UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

BRUNO BORIS CARLOS CROCE

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: INTERPRETAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE DO PODER ECONÔMICO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

BRUNO BORIS CARLOS CROCE

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: INTERPRETAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE DO PODER ECONÔMICO

Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campus Universitário de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito Político e Econômico.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso

SÃO PAULO

2010

S229e Croce, Bruno Boris Carlos

As cláusulas abusivas e o Código de Defesa do Consumidor: interpretação como limitação do poder econômico. / Bruno Boris Carlos Croce. São Paulo, 2010.

225 p. ; 30 cm

Referências: p. 199-225

Dissertação de mestrado em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010.

1. Cláusulas abusivas. 2. Código de Defesa do Consumidor. 3. Interpretação. 4. Limitação do poder econômico. I. Título

CDD 341.201

BRUNO BORIS CARLOS CROCE

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: INTERPRETAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE DO PODER ECONÔMICO

Dissertação de Mestrado apresentado ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campus Universitário de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Fabiano Dolenc Del Masso

Professora Doutora Andrea Boari Caraciola

Professor Doutor Marcelo Gomes Sodré

Ao meu pai, grande exemplo de homem e advogado, pelo qual tenho grande admiração e que, mesmo pelas poucas palavras trocadas, sabe que o amo.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Marcelo Fortes Barbosa Filho, por ter me orientado no início de minha jornada com a paciência de um pai para com o filho, sempre educado, gentil, mesmo quando estava perdido em sua sala dentre os milhares de processos e, por fim, pela compreensão e ajuda na realização deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Alysson Leandro Mascaro, pelos ensinamentos durante todo o curso de mestrado e pelo brilhantismo nos apontamentos sobre o tema discutido, que me ajudaram a ampliar meus conhecimentos e abrir minha mente.

Ao Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso, pela tranqüilidade e clareza com que transmitia seus ensinamentos, além de ser um pacificador nos momentos em que a defesa de minha dissertação parecia impossível.

Aos meus amigos que me auxiliaram na realização deste trabalho, especial lembrança ao amigo Yuri Fernandes Lima e a todos os colaboradores do escritório Fragata e Antunes.

“É claro, irmãs e irmãos, que eu não penso que já consegui isso. Porém uma coisa eu faço: Esqueço aquilo que fica para trás e avanço para o que está na minha frente”. (Filipenses 3.13-14)

RESUMO

A questão da interpretação das cláusulas contratuais nos contratos de consumo é um problema enfrentado pelos aplicadores do direito.

Especificamente na análise e na constatação de uma cláusula contratual abusiva é relevante que o intérprete aprecie todos os elementos que estejam à sua disposição, porém, especialmente perceber desta análise o quanto há de influência do poder econômico nas relações de consumo.

Além do fato de o intérprete não poder ignorar a capacidade instrumental da cláusula geral de boa-fé no momento do estudo do instrumento contratual, a ausência da análise por parte do julgador sobre a influência do poder econômico nos contratos prejudica uma prestação jurisdicional efetiva ao caso concreto.

A limitação por parte do aplicador da lei às questões individuais e a pouca importância dada ao poder econômico como relevante força na elaboração contratual, ocasionam uma interpretação deficiente e prejudicam o controle eficaz das cláusulas abusivas.

ABSTRACT

The question of the interpretation of contractual clauses of consumption contracts is a problem faced for the applicator of Law.

Specifically on the analysis of an abusive contractual clause it is important to the interpreter to appreciate all available the elements, especially the influence of the economic power in consumer issues.

Besides the interpreter are not able to ignore the instrumental capacity of the general clause of good-faith, the absence of the analysis by the judge about the influence of the economic power in contracts harms a effective jurisdictional rendering to real case.

The limitation by the applicator of Law to the individual questions and not much relevance given to the economic power as relevant force in the contractual drafting cause deficiency on the interpretation and harm an efficient control of the abusive clauses.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO **14**

