cláusula se esta não contaminar as demais, caso contamine, tem efeito liberatório, resolvendo o vínculo contratual.

Anulável é o contrato celebrado por pessoa relativamente capaz, ou viciado por erro, dolo, coação ou simulação.

O ato nulo( nulidade absoluta) não pode ser convalidado nem ratificado, podendo a nulidade ser argüida a qualquer tempo, por qualquer pessoa.

O ato anulável( nulidade relativa) pode ser retificado pelas partes. Só os interessados podem alegar a nulidade relativa, e enquanto não tiver ocorrido a prescrição.

## 2.6 A Formação das Obrigações na Declaração Unilateral de Vontade

Classificadas também como negócios unilaterais, também são formadores de obrigações.

O Código Civil Brasileiro foi um dos primeiros a dedicar um título a essa espécie, dividindo-o em dois capítulos: títulos ao portador e promessa de recompensa.

Todavia, não haverá liberdade para se estabelecerem essas obrigações, que só se constituirão em casos pré-ordenados pela lei como idôneas para acontecer sua formação e existir exigibilidade,

Surgirá para o mundo jurídico, no instante em que o declarante emita manifestação de vontade demonstrando o intuito de obrigar-se, e que essa

declaração chegue ao conhecimento da pessoa a quem se dirige, e seja a obrigação determinada ou pelo menos determinável.

O entendimento a respeito da natureza jurídica desse instituto não é pacífico, já que muitos doutrinadores entendem ser modalidades de contrato, justificando que o negócio só se aperfeiçoa pela aceitação da pessoa a quem se dirige a declaração, assim sendo não existiriam obrigações derivadas da declaração unilateral de vontade, mas sim contratos em que a manifestação concordante das partes fica em aberto e ocorre em momentos diferentes.

No entanto essa teoria é refutada, pela maioria das doutrinas, pois a obrigação do promitente surge na emissão da promessa ou do título ao portador.

A obrigação surge na manifestação unilateral de vontade por parte do promitente, quando ao emití-la provoca no meio social, uma expectativa que não pode ser arbitrariamente extinta, pois as pessoas que receberam a mensagem, podem ter realizado gastos, mudanças no seu viver em virtude do interesse em cumprir os requisitos para realizar a contraprestação.

Aliás, os autores do Ante-Projeto do Código de Obrigações do Brasil <sup>9</sup> tem defendido a tese de que a força vinculativa do próprio contrato vem de cada uma das manifestações unilaterais, e não propriamente da conjunção dessas vontades.

---

<sup>9</sup> O artigo 1º deste embrionário dispositivo legal determina que contai obrigações quem declara a vontade de satisfazer, em favor de outrem, uma prestação.

A proposta obriga o peticionante, e o oblato fica obrigado no momento da aceitação, com cada manifestação unilateral surge uma obrigação, onde o contrato seria o encontro de declarações que por si só criam obrigações.

No que tange a formação das obrigações, não existem muitas diferenças entre a promessa de recompensa( artigos 1512 à 1517) e dos títulos ao portador( artigos 1505 à 1511).

Ambas são formadas pela materialização de suas vontades, os títulos em instrumento próprio, mesmo que entre em circulação contra a vontade do emissor, pois sua emissão já forma a obrigação, e a promessa com o anúncio público.

Uma das poucas diferenças está no direito em revogar a declaração no caso de promessa de recompensa, se no caso dos títulos ao portador a obrigação se forma com a emissão e só se encerra com o pagamento do título ao emissor, no caso de promessa de recompensa, o artigo 1514, prevê a revogação da promessa, se esta for feita antes de prestado o serviço, ou preenchida a condição, contanto que o faça com a mesma forma e intensidade da publicidade feita no momento da promessa, e que não tenha fixado prazo para a execução, pois deste modo entende-se que foi revogado o direito de revogar a promessa.

## 2.7 Formação das Obrigações por Atos Ilícitos

Algumas obrigações tem como fonte imediata um comportamento humano ilícito. Esse ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, cria outra forma comum de obrigação extracontratual, ou aquiliana (quando o ilícito não decorre do não cumprimento de contrato), conforma dispõe o artigo 159 do Código Civil Brasileiro:

*“Artigo 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*

*A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1553.”*

Logo no momento em que é cometido o ato considerado ilícito, já se produz efeito jurídico, ou seja forma-se a obrigação, só que este não é pretendido pelo agente como nas manifestações de vontade, mas imposto pela lei. Entretanto, alguns requisitos são imprescindíveis para a configuração do ato ilícito:

a) fato lesivo voluntário, causado por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência, imprudência (culpa), tendo o infrator conhecimento da ilicitude do ato, agindo com dolo se intencionalmente procura prejudicar alguém, ou culpa, se conscientemente assumir o risco de provocar o dano;

b) ocorrência de um dano, que seria a lesão, diminuição ou destruição que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou não;

c) nexos de causalidade entre o dano ocorrido e o comportamento do agente.