2. A AUTONOMIA DA VONTADE NO PERÍODO LIBERAL **19**

2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR **30**

3. A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO **40**

3.1 A PUBLICIDADE NA SOCIEDADE DE MASSA **43**

3.2 O DESPREPARO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DE MASSA **48**

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO DIREITO COMPARADO **51**

4.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE **51**

4.2 COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA **58**

4.2.1 Inglaterra **64**

4.2.2 Alemanha **65**

4.2.3 Portugal **67**

4.2.4 Itália **71**

4.2.5 França **72**

4.3 ARGENTINA **75**

5. CLAÚSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR **79**

5.1 PRINCÍPIOS ADOTADOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR **79**

5.1.1 Princípio da Boa-Fé Objetiva **81**

5.1.2 Princípio da Transparência - Informação **85**

5.1.3 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor **87**

5.1.4 Princípio do Equilíbrio Contratual **88**

5.1.5 Princípio da Função Social do Contrato **90**

5.2 CONCEITO DE CLÁUSULA ABUSIVA **90**

5.3 CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS **94**

5.4 MOTIVAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS **97**

5.5 CLÁUSULAS ABUSIVAS E CONTRATOS DE ADESÃO **97**

5.6 CONSTATAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS **98**

5.6.1 Critério da Boa-Fé Objetiva **99**

5.6.2 Desequilíbrio Econômico Contratual **100**

5.6.3 Abuso de Direito **102**

5.6.4 Nascimento das Cláusulas Abusivas **103**

5.7 SISTEMA ADOTADO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE AS CLÁUSULAS ABUSIVAS **103**

5.8 FORMAS DE CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS **104**

5.8.1 Controle Judicial **104**

5.8.2 Controle Administrativo **115**

5.8.3 Controle Social **119**

6. ANÁLISE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS DIVERSOS CONTRATOS DE CONSUMO 120

6.1 CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO **120**

6.2 CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA **139**

6.3 CONTRATOS DE PLANOS DE CAPITALIZAÇÃO **142**

6.3.1 O Surgimento dos Contratos de Capitalização e sua Finalidade Social **142**

6.3.2 Características do Contrato de Capitalização **144**

6.3.3 Reflexos dos Contratos de Capitalização no Mercado de Consumo **148**

6.3.3.1 Da Problemática dos Corretores de Títulos de Capitalização **149**

6.3.3.2 A Tabela de Descontos Quando do Resgate Antecipado **153**

6.4 CONTRATOS SECURITÁRIOS **156**

6.4.1 Contrato de Seguro de Vida **156**

6.4.2 Contrato de Seguro de Automóvel **158**

6.4.3 Contratos de Seguro-Saúde **161**

6.4.4 Contrato de Seguro de Aparelho Celular **164**

6.4.5 Contrato de Seguro Residencial **166**

6.5 CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*) **166**

6.6 CONTRATOS BANCÁRIOS **168**

6.6.1 Contrato de Cheque Especial **168**

6.6.2 Contrato de Empréstimo Pessoal **169**

6.6.3 Contrato de Conta Corrente **170**

6.7 CONTRATO DE CONSÓRCIO **171**

6.8 CONTRATO DE CRÉDITO CONSIGNADO **173**

6.9 CONTRATO DE TRANSPORTE **175**

6.9.1 Contrato de Transporte Aéreo **177**

6.10 CONTRATOS IMOBILIÁRIOS **179**

6.11 CONTRATO DE ESTACIONAMENTO **182**

6.12 CONTRATO DE TELEFONIA MÓVEL: CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO **183**

7. O CÓDIDO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO INSTRUMENTO LEGITIMADOR DO STATUS QUO **185**

8. A PROTEÇÃO CONTRATUAL OBJETIVA DO CONSUMIDOR **190**

9. A JUSTIÇA CONTRATUAL E A BOA-FÉ NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA DO MERCADO DE CONSUMO **193**

10. CONCLUSÃO **197**

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 199

12. ANEXO 207

1. INTRODUÇÃO

O direito é o reflexo da sociedade e, nesse sentido, a visão tradicional do direito das obrigações no século XIX refletia o período histórico em que se encontrava o liberalismo econômico. A permissividade no desenvolvimento contratual tinha como princípio a autonomia da vontade considerada como ponto fundamental do liberalismo econômico que, juntamente com o individualismo, eram aplicados quando do exame de questões contratuais concretas. E no mesmo raciocínio do quanto afirmado por Lacordaire, no sentido de que é a liberdade do indivíduo que o escraviza, o liberalismo permitiu que os abusos na esfera do direito privado se desenvolvessem sem o devido controle estatal.

A ausência do controle estatal começou a ser percebida especialmente com o surgimento da sociedade industrial, que trouxera por efeito o desenvolvimento do trabalho assalariado. A ampla liberdade privada no cerne do contrato individual de trabalho trouxe os mais variados abusos, tais como as excessivas jornadas de trabalho, exposição do trabalhador a situações de risco sem qualquer proteção, a percepção de salários vis etc., tudo em total desrespeito à dignidade do homem. E é a partir da sociedade industrial e do trabalho assalariado que se tornou possível constatar o surgimento do consumidor adquirente de bens e serviços nos padrões semelhantes aos consumidores dos séculos XX e XXI que, durante o período liberal da história, também sofreu forte influência do poder econômico. A essa prevalência do poder econômico, seguiu-se a prática das mais diversas formas de desmandos, particularmente nos negócios jurídicos privados, em que as partes mais fortes da relação, aproveitando-se dessa posição, impunham às demais, obrigações ofensivamente desvantajosas.

O progresso tecnológico, juntamente com o expressivo aumento populacional, conduziu a sociedade a um diferente nível de relações entre privados. A produção gerada carecia ser despejada no novo mercado[1] de um modo simples e eficiente, adaptado à nova realidade social. Nascia, então, a sociedade de consumo em

---

[1] Deve-se entender o mercado em seu sentido amplo, como o local em que a atividade comercial de compra e venda de bens e serviços é realizada. BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1990. p. 970.

massa e para dar vazão aos produtos e serviços no mercado de consumo massificado os métodos de negociação sofreram relevantes transformações. Os contratos que eram celebrados individualmente renderam-se aos instrumentos padronizados com cláusulas previamente estabelecidas pelo idealizador do contrato, o que simplificou e agilizou as negociações. Era a linha de produção da indústria levada ao universo dos contratos. A padronização trouxe resultados positivos no que tange a um maior e melhor trânsito de bens e capital, com conseqüentes efeitos na sociedade. Esses contratos foram adaptados para atender à sociedade de consumo de massa, uma sociedade em que a ausência das relações contratuais pessoais, cumulada com um imensurável número de contratos-padrão, originou o consumidor contemporâneo, individual ou coletivamente considerado.

O lado negativo da padronização contratual tem origem direta nos problemas decorrentes das cláusulas elaboradas unilateralmente, pois, em que pese a importância social e econômica dos contratos massificados, o simples fato do fornecedor promitente redigir suas previsões contratuais da forma que lhe traga maior proveito, permitiu à parte menos vulnerável da relação a verdadeira demarcação das fronteiras contratuais. E foi essa prática da redação unilateral do contrato que permitiu a introdução de elementos que afrontavam, e afrontam, os desígnios da boa-fé e da lealdade contratual.

Introduzido no mercado de consumo o instrumento padronizado, a impossibilidade do destinatário final de discutir ou até mesmo analisar tecnicamente os termos das obrigações que está por assumir, tanto por questões ligadas à vida cotidiana em que a falta de tempo é um preceito padrão, como pela deficiência técnica inerente ao cidadão comum, transforma o consumidor em um mero espectador das mais variadas técnicas utilizadas nas relações de consumo. Como existem técnicas de produção, que fazem com que um produto seja produzido com determinada qualidade, existem técnicas de consumo, criadas como objetivo de escoar produtos e/ou serviços no mercado de consumo. O *marketing* é uma técnica de consumo focada na distribuição de produtos e/ou serviços no mercado de consumo, sendo a mais relevante de suas espécies, a publicidade, que será abordada neste trabalho, onde haverá um maior detalhamento dessas técnicas de consumo.

A conclamada faculdade de o consumidor decidir pela aquisição ou não de um bem de consumo pode-se revelar falsa, porque técnicas de consumo podem criar um sentimento de necessidade no consumidor, sem que haja tal necessidade, efetivamente. A publicidade como técnica de consumo tem grande responsabilidade na criação de desejos até então inexistentes no indivíduo, sendo, também, um importante instrumento à disposição do poder econômico. É justamente a técnica utilizada para introduzir previsões proveitosas somente a uma das partes da relação contratual que pode originar o desequilíbrio do acordo. A viabilidade de usar termos contratuais com o escopo de resguardar vantagens unilaterais que afetam a harmonia do pacto é que faz surgirem as *cláusulas abusivas*.

A partir do abuso da posição econômica de um dos contratantes, corolário da doutrina liberal, o Estado iniciou um gradativo processo de maior participação nas relações privadas no intuito de regulá-las. Reconheceu que a igualdade formal já não poderia atender aos anseios do próprio mercado, pois existia uma realidade não amparada pela legislação correspondente. Como decorrência, o surgimento das leis protecionistas do consumidor reproduziu uma teoria em desenvolvimento na jurisprudência de releitura do princípio da autonomia da vontade, mitigando seu vigor na existência dos fatos. A autonomia da vontade do consumidor é limitada, quando não viciada, por técnicas de consumo em que se supõe haver liberdade de escolha, e é por esse motivo que a análise das relações de consumo deve considerar se há justo equilíbrio e se nenhum direito está sendo aviltado. A partir dessa nova compreensão do princípio da autonomia da vontade é que o contrato de consumo, como verdadeiro reflexo do dinamismo social, deve ser interpretado. A função social do contrato tornou-se obrigação legal, um paradigma na exegese contratual, com o advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002. Destarte, além da função social do contrato, que deve integrar o estudo do pacto a fim de detectar cláusulas abusivas, vários aspectos, inclusive os decorrentes de seu nascimento e seu papel no mercado, devem ser estudados, com o objetivo de adaptá-lo de forma a salvaguardar o equilíbrio entre as partes e a justeza do acordo.

A importância do tema, independentemente das muitas obras a respeito, ainda é de relevância, eis que o desenvolvimento de novas práticas de consumo obriga o operador do direito a alterar constantemente sua posição, como um verdadeiro avaliador dessas novas técnicas que se aperfeiçoam diuturnamente. Ainda mais

quando as cláusulas abusivas estão inseridas num ambiente de aparente legalidade (o instrumento contratual), frente à qual, as cláusulas abusivas são consideradas como um grave problema nas relações de consumo.

Mesmo considerando os avanços decorrentes de uma política pública mais agressiva na regulação do mercado de consumo e de legislações específicas que acabam por tentar limitar o poder do grande capital, como a Lei n. 8.884/94, ainda há, por parte do aplicador da lei, uma grande dificuldade na avaliação das cláusulas contratuais decorrentes das relações de consumo. Portanto, não basta ter a Lei, há que se aplicá-la com eficácia. E muito da interpretação limitada dos contratos decorre do fato de o intérprete não enxergar o contrato como um efetivo instrumento de desenvolvimento econômico (mesmo que alguns contratos tenham características perversas, que extrapolem a razoabilidade do que se entende por "desenvolvimento econômico"), embora exista previsão legal nesse sentido, qual seja, aquela inscrita no artigo 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se, ainda, como exemplo, a ausência de análise do intérprete sobre a influência do poder econômico nos contratos, limitando-se às questões individuais e ignorando a interferência do poder econômico na elaboração das cláusulas contratuais desde sua validação pelos órgãos governamentais, quando o contrato for regulado, até sua inserção no mercado de consumo. Essa deficiência na interpretação das cláusulas contratuais gera, por conseqüência, uma conclusão que muitas vezes não espelha a realidade de equilíbrio objetivada pelo legislador e buscada pelos agentes diretos das relações de consumo (consumidor e fornecedor).