A obrigação de indenizar é a consequência jurídica do ato ilícito. Sendo a responsabilidade civil a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial, causado a terceiros, em razão do ato por ela praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou por simples imposição legal.

Nos artigos citados no corpo do artigo supra-citado, encontra-se a regulamentação das obrigações por atos ilícitos, citando os atos de responsabilidade simples e os casos de responsabilidade complexa, porém muitas das soluções ali esplanadas, já foram superadas tanto pela jurisprudência, quanto por legislações posteriores( como o Código Brasileiro do Ar- Deceto-Lei 32/66 , Lei de Imprensa- Lei 5250/67, Lei de Danos Nucleares- Lei 6453/77, Lei do Meio Ambiente- Lei 7347/85, Código de Defesa do Consumidor- Lei 8078/90, entre outras), além da Constituição Federal de 1988, que revogou alguns artigos( como o 1522), consolidou alguns institutos( dano moral).

Alterações feitas devido a evolução da sociedade atual e a necessidade de de leis que regulassem um infindável número de situações surgidas ou alteradas após 1916.

O que não mudou foi a formação dessas obrigações, que ocorre sempre que existir um ato ilícito, pois essas novas situações apenas foram enquadradas como ato ilícito, ou então foi alterada a forma de exigibilidade das obrigações.

## Capítulo III

### A Formação das Obrigações no Código de Defesa Consumidor

#### 3.1 Noções Gerais

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/ 90, foi a consolidação no Brasil, de um dos mais recentes ramos do Direito. Mais do que isso, graças ao empenho de vários brilhantes juristas, tanto na confecção deste dispositivo legal, quanto no estudo e desenvolvimento contínuo dessa disciplina jurídica, coloca o país como pólo importante no desenvolvimento mundial do Direito do Consumidor.

NORONHA<sup>10</sup> conceitua o Direito do Consumidor como “ *O conjunto das regras jurídicas essencialmente destinadas à proteção do consumidor em suas relações com o fornecedor de produtos e serviços, em áreas como as seguintes: disparidade de poder de negociação entre um e outro, levando a contratos desequilibrados; deficiente informação do consumidor e práticas comerciais que induzem este a contratações precipitadas; produtos e serviços que não atendem às finalidades a que se propõem; danos causados por produtos ou serviços sem os requisitos de segurança exigíveis, etc.*”

---

<sup>10</sup> NORONHA, Fernando. Apostila colocada a disposição dos alunos de Direito do Consumidor da UFSC p.56.

Essa direito surgiu com o escopo de proteger a um grande grupo social necessitado de uma tutela adequada. Pois desde os tempos da Antigüidade Clássica, a ciência jurídica lidava com conceitos imutáveis no ramo contratual, não tendo distinções necessárias entre diversas classes sociais surgidas no decorrer dos tempos, como o consumidor.

Cada vez mais o consumidor ficava ao relento, pois a economia de mercado alardeava uma idéia absolutamente falsa, e talvez até com certo interesse, de que o consumidor era uma figura privilegiadíssima devido ao sistema da livre concorrência entre as empresas e pela multiplicidade de bens e serviços colocados à sua disposição.

Entre as décadas de 50 e 60, já no nosso século, com o crescimento dos meios de produção, e com a necessidade “selvagem” das empresas em aumentar o consumo, criando mecanismos que evidenciaram ainda mais a posição vulnerável do consumidor.

Com isso, as ordens jurídicas de todo o mundo começaram a outorgar direitos específicos a essa classe, buscando diminuir a sua desvantagem frente aos fornecedores.

É evidente porém, a enorme interdisciplinariedade da matéria, pois conta com regras de direito civil, comercial, penal, administrativo, econômico e processual, o que torna denso o estudo dessa matéria, já que uma instintiva comparação com os institutos que originaram a proteção legal ao consumidor.

Um dos direitos que mais se relaciona com o Direito do Consumidor é o Direito das Obrigações, principalmente as contratuais, já que além de exportar

noções ao Código de Defesa do Consumidor, sofreu algumas mutações influenciadas pelo Direito do Consumidor.

Em matéria contratual, não mais se acredita que assegurando a autonomia da vontade e a liberdade contratual se alcançará à necessária harmonia e equidade nas relações contratuais. Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e distribuição em massa, as relações contratuais se despessoalizaram, aparecendo métodos de contratação uniformizados como os contratos de adesão e as condições gerais de consumo. Atualmente esses métodos predominam em quase todas as relações entre os contratantes, um lado estipula as condições e o outro adere, constituindo uma realidade completamente diferente daquela de 1.916, que originou a concepção individual e tradicional do contrato, presente no nosso Código Civil.

Portanto, coube ao Estado intervir nas relações de consumo, reduzindo o espaço para a autonomia da vontade, impondo normas imperativas de maneira a restabelecer o equilíbrio entre as partes nas relações consumeristas.