Questiona-se qual seria o método correto, ou mais adequado, já que as técnicas de interpretação aperfeiçoam-se no decorrer do tempo, para a análise de um contrato de consumo, especialmente os *de adesão*, que limitam quase de modo total, senão totalmente, a possibilidade de manifestação do consumidor. Isso sem desconsiderar que não apenas na espécie dos contratos de adesão que é possível encontrar cláusulas abusivas, nos contratos paritários elas também podem ser encontradas, mas pela própria natureza do contrato adesivo que limita a manifestação do consumidor (aderente), a sua incidência é manifestamente superior.

Serão também analisados os tipos mais comuns dos contratos de consumo com o objetivo de debater suas peculiaridades, sempre levando em consideração o posicionamento jurisprudencial sobre seus efeitos no mercado de consumo.

Ainda, serão estudadas algumas características do poder econômico e do Código de Defesa do Consumidor como atores que se complementam no palco do universo capitalista, sendo necessários à manutenção do sistema, sem que o objetivo primário seja a proteção e a defesa do consumidor e trazendo à interpretação contratual os aspectos do regime capitalista, retorna-se à problemática de qual seria o método mais próximo do ideal para que, constatado o vício no contrato, ocorra sua respectiva correção, mas de forma a proteger, eficazmente, o consumidor, reequilibrando a relação.

2. A AUTONOMIA DA VONTADE NO PERÍODO LIBERAL

A visão tradicional da autonomia da vontade nos contratos tem como base a pura liberdade dos contratantes com o fim de criar obrigações e direitos recíprocos, obrigações provenientes de um negócio jurídico que expressa a vontade das partes. Obrigações contraídas intencionalmente pelas partes, dentro de sua autonomia privada.[2]

Washington de Barros Monteiro explana que a autonomia da vontade é um dos princípios fundamentais do direito contratual em que "têm os contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, fazendo assim do contrato verdadeira norma jurídica, já que o mesmo faz lei entre as partes".[3] É a liberdade das partes de chegarem a um consenso mediante declarações de vontade que, Roberto de Ruggiero afirma gerarem uma nova e unitária vontade, a chamada *vontade contratual*, que vincula as partes, ou seja, é o consenso como elemento essencial do contrato:

> "...é o encontro de duas declarações de vontade, que partindo de dois sujeitos diversos se dirigem a um fim comum, fundindo-se. Destinadas, no contrato obrigatório, uma a prometer e a outra a aceitar, dão lugar a uma nova e única vontade, a chamada vontade contratual, que é o resultado e não a soma das vontades singulares e constitui por isso uma entidade nova, capaz de produzir o efeito jurídico desejado e subtraída para sempre à livre disponibilidade de uma só das partes, donde resulta a irrevogabilidade do contrato".[4]

A liberdade dos indivíduos de estipular uma relação deve, obviamente, respeitar o interesse público e conseqüentemente, não violar a lei. Nesse sentido, Silvio Rodrigues define que a autonomia da vontade como um dos princípios do direito contratual, "consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem

---

[2] GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 42-43.
[3] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de direito civil. v. 5: Direito das obrigações.* 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9.
[4] RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil. Tradução da 6. ed. italiana. Notas do Dr. Ary dos Santos. 3. ed. rev.* São Paulo: Saraiva, 1973. v.3, p. 203.

relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam".[5]

Já Pontes de Miranda caracteriza a autonomia da vontade ou o *auto-regramento*, como a possibilidade do indivíduo, ciente de que seu ato produzirá efeitos no mundo, aceitar tais efeitos.[6] Essa autonomia da vontade como poder próprio dos indivíduos em se auto-aplicarem determinadas obrigações mediante declaração de vontade teve seu ápice no século XIX, período do liberalismo econômico, que se refletiu nas relações contratuais em razão do próprio contrato ser um relevante instrumento fomentador da circulação de bens. A Revolução Industrial produziu as mais diversas teorias econômicas, algumas apenas com a finalidade de justificar a nova ordem, nesse sentido Burns, ao indicar os principais elementos da teoria econômica defendida à época do liberalismo, menciona o da *liberdade de contrato*:

> "Cada indivíduo deve ter a faculdade de negociar o contrato mais favorável que possa obter de qualquer outro indivíduo. Em especial, a liberdade dos trabalhadores e empregadores para combinar entre si a questão do salário e das horas de trabalho não deve ser embaraçada por leis ou pelo poder coletivo dos sindicatos de trabalhadores".[7]

O contrato, em verdade, surgido no direito romano e consolidado no direito canônico, é o instrumento pelo qual a vontade humana pode gerar direitos e obrigações além de, segundo Arnoldo Wald, a importância do contrato ao sistema capitalista de acumulação de riquezas:

> "Constitui, assim, o contrato o instrumento eficaz da economia capitalista na sua primeira fase permitindo, em seguida, a estrutura das sociedades anônimas as grandes concentrações de capitais necessárias para o desenvolvimento da nossa economia em virtude do

---

[5] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.
[6] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. III, p. 39-40.
[7] BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. Porto Alegre: Globo, 1965. p. 692-694.