O Código visa prioritariamente dar uma proteção ao consumidor, e assim o faz, em relação aos contratos ao dedicar o capítulo VI, onde elenca as formas que protegerá os contratos de consumo, em especial contra a presença de cláusulas abusivas.

Os contratos de consumo apresentam-se normalmente sob a forma de contratos padronizados, contratos de adesão, obedecendo o estabelecimento de seu conteúdo às condições pré dispostas pelo empresário não tendo a outra parte, o consumidor, a possibilidade de discutir os termos "propostos".

Contrato de adesão e contratos padronizados são realidades diversas, embora sejam constantemente confundidos em virtude da característica essencial que lhes é comum, o fato de serem unilateralmente impostos por uma das partes a uma generalidade de pessoas

Sendo o contrato de consumo um contrato padronizado e da adesão, nele estarão reunidas as condições necessárias para a produção de cláusulas abusivas.

Cláusulas abusivas seriam as normas contratuais impostas pelo fornecedor, pelas quais ele procura reduzir ao máximo suas responsabilidades e gravar as do consumidor, gerando assim situação de evidente desequilíbrio.

Esse desequilíbrio fez com que se colocasse em dúvida o princípio da autonomia da vontade, complementado pelos da liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e consensualismo como formas de justiça e equilíbrio contratual.

Neste sentido, MARQUES <sup>11</sup>merece destaque por sua precisão:

*“Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontades. Seria o que denominaríamos hoje de contratos paritários ou individuais. Esses contratos, ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente nas relações*

---

<sup>11</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 39

*entre dois particulares, mais raramente, entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico.*

*Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despessoalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandarizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresa e consumidores.(...) Como se observa na sociedade de massa atual, a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção e distribuição de bens e serviços, encontra-se na eminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Esses contratos são homogêneos no seu conteúdo e por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa dispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores.*

*Alguns comparam esta predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados. Poder este que, legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da lei privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir a vontade manifestada pelo contratante.”*

Novos princípios surgiram dentro do ordenamento jurídico para assegurar a preservação da justiça contratual, no século XIX o princípio da autonomia da vontade, o estabelecimento pelas partes do conteúdo contratual imperando a autonomia privada, era praticado por julgar-se o modo mais eficaz de alcançar-se

o desejo efetivo dos contratantes, e que havia efetivamente a participação igualitária das partes no estabelecimento das condições das negociações, existia justiça contratual.

Hoje, no entanto, não mais podemos, adotando-se as regras estabelecidas pelos ordenamentos do século passado, dizer que é alcançada a justiça contratual em razão das condições gerais de contratação, os contratos de adesão e os contratos padronizados, a imposição do predisponente ao co-contratante de suas determinações contratuais.

Para buscar-se e estabelecer-se com efetividade o equilíbrio contratual, inseriu-se nos ordenamentos os princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Ao falarmos no princípio geral da boa-fé, mister se faz precisar o termo utilizado, o da boa-fé objetiva, a que relaciona-se com as regras de conduta e não à boa-fé subjetiva embasada na crença do indivíduo.

Como princípio contratual a boa-fé objetiva, é o dever de agir de acordo com os padrões socialmente determinados e estabelecidos, visando garantir a segurança.

A função do princípio da boa-fé, extrai-se preliminarmente da interpretação dos contratos que deve ser feita segundo os corolários praticados na atualidade de busca efetiva da justiça.

Fundamental é a questão da interpretação dos contratos, ainda mais quando estamos nos reportando aos contratos de consumo, através das novas óticas dadas à interpretação podemos buscar uma explicitação dos direitos e deveres dos contratantes.

Além do princípio da justiça contratual, que busca um efetivo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes.

Assim podemos dizer que o Código de Defesa do Consumidor, veio suprir a lacuna existente, e provocada pela nova realidade socioeconômica, pois a legislação anterior não tinha formas de inibir a proliferação de desigualdades contratuais.

Espera-se o avanço da lei, em outros ramos do direito, principalmente mercantil e negocial, para que não só o no âmbito do consumo se consiga ao menos inibir as imposições unilaterais de normas.

### 3.2 A formação propriamente dita

No que tange a formação das obrigações, o Código de Defesa do Consumidor apresenta algumas facetas a serem examinadas.

Inicialmente, trata-se de uma regulamentação de um grupo específico na sociedade, apesar de envolver praticamente a totalidade da população, nós não somos apenas consumidores ou fornecedores, pois pessoas ora encontram-se na posição de consumidor, ora na de fornecedor, mas principalmente, o Código não regula todos os tipos de atos que possam formar uma obrigação, daí o realce a validade do estudo das obrigações não-consumeristas.

Cabe realçar que a formação obrigacional proveniente do Código de Defesa do Consumidor é eminentemente contratual.