> progresso técnico, que exige a criação de grandes unidades financeiras, industriais e comerciais".[8]

E foi no período do liberalismo, sob o fundamento da autonomia da vontade, que os indivíduos negociavam livremente as condições do ajuste em pé de igualdade, com pouca[9] ou sem[10] a ingerência do Estado. Por certo que a igualdade mencionada é a formal, que tem como objetivo a igualdade entre os indivíduos, ignoradas as diferenças econômicas e sociais de cada um. Nesta igualdade jurídica que se apoiava a liberdade de contratar, a autonomia da vontade do indivíduo de dispor de direitos da maneira que entender correta e, por ter contratado porque quis, deve submeter-se à força obrigatória do contrato. A pouca ou total ingerência do Estado pode ser exemplificada no caso americano em que demonstra no século XIX a ausência de interferência do Judiciário em determinações do Legislativo, sendo este outro efeito do liberalismo. Carlos Roberto de Siqueira Castro menciona os *Slaughter-House Cases*, de 1873, em que demonstra essa ausência de interferência entre poderes e, na mesma obra, transcreve trecho do acórdão *Munn v. Illinois*, que demonstra o quão distante estava o controle estatal da razoabilidade das leis no período liberal: "we know that this is a Power may be abused, but that is no argument against its existence. For protection against abuses by legislatures the people must resort to the polls".[11]

O impacto das relações contratuais na sociedade do período liberal atingiu um patamar elevado, no qual a interpretação absoluta de alguns princípios, como o da liberdade de contratar e o da obrigação decorrente do ajuste, levaria muitas vezes o indivíduo a uma posição de subserviência em relação à outra parte, mas que deveria ser respeitada a qualquer custo, sob a égide do princípio *pacta sunt servanda*. Nelson Nery Júnior afirma que o forte liberalismo do século XIX determinou a doutrina contratual baseada na autonomia privada, "fazendo do contrato o mais importante e relevante dos negócios jurídicos celebrados entre pessoas". E o princípio do *pacta sunt servanda*, "foi levado às suas conseqüências máximas, nada

---

[8] WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos.* 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 183-184.
[9] WALD, Arnoldo, op. cit., p. 185.
[10] NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.
[11] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 49-51.

obstante poder significar, em alguns casos, descompasso entre o conteúdo do contrato e a realidade fática e circunstancial que envolve a relação jurídica entre os contratantes".[12] A análise dos contratos pelo Judiciário, aplicando rigidamente o princípio da autonomia da vontade, reforçava a liberdade dos particulares para contratar, fruto de uma teoria contratual fundada na autonomia da vontade.[13] Cristiano Heineck Schimitt referindo-se a Sílvio Neves Baptista afirma:

> "Até o início do século XX, com o final da *belle époque*, as causas ensejadoras de revisão contratual versavam unicamente sobre requisitos formais do acordo, e não sobre o conteúdo do mesmo, podendo-se incluir também como limites à eficácia vinculante da liberdade negocial a ordem pública e os bons costumes".[14]

O valor atribuído à vontade na relação contratual do período liberal pode ser depreendido dos seguintes dizeres de Claúdia Lima Marques, segundo os quais a vontade era tida "como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual".[15] Percebe-se, portanto, a ausência do controle estatal nos contratos privados celebrados no período liberal; assim, mesmo podendo haver diferenças fáticas entre os contratantes ou a questão macroeconômica que poderia dar diversas interpretações ao contrato e prejudicar demasiadamente um dos contratantes, o Estado apenas atuava como ferramenta de convalidação e cumprimento do avençado, ignorando questões que afetariam o contrato sob o fundamento de maior liberdade no âmbito jurídico privado. É certo que a história desmente, parcialmente, a omissão do Estado na defesa dos interesses e direitos da parte preterida na relação contratual, especialmente pela participação interpretativa dos operadores do direito nas lides judiciais que sinalizaram novos rumos no que se refere à interpretação dos contratos e seus efeitos sociais, mas até então, a época era a do voluntarismo, na qual a vontade do indivíduo é a essência do universo, e o Direito é

---

[12] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 500.
[13] Cf. BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59.
[14] SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 43.
[15] MARQUES, Cláudia 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. p. 51.

o sistema legal que tem como objetivo proteger a vontade externada pelos contratantes com um objetivo comum, qual seja, a realização completa do negócio jurídico[16] acordado.

Cláudia Lima Marques resume muito bem a legitimação dada ao liberalismo pelo sistema jurídico vigente à época:

> "A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias, assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes. Na concepção clássica, portanto, as regras referentes aos contratos deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual".[17]

A doutrina liberal burguesa não tinha interesse na atuação do Estado como regulador ou interventor das relações privadas, mas tão-somente como garantidor de suas atividades. A limitação do Estado permitiria o desenvolvimento capitalista, sem nenhuma das restrições existentes no período absolutista da história. Essa ausência de interferência e limitação nas relações contratuais por parte do Estado, ou ineficácia, por conseqüência lógica, fez com que houvesse uma evolução nas contratações entre particulares, mas não exatamente no sentido da eqüidade dessas relações. Cláudia Lima Marques menciona a presunção de eqüidade nos contratos celebrados sob o argumento da liberdade contratual: "Acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural eqüidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e eqüitativo por sua própria natureza".[18] Trata-se da eqüidade no sentido *lato*, em que o direito liga-se à idéia de justiça ideal e não a eqüidade no sentido mais restrito, ou seja, quando de sua aplicação na análise concreta do instrumento contratual e suas cláusulas, averiguando a aplicação da justiça no caso concreto, pautando-se,

---

[16] Sobre negócio jurídico, ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.
[17] MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 52.
[18] MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 59).

sempre, pela integração com os textos legais, especialmente quando estes são omissos sobre solução clara a ser dada ao caso, e não um papel em branco para que o Judiciário possa definir o direito, embora a ambigüidade do termo, deve-se considerá-lo como a tentativa, o processo de interpretação e integração da norma com eficiência e eficácia, evitando-se a criação de novos dispositivos legais. A aplicação às lides de consumo está autorizada pelo artigo 7º, do Código de Defesa do Consumidor, além de indicar os princípios gerais do direito, a analogia e os costumes como fontes do direito das relações de consumo.[19] Mesmo havendo diferenças relevantes entre os contratantes, como o Estado não participava diretamente desses ajustes e protegia apenas o resultado contratual, essa segurança garantida pela *omissão* estatal permitiu à parte contratual mais forte, o detentor do poder econômico, a possibilidade de submeter sua vontade à outra. A proteção do resultado contratual por parte do Estado protegia, via de regra, os efeitos do adimplemento ou inadimplemento contratual, sem adentrar no conceito, no âmago do acordo, que poderia ter sido celebrado sobre vigas corroídas pela nulidade contratual, portanto, a autonomia da vontade transmitia o conceito de ausência de vícios formais em sua teoria, mas no mundo real, faticamente, ela os possuía, e, com a não intervenção do Estado para manter o equilíbrio das relações contratuais entre as partes, os abusos começaram a proliferar.

A mera suposição de que o indivíduo poderia decidir livremente sobre suas escolhas, ignorando questões econômicas e sociais quando do momento da contratação, sob o pilar absoluto da igualdade formal, criou problemas nas relações contratuais privadas que apenas seriam resolvidos ou mitigados com a efetiva intervenção estatal nessas relações. E não poderia ser diferente, pois o poder econômico dominante tinha, e ainda tem, à sua disposição um instrumento de validade formal das suas atividades, mesmo que concretamente houvesse uma superioridade inestimável em relação ao contratante oposto ou até mesmo ao próprio Estado. A atuação limitada do Estado no período liberal ocorria desde a ausência de deliberação sobre a criação de leis que contrariassem o liberalismo contratual, até a própria *omissão* do Poder Judiciário sob a máxima do *pacta sunt servanda* e da disponibilidade privada. E assim, em certos *leading cases* houve a

---

[19] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 184-192.

clara ausência de interferência do Estado, mediante o Judiciário, na questão do controle judicial sobre a legislação econômica; o caso *Lochner v. New York* (1905), demonstra a influência da doutrina liberal norte-americana nos contratos. Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou a aplicação de legislação trabalhista do Estado de Nova York, que limitava a carga horária dos trabalhadores de padaria em 60 horas semanais, por considerar que "a faculdade de contratar as condições de trabalho entre empregado e empregador configura uma liberdade individual protegida pela 14ª Emenda da Constituição Federal".[20] Verifica-se o abuso gerado pela ausência de controle estatal se considerada a evolução do direito do trabalho como instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana, com forte apelo social, como ocorre com o direito do consumidor.

Fato era que a dogmática da autonomia da vontade defendia a plena liberdade contratual pela qual seria possível desenvolver a economia da sociedade e que pudesse dela usufruir, criando a figura da *livre concorrência*[21], que apenas seria complementada com o *pacta sunt servanda*. De um lado o indivíduo tem a mais pura liberdade de contratar, e de outro lado, deve assumir com o que foi livre e consensualmente acordado. E o consenso nada mais é do que a vontade de contratar, vontade que valida o contrato na ótica tradicional e torna a liberdade necessária para que o indivíduo manifeste livremente sua *preponderante* vontade.[22] A vontade, reconhecida como fonte primordial da relação contratual que deve ser respeitada pelo Estado, nesse aspecto pode ser considerada superior ao prescrito na lei, conclusão citada por Cláudia Lima Marques que merece transcrição:

> "Se, para a concepção clássica de contrato, a vontade é o elemento essencial, a fonte, a legitimação da relação contratual; se, como vimos, até mesmo a sociedade politicamente organizada tem sua fonte em um contrato social; se o homem é livre para manifestar a sua vontade e para aceitar somente as obrigações que sua vontade cria; fica claro que, por trás da teoria da autonomia da vontade, está a idéia de superioridade da vontade sobre

[20] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 64-65.
[21] MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 61.
[22] MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. 62

> a lei. O direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora".[23]

Essa vontade soberana das partes que estão obrigadas por um contrato é, portanto, validada pelo direito como se lei fosse, e até superior à lei em alguns momentos, ignorando a realidade contratual, ou seja, o que as partes efetivamente desejavam obter ao celebrar o pacto. É certo, porém, que determinados acontecimentos que pudessem gerar as excludentes de caso fortuito e força maior, afetariam a solidez do contrato independentemente da vontade da partes não estar viciada, como também, a possibilidade das próprias partes realizarem outro acordo de vontade.[24] Mas a vontade real era secundária sob o julgo do formalismo contratual. E, sendo a autonomia da vontade a fundação das relações contratuais no período, apenas a vontade externada de forma livre e consciente, ou seja, a vontade não manifestada por coação, que terá validade no direito.[25] Desse modo, se houver algum vício no consentimento das partes, o negócio jurídico poderá ser anulado.