O Código de Defesa do Consumidor é um reflexo de uma nova concepção mais social do contrato, onde a vontade das partes não é a única fonte das obrigações, onde a posição dominante passa a ser a da lei, que dota ou não de eficácia jurídica aquele contrato de consumo.

Porém o que espero demonstrar é que existe uma espécie de formação obrigacional decorrente da legislação consumerista que traz um lado extremamente atual, porém é o que mais se aproxima das normas do Código Civil pátrio, no tocante a obrigatoriedade da proposta, e onde pode acontecer uma inversão do esperado pelo empresário, onde na tentativa desenfreada de arrebatatar novos consumidores, impondo seus produtos e seus contratos, dará ao consumidor a oportunidade de reverter a situação, responsabilizando o fornecedor por seus intempéries. Falo da publicidade como formadora de obrigações.

Se nos contratos fica mais difícil para o consumidor igualar-se na formação contratual, pois as cláusulas são impostas, preparadas e estudadas anteriormente, inexistindo a participação do consumidor na discussão, em virtude da demanda de consumidores as empresas podem-se dar o luxo de rejeitar o consumidor que se negar a aceitar aquelas normas contratuais, talvez esteja na publicidade, campo em espantosa ascensão e vital para a concretização dos interesses do fornecedor, o “ponto fraco” dos fornecedores, pois se o Código

regula a publicidade, deve ela conter certos padrões, não sendo usada como forma de atrair o consumidor, sem que ela seja responsabilizada por excessos.

O Código de Defesa do Consumidor na tentativa de reequilibrar a participação das partes nas relações contratuais modernas, passou a regular alguns aspectos da formação do contrato, impondo deveres ao fornecedor e assegurando novos direitos ao consumidor (nos artigos 6o., III e IV).

Para isso introduziu no ordenamento jurídico dois princípios fundamentais na nova visão moderna do contrato: O Princípio da Transparência e o Princípio da Boa- Fé quando da formação do contrato de consumo.

### 3.2.1 Princípio da Transparência

O princípio da transparência foi instituído no artigo 4o., *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, buscando uma relação contratual mais sincera e menos danosa.

Segundo MARQUES<sup>12</sup>: *“Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.”*

É dever do fornecedor, portanto, não só sobre o bem ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato, para com isso evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois sem conhecer a real essência do contrato, poderá estar assumindo obrigações que não pode suportar, ou até, que nem desejaria assumir.

A jurisprudência brasileira tem utilizado com sabedoria este princípio, consolidando o espírito do Código, em conseqüência o consumidor fica na posse do direito subjetivo de informação, não mais necessitando perguntar, informar-se, conseguir conhecimentos técnicos específicos para poder realizar um bom negócio.

Agora, cabe ao fornecedor esse dever de informar, seja através da oferta, clara e correta ( entenda-se aqui publicidade ou qualquer outra informação suficientemente precisa, artigo 30) sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena do fornecedor responder pela falha da informação ( artigo 20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita ( artigo 35 ); seja através do próprio texto do contrato, pois, pelo artigo 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente(artigo 54, § 3o.) devendo o fornecedor dar oportunidade ao consumidor conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena do contrato por decisão judicial não obrigar o consumidor, mesmo se devidamente formalizado.

---

<sup>12</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Op. Cit.* ,p.206

### 3.2.2 Princípio da Boa-Fé

Além do princípio da transparência, o *caput* do artigo 4o. do Código de Defesa do Consumidor fala da “necessária harmonia” das relações de consumo, que nada mais é do que o princípio da boa-fé nas relações entre consumidores e fornecedores.

Com a legislação consumerista, esse princípio ingressou definitivamente na legislação pátria. No Código Civil ele aparece na sua feição subjetiva. Particularmente no direito das obrigações, encontra-se boa-fé da mesma natureza: é válido o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo (art. 935); e o adquirente de má-fé, que alienar o imóvel por título oneroso, responde apenas pelo preço recebido (art. 968).

Além das citações expressas do art. 4o., inciso III, e do art. 51, inciso IV, o Código de Defesa do Consumidor contém exigências que são expressões da boa-fé.

A boa-fé reclamada no art. 4o., inciso III, diz de perto o dever de lealdade.

Já o art. 51, refere-se à nulidade das cláusulas abusivas, dentre as quais as que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade (inciso IV). O parágrafo único do mesmo artigo conceitua vantagem exagerada em favor do fornecedor: I) a que ofender princípios fundamentais do sistema jurídico; II) a que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes

à natureza do contrato, ameaçando seu objeto ou equilíbrio contratual; III) a que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor.

### 3.3 Publicidade como formadora de obrigações

A busca da igualdade contratual, com a inserção de princípios que pudessem regular a formação das obrigações age em duas frentes: regulamentar a forma e o conteúdo dos contratos propriamente ditos apresentados ao consumidor depois de concluídas as “negociações preliminares”, e regular a formação obrigacional que se força a partir de uma oferta suficientemente precisa que criaria um vínculo contratual, pois esta seria uma declaração inicial de vontade direcionada à realização de um contrato. E a publicidade nos tempos modernos tornou-se a forma mais utilizada e mais eficaz de exteriorização desta oferta.

O conceito de publicidade traz duas vertentes: o conceito mercadológico e o conceito jurídico.

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária define publicidade comercial *toda atividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos e idéias.*

Entre os publicitários, a definição mais aceita é de *“toda e qualquer apresentação e promoção não pessoal de idéias, produtos e serviços, levada a efeito por um patrocinador identificado.”*<sup>13</sup>

Entre os países que transcreveram o conceito para suas leis internas destaca-se o Código da Publicidade de Portugal<sup>14</sup>, que classifica como *“qualquer forma de comunicação que vise promover idéias, princípios, iniciativas, ou instituições, mesmo a denominada publicidade de Estado ou oficial, assim entendida toda aquela que é feita por organismos e serviços da administração central ou regional, bem como por institutos públicos, nas modalidades de serviços personalizados e de fundos políticos.”*

Como não faz muito tempo que o direito passou a se interessar pela publicidade, as conceituações a respeito são recentes, visto que nem o Código de Defesa do Consumidor traz um conceito explícito, o que implica ausência de qualquer limitação.

MARQUES<sup>15</sup> define publicidade como *“toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou o meio utilizado.”*

---

<sup>13</sup> MANZO, José Maria Campos. Marketing: uma ferramenta para o desenvolvimento. 2o. edição. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 88. *Apud* MARQUES, Claudia Lima. *Op. Cit.*, p..297.

<sup>14</sup> Decreto-lei 33.090, de 23 de novembro de 1988 *Apud* MARQUES, Claudia. *Op. Cit.*, p..299.

<sup>15</sup>MARQUES, Claudia Lima. *Op. Cit.*, p.138.

ALMEIDA<sup>16</sup> prefere dizer que publicidade é *“toda a informação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, uma atividade econômica.”*

PASQUALOTTO<sup>17</sup>, que publicou a mais importante obra a respeito da publicidade no direito, conceitua de seguinte forma: *“toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos e serviços, com ou sem a finalidade lucrativa.”*

O mesmo autor ainda destaca a necessidade da existência de dois elementos na estrutura do conceito: a finalidade de influenciar o público e o favorecimento, direto ou indireto, de produtos e serviços.<sup>18</sup>

Com isso não se inclui no conceito de publicidade a divulgação de idéias de cunho político, religioso, ideológico, moral, ou qualquer manifestação do pensamento livre, que não contenha esses dois elementos supra- citados.

A classificação da publicidade no contexto da formação das obrigações, deixa dúvidas quanto em que grupo ela estaria enquadrada: como negócio jurídico unilateral, como declaração unilateral de vontade ou como proposta.

Apesar da confusão para que haja a distinção entre declaração unilateral e o negócio jurídico unilateral, a característica da unilateralidade une seus conceitos. Porém, os negócios jurídicos unilaterais é suficiente a declaração de

---

<sup>16</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de . Boletim do Ministério da Justiça 349:115/134.

<sup>17</sup> PASQUALOTTO, Alberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1o. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.25.

vontade de uma das partes para a produção de efeitos jurídicos. Já nas declarações unilaterais, alguém obriga-se pelo só conteúdo de sua declaração.

### 3.3.1 Unilateralidade

O negócio jurídico unilateral aqueles atos negociais cujos efeitos se produzem sem necessidade da participação de ninguém além do declarante. Alguns desses atos como a renúncia, a denúncia, são auto-suficientes, denominados receptícios.

Outros são classificados como não-receptícios porque dependem de uma atuação do declaratório, além do simples conhecimento, como no testamento, a procuração.

GOMES<sup>19</sup> não concorda com a posição que afirma que as declarações unilaterais de vontade espécies de negócios jurídicos unilaterais:

*“Não configura, a bem dizer, um negócio jurídico unilateral , como os que se distinguem pelo intento específico de criar ou extinguir direito, mas sem dúvida, a declaração unilateral de vontade é emitida com a intenção do declarante de obrigar-se. Pois não seria possível atribuir eficácia vinculante a toda declaração*

---

<sup>18</sup> PASQUALOTTO, Alberto. *Op.Cit*, p.26.

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações. Op. Cit.* p. 287.

*feita com esse propósito, até porque o nascimento de uma obrigação pela simples promessa de cumpri-la, não dirigida à determinada pessoa, só é admissível em hipóteses restritas, nas quais as circunstâncias permitem ser tomadas a sério. Por isso as legislações, acompanhando o código Civil Alemão, só reconhecem eficácia às declarações unilaterais de vontade expressamente previstas em lei.”*

Para MIRANDA<sup>20</sup>, porém, auto-regramento da vontade haverá tanto para os negócios jurídicos bilaterais, como para os unilaterais, afastando a idéia de tipicidade. Existe apenas uma restrição natural das promessas unilaterais de prestação, e uma modificabilidade reticente das mesmas. Mas idêntica rigidez, verifica-se em alguns negócios bilaterais, por imposição do interesse público.