A teoria dos vícios de consentimento ainda hoje tem previsão nos diplomas legais, como o Código Civil de 2002[26], e sua importância é reconhecida quando permite que o magistrado reconheça *ex officio* as nulidades, mas, em relação ao vício de vontade, deve aguardar a provocação dos interessados, respeitados os critérios legais, como a prescrição.[27] No que se refere à prescrição, relevante tecer algumas linhas sobre a possibilidade do magistrado declará-la *ex officio*. O § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, com a redação atribuída pela Lei n. 11.280/2006 alterou a outrora impossibilidade de se reconhecer de ofício a prescrição, pois embora o direito de ação estivesse prescrito, eventual demandante poderia propor a ação e o demandado renunciar ao seu direito de prescrição para, ocasionalmente, ter a seu favor uma sentença de mérito plena. Se existe a possibilidade de renúncia da prescrição por parte do interessado, não cabe ao magistrado adentrar nesse direito disponível da parte, ainda que autorizado, agora, por lei, a bem da verdade, lei processual que por via oblíqua alterou conceito de direito material, sem coerência sistêmica. Essa possível ingerência do magistrado

---

[23] Ibidem, p. 62.
[24] Cf. WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos.* 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 189.
[25] MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 63.
[26] Artigos 138 a 165 do Código Civil de 2002.
[27] MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 63.

em âmbito privado se hoje validada pelo legislador, deve ser aplicada com prudência, como há casos em que a atuação de ofício do juiz, ainda que permitida expressamente no texto legal, também deve ser criteriosa, fundamentada e por exceção, sem violar o contraditório da parte, conforme será tratado.

Existindo no mundo jurídico a vontade do indivíduo livre de vícios, encontra-se o indivíduo plenamente obrigado ao adimplemento do acordado sob a égide do *pacta sunt servanda*, reconhecido pelo direito de forma praticamente inalterável, ressalvados os casos de constatação de lesão e da cláusula *rebus sic stantibus*.[28] E não demorou muito para que a sociedade começasse a sentir os reflexos dessa política liberal, seja no esmagamento da classe trabalhadora, seja no aumento cada vez maior da diferença entre as classes sociais, que acabaram por gerar conflitos sociais, exigindo a intervenção estatal. Nelson Nery Júnior menciona como fatores históricos incentivadores da intervenção estatal e decadência da doutrina estritamente liberal:

> "Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a situação sociopolítica das sociedades européias até então estáveis se modificou, de sorte que a realidade impôs a adoção de regras que atendessem às necessidades oriundas da guerra, bem como produzissem a sociedade do pós-guerra de volta às tão esperadas estabilidade e paz social. E é nesses períodos de grande comoção econômica, aliada às vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do 'dirigismo contratual', como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar".[29]

Comprovado estava que o poder econômico tinha meios para tirar proveito da *omissão* estatal nas relações privadas e que a igualdade formal, que havia sido um avanço jurídico se comparado com o período absolutista, precisava ser aperfeiçoada. Estava claro que o sistema jurídico precisava adaptar-se à nova

---

[28] Orlando Gomes trata da lesão nos contratos como motivo de rescisão (GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 74, 188).
[29] GRINOVER, Ada Pellegrini et al., op. cit., p. 500.

realidade social, obrigando uma maior intervenção do Estado nas relações contratuais e ferindo a doutrina do liberalismo econômico, caracterizando, a partir de então, um maior dirigismo contratual. É correto, porém, dizer, que a maior intervenção do Estado tem como escopo a manutenção da ordem econômica e de seus princípios. Em relação à Constituição Federal de 1988, Alexandre de Moraes afirma:

> "Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica...".[30]

A participação do Estado nas relações contratuais privadas - dirigismo contratual - não significa o total controle das relações privadas pela entidade estatal, mas limitações pontuais ou previsões padronizadas que devem ser respeitadas. Essa intervenção estatal nos contratos pode ocorrer por modos variados, desde a regulação estatal sobre determinada área, impondo de maneira cogente o teor do contrato, ou até com a criação de órgãos reguladores que fiscalizem o setor e os acordos celebrados. As previsões legais de um contrato de trabalho podem servir como exemplo de intervenção estatal na estipulação de determinadas cláusulas. Se a Constituição Federal prevê em seu artigo 7º, inciso XVIII, que a trabalhadora tem direito a 120 (cento e vinte) dias de licença-gestante, nenhum contrato, celebrado entre empregador e empregado pode ignorar essa previsão, independentemente da vontade das partes. É certo, porém, que, se o empregador der, por livre exercício de vontade, 150 (cento e cinqüenta) dias de licença-gestante, não há impedimento, pelo fato do limite mínimo não ter sido desrespeitado. De todo o modo, há uma limitação à autonomia da vontade das partes, imposta pelo Estado, e que deve ser observada.

---

[30] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 713.

O contrato sendo uma relação social geradora de efeitos econômicos e jurídicos na sociedade *tornou-se assim um ato de participação estatal*.[31] Portanto, a doutrina liberal não tinha mais como ser mantida em seus conceitos tradicionais; mesmo nos contratos paritários, em que as partes poderiam negociar livremente os termos de seu acordo, o sistema não dava uma resposta que satisfizesse as partes, especialmente quando do desenvolvimento da sociedade de massa, que potencializou as deficiências dessa doutrina e tornou sua manutenção como *status quo* impraticável.

[31] SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 63.

2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em razão dos problemas que surgiram do liberalismo exacerbado, com uma sociedade em pleno crescimento, existia necessariamente a obrigação do Estado de regular as respectivas relações que, numericamente, especialmente com o desenvolvimento tecnológico, já eram relevantes. Uma sociedade crescente gera o aumento das relações de mercado e, conseqüentemente, o crescimento das relações contratuais que individualmente já não tinham como serem desenvolvidas nos padrões e com base nos instrumentos comerciais tradicionais. Assim, com a magnitude dessas relações, os agentes econômicos necessitavam dinamizá-las. A morosidade das relações contratuais gerava perdas financeiras e os contratantes precisaram adaptar-se a essa nova e crescente realidade, a sociedade de massa.