No que diz respeito à unilaterabilidade, MIRANDA<sup>21</sup> prevê várias formas de vinculação unilateral. Para que elas ocorram, é necessária uma *conditio iuris* ligando uma norma jurídica e os atos que ela prevê. Essa condicionalidade está presente nas normas penais, nas obrigações *ex delitio* e em outras situações derivadas de fato material ou ato humano, como nas promessas ao público e nos títulos ao portador. A lei regula a vinculariedade, seja para impor uma pena ou uma obrigação. À vincularidade corresponde um direito, não ainda uma pretensão. Essas situações vinculativas antes de originarem obrigações são chamadas de *preformas*, que são tuteladas em virtude da finalidade protetiva da lei. Antes de gerarem conseqüências formalmente concretas para uma pessoa,

---

<sup>20</sup> MIRANDA, Pontes de. *Apud* PASQUALOTTO, Adalberto. *Op. cit.*, p.46.

<sup>21</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. Volume 32. p.4-18.

interessam a todos, pois algo de jurídico se apresenta que pode influir na formação do direito em favor de alguém.

Adverte ainda que a unilateralidade está ligada à composição do negócio jurídico e não à eficácia. Podendo ser provisória, como acontece com as declarações que só vinculam até que sejam aceitas, não aceitas ou revogadas. Nesses casos, há negócio jurídico bilateral de oferta. Quando, ao invés, a vinculação independe de aceitação de outrem, há negócio jurídico unilateral, ato jurídico *stricto sensu* unilateral ou ato-fato jurídico unilateral.

Concluimos assim, que a publicidade é um negócio jurídico unilateral receptício, pois vincula o anunciante desde a divulgação da mensagem, mas depende da recepção do consumidor.

MARQUES<sup>22</sup> defende que a publicidade no Código de Defesa do Consumidor é uma modalidade de dever jurídico, reflexo de uma atuação voluntária (publicidade lícita) ou delituosa (publicidade abusiva ou enganosa). É ato de vontade idôneo para criar vínculos obrigacionais, com ou sem contrato, fonte de obrigação. Sendo declaração unilateral de vontade, a publicidade impõe ao fornecedor, inicialmente, deveres pré-contratuais, tais como os de lealdade, veracidade das informações, deveres de conduta segundo a boa-fé, deveres anexos de cuidado, de informação.

Com a posterior aceitação (direito formativo do consumidor), forma-se o contrato, e o fornecedor terá de prestar de acordo com a oferta publicitária,

---

<sup>22</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Op. Cit.*, p.214.

legitimando o consumidor a exigir o cumprimento da obrigação que deriva da oferta (arts. 30 e 35,I, do Código de Defesa do Consumidor).

### 3.3.2 Bilateralidade

No entanto uma linha de raciocínio encara a publicidade como uma proposta.

ALMEIDA<sup>23</sup> defende um paralelismo entre o negócio jurídico unilateral e a proposta: *“... em ambos, o declarante inquire ou provoca uma reação de outrem. Mas há uma diferença essencial no modo de incitamento do interlocutor. O negócio jurídico é uma forma de disposição unilateral, que desperta uma interação mais discreta, e é revestido de um aspecto mais definitivo, ainda que possa se submeter a uma rejeição ou uma adesão. Já a proposta é o início do diálogo de formação do contrato, ainda dependendo de uma resposta, e que só se encontra com a aceitação ou rejeição do que foi proposto.”*

Já segundo LOPES<sup>24</sup>, a oferta só se efetivaria se surgisse futuramente um aceitante, neste momento tornando-se obrigatória; ao passo que a declaração unilateral de vontade tem uma efetivação imediata, resultando exclusivamente dela, sem a necessidade de outra etapa, proporcionando ao credor a pretensão de execução da obrigação.

---

<sup>23</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Apud PASQUALOTTO, Adalberto. Op. Cit., p.50.*

O Código de Defesa do Consumidor trata proposta como oferta, mesma expressão utilizada por Pontes de Miranda, e atribui a ela, " ... a função de dar a conhecer o conteúdo do virtual negócio jurídico futuro."<sup>25</sup>

Ao analisarmos publicidade com a natureza da oferta, implica atribuir-lhe feições contratualistas, não coincidindo com a opinião daqueles que vêem na publicidade um negócio jurídico unilateral, já que os contratos enquadram-se na categoria dos negócios jurídicos bilaterais.

#### 3.4 Publicidade como fato gerador de efeitos obrigacionais

Dissociando a publicidade do conceito de negócio jurídico, ligando-a ao de fato gerador de efeitos obrigacionais. A doutrina italiana denomina de *fattispecie típica*, porém o Código Civil Italiano considera a responsabilidade do anunciante submissível em dois fundamentos: a vedação de perturbação da liberdade de exercício da autonomia negocial e a frustração da confiança objetiva.

O direito alemão propicia a mesma solução, ao aplicar o seu artigo 122, que prevê a responsabilidade por dano a cargo de terceiro que, mesmo sendo

---

<sup>24</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. 6o. edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.p.124.

estranho ao contrato, tenha influído, por infusão de confiança, na declaração de vontade.

Ao retirar-se do arcabouço dos negócios jurídicos, a publicidade é um ato que entrando mundo como um fato, ao qual não se aplicam as regras próprias do negócio jurídico, como capacidade e vontade, admitindo-se, porém, que os efeitos produzidos são os mesmos.

Aos atos-fatos foram acrescentados como fontes de igual hierarquia o contato social e os atos existenciais.

O contato social, segundo PASQUALOTTO<sup>26</sup>, *“emerge da sociologia para justificar o nascimento de direitos e obrigações quando frustam-se negociações que deveriam resultar em contrato. Apesar de essa responsabilidade situar-se fora do contrato, ela não confunde-se com a culpa extracontratual, porque esta diz respeito a deveres jurídicos supostos que não concretizaram-se subjetivamente.”*

Quanto aos atos existenciais, PASQUALOTTO<sup>27</sup>, conceitua como, *“condutas usuais que, à custa de sua repetição, se tornam típicas. Algumas a lei recolhe, outras não, mas a sociedade as vai criando espontaneamente. (...)A sociedade reconhece esses atos objetivamente, deixando de levar em conta a vontade de quem os praticou, considerando apenas o seu resultado.”*

Todas essas denominações ( ato-fato, conduta social típica, contato social, ato existencial ) referem-se ao mesmo fenômeno, apenas tratadas com maior ou menor minúcia. São infindáveis, pois são próprias da criação humana.

---

<sup>25</sup> MIRANDA, Pontes. *Op. Cit.*, p.94.

<sup>26</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. *Op. Cit.*, p.56.

Principalmente nesta sociedade a existencialidade desprende-se do conceito de essencialidade, porque a produção em massa traz consigo o consumo em massa, e obviamente o consumo além do necessário, a aquisição do supérfluo.

Por isso o direito deve tratar a publicidade como ato típico da sociedade atual, não condicionando a sua eficácia a requisitos formais ou tomando em consideração apenas sua finalidade. Os efeitos obrigacionais para o anunciante devem decorrer objetivamente do fato do anúncio, independente do seu resultado efetivo, porque a mensagem publicitária visa justamente persuadir o público alvo, muitas vezes em detrimento do seus próprios interesses, protegendo desse modo, o consentimento do consumidor antes da contratação.

### 3.5 A Verdadeira Natureza Jurídica da publicidade

Se considerarmos a publicidade apenas como oferta, o tratamento jurídico mais apropriado é o de declaração unilateral de vontade. Mas como seria classificada a publicidade que não faz oferta ?

As declarações unilaterais são emitidas com o intuito de criar obrigações, logo a presença de oferta causa o mesmo efeito na publicidade, porque a lei

---

<sup>27</sup> *Idem, Ibidem.*

obriga o anunciante. Mas o anúncio institucional<sup>28</sup> em nada obriga o anunciante, não podendo ser classificada como declaração unilateral de vontade.

Logo, tanto o anúncio institucional, como o promocional são formas de veiculação do anunciante ao seu mercado consumidor.

Como não podemos definir a natureza jurídica pelo seu efeito, a classificação da publicidade como contato social condiz com a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, que desconhece a dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual, tendo adotado a teoria da qualidade como fonte unitária da responsabilidade do fornecedor.

A teoria unitária da qualidade é a positivação do contato social como fonte primária de direitos e obrigações. A vida em sociedade apresenta uma diversidade de contatos sociais, que se refletem em diferentes níveis de concretização e intensidade dos deveres. A medida desses deveres é realizada pela sociologia dos papéis, conforme a atuação da cada um na vida de relação.

A publicidade é exemplo muito adequado dessa atuação social, as mensagens contém ofertas concretas, promessas fantasiosas ou vantagens acessórias.

---

<sup>28</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. *Op.Cit.* p.60. " Anúncios institucionais são mensagens publicitárias que identificam o anunciante com valores socialmente apreciados e só posteriormente essa nova posição no mercado resulta em benefício econômico, através da promoção direta de vendas. Já os anúncios promocionais têm ofertas em seu conteúdo, dirigidos diretamente a venda, ou seja é toda forma de veiculação de oferta.

Essa atuação social do anunciante, voltada para o incremento dos seus negócios, é fonte de deveres e obrigações. Todo o conjunto da publicidade está voltado para o mesmo fim, por isso só pode haver uma natureza jurídica.

Portanto, a categoria de declaração unilateral de vontade, nas palavras de PASQUALOTTO<sup>29</sup>, “... a categoria de declaração unilateral subsume o conceito de oferta, mas não o conceito amplo de publicidade. A publicidade não é espécie do gênero oferta, apenas é veiculadora de oferta, eventualmente. Nesses casos, cria a obrigação.” Mas isso não torna a publicidade um ato negocial, pois ela tem efeitos jurídicos mesmo quando não forma vínculos obrigacionais imediatos. Caso contrário a publicidade institucional abusiva ou enganosa ficaria sem classificação.

Portanto a publicidade descansa confortavelmente apenas na categoria do contato social, onde por inteiro é englobada, permitindo considerá-la fonte de todos os deveres e obrigações, decorrentes das mensagens veiculadas, formando obrigações, seja qual for o seu conteúdo.

---

<sup>29</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. *Op. Cit.*, p.62.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou analisar, como se apresenta hoje, alguns aspectos mais destacados da Formação das Obrigações e algumas particularidades. Começamos abordando conceitos ligados a Teoria Geral do Direito das Obrigações, para que facilitasse a compreensão do tema específico, mostrando um sucinto panorama do contexto que o engloba.

Depois disso foi levantada a questão das Fontes das Obrigações, particularizando a discussão sobre a inclusão ou não da lei como fonte de Obrigações.

Ainda no tocante às Fontes foi feito um levantamento dos pontos principais da evolução histórica a partir do Direito Romano, mostrando suas mutações até o enquadramento atual.

No tópico seguinte foram discutidas às principais Fontes de Obrigações: o negócio jurídico( bilateral e unilateral ), atos ilícitos, abusos de Direito e situações de fato.

A formação das Obrigações Civis foram colocadas a seguir, mostrando principalmente às Obrigações Contratuais, onde todas as suas fases e peculiaridades foram expostas. Também foi discutida a formação das Obrigações extracontratuais reguladas pelo Código Civil brasileiro.

Porém o assunto mais polêmico e atual foi exposto no capítulo dedicado ao Código de Defesa do Consumidor, pois partindo das colocações feitas nos capítulos anteriores, referindo-se a toda base civilista sobre a formação

obrigacional, foi possível tratar das modificações impostas ao judiciário, após a Lei 8078/90, (graças aos princípios nela positivados como o princípio da Boa-Fé e da Transparência) conseguiu-se uma formação obrigacional mais equivalente, já que as legislações anteriores ficaram defasadas e inoperantes frente a evolução da sociedade de consumo em que vivemos, proporcionando que princípios como os da liberdade contratual e da autonomia da vontade produzissem verdadeiras aberrações no que tange a equidade contratual, devido à posição antagônica de consumidores e fornecedores.

A publicidade por estar indissociada da sociedade capitalista, pois é peça estratégica do incentivo ao consumo, pois cria necessidades, gera obrigações, para o mero sustento da demanda do sistema massificado de produção. O mundo jurídico por muito tempo esteve indiferente, o que proporcionou a proliferação das publicidades abusivas e enganosas.

Assim sendo buscamos abrir a discussão para a evolução natural deste instituto, pois celebramos contratos a todo instante, e por consequência, formamos obrigações, e estas necessitam de uma reformulação no Código Civil, para que acompanhem o Código de Defesa do Consumidor, visando buscar a igualdade contratual, pois as formas de contratação existentes e reguladas pelo código civil pátrio, não mais acompanham a sociedade capitalista, onde a necessidade de nos obrigarmos, e a desigualdade em que são postas a maioria dessas situações, impedem a justiça contratual.

Portanto é urgente a necessidade de intervenção legislativa, bem como o cumprimento pelo judiciário das normas existentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENJMIN, Antônio Herman. **O conceito jurídico do consumidor**. São Paulo, RT 628/69-79, fev, 1988
- \_\_\_\_\_. *et alli*. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitán'a, 199 1.
- \_\_\_\_\_. *et alli*. **Direito do Consumidor**. São Paulo:n.9: 25-57. jan. 1994.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra publicitária\*** São Paulo: RT, 1981.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: 8.ed. v.3**. São Paulo: Saraiva 1991.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8' ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Contratos**. 3o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: 2 ed**. São Paulo: RT, 1992.
- MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14º ed. São Paulo: Saraiva,1997
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil- Direito das Obrigações**. 8.ed. v.4.São Paulo: Saraiva,1994.
- NERY JUNIOR, Nélon. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: RT, 1983.
- NORONHA, Fernando. Apostilado.Florianópolis,1998.
- PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa doconsumidor: 10 ed**. São Paulo: RT, 1997
- \_\_\_\_\_. **Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor: RT 666:48-53,abr. 1991**

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil:** 70 ed. V.3, São Paulo: Saraiva 1996.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil.** 6.ed. . Rio de Janeiro: FreitasBastos, 1988.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações,** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil- Teoria Geral das Obrigações.** São Paulo: Atlas, 1994.