Com a Revolução Industrial e o surgimento da padronização de bens de consumo, ou melhor, da criação da linha de produção em série, o comerciante que celebrava mensalmente determinado número de contratos, em razão desse desenvolvimento e da modernização tecnológica foi obrigado a agilizar a compra de bens de consumo cada vez mais procurados pelos consumidores, estes em número cada vez mais crescente e com capital, gerado pelo trabalho remunerado. Há que se mencionar também a necessidade por parte do consumidor em adquirir determinados bens, seja pela necessidade real, seja pelo seu induzimento. J. M. Othon Sidou expressa bem a necessidade de consumo moderno, mesmo que por simples *status*, do consumidor:

> "Na era da cibernética, geratriz de facilitações, o comércio econômico deixou de obviar apenas as carências imediatas do indivíduo para contingenciar, à larga, seus desejos mediatos e mesmo supérfluos, impulsionados por fenômenos mais sensoriais que naturais. Adquirir deixou de ser apenas necessidade para constituir *status*".[32]

[32] SIDOU, J. M. Othon. op. cit., p. 5.

Nesse sentido, a oferta e a procura tomaram dimensões gigantescas e a conseqüência disso foi a criação de instrumentos que facilitassem, dinamizassem e ainda validassem a circulação de riquezas. O maior exemplo dessa modernização e da necessidade de adaptação do mercado foi a utilização entre comerciantes (fornecedores) e consumidores do denominado *contrato de adesão*. Esse tipo de contrato, por ser previamente elaborado por uma das partes, cabendo à outra apenas sua adesão às cláusulas nele inseridas, por certo dinamizou as relações mercantis. Não havia mais a necessidade de discussão das cláusulas contratuais, mas apenas o comportamento transmitia a idéia tácita de aceitação ou negativa do acordo. Além dos contratos de adesão, outros tipos de contratação também dinamizaram as relações de consumo, como a utilização das cláusulas gerais contratuais e os contratos celebrados no ambiente virtual, ou contratos eletrônicos.

Para Arnoldo Wald, o contrato de adesão é o resultado da estandardização do contrato, onde uma parte impõe o conteúdo do contrato à outra, deixando clara a ausência de igualdade jurídica das partes, "mas devendo um deles aderir à proposta feita pelo outro, sem que tal policitação admita qualquer aditamento, modificação ou contraproposta", afirma ainda o autor que o contrato de adesão, apesar de ser um contrato *sui generis*, se comparado ao conceito tradicional de contrato, ainda assim, não perdeu sua natureza contratual.[33] O instrumento de adesão possui a mesma redação padrão, independentemente de quem se vinculará aos termos lá expostos, permitindo com que o consumidor ganhe tempo, juntamente com a empresa fornecedora, que, além do tempo economizado e da praticidade atingida, terá mais segurança jurídica em suas relações comerciais. A segurança jurídica consiste no fato de o promitente elaborar unilateralmente seu contrato, que não será objeto de discussão, ao menos no momento da contratação.[34]

As técnicas de contratação, como o contrato de adesão, são amplamente utilizadas na sociedade, sendo a forma padrão dos consumidores celebrarem seus contratos. E não apenas às relações de consumo as modernas técnicas de contratação são aplicadas, como aos contratos entre empresas em que não há relação de consumo e, também, nos contratos de trabalho. A sociedade deu guarida ao contrato de adesão e os benefícios por ele trazidos ao mercado são inegáveis.

---

[33] WALD, Arnoldo. op. cit., p. 221. Cf. SIDOU, J. M. Othon. op. cit., p. 63-65.
[34] MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 65.

Impossível no sistema mercantil massificado imaginar que as relações contratuais possam ser realizadas de maneira individualizada. Os benefícios mais evidentes favorecem às empresas, tais como a celeridade, a segurança jurídica e a previsibilidade dos riscos, dentre outros, o que não afasta a possibilidade de o consumidor aderente ser lesionado.[35] E não poderia ser diferente, pois, sendo o contrato de adesão um instrumento de validação contratual bilateral, mas de elaboração unilateral, muito mais evidente a possibilidade do redator do contrato aproveitar-se dessa vantagem para inserir cláusulas em seu exclusivo benefício, dando-lhe excessiva segurança jurídica, ao deixar os riscos contratuais sob responsabilidade do aderente. Essa relação demonstra, com grande evidência, a vulnerabilidade do aderente nesse tipo de relação contratual, pois não há possibilidade de discutir ou externar sua real vontade negocial. Além disso, as próprias características dos novos contratos massificados, tais como a padronização e a impessoalidade, impedem a aplicação do princípio da autonomia da vontade nos moldes defendidos no liberalismo clássico. A vontade defendida no período liberal é diferente da vontade nas relações massificadas, conseqüência direta da industrialização e da automação trazidas pelo desenvolvimento tecnológico com reflexos nos contratos, e isso quando há manifestação de vontade.[36]

Mais evidente a ineficácia da igualdade formal entre os contratantes, que acabava por gerar conflitos sociais, em relação aos quais o Estado permanecia relativamente *omisso*. E como não poderia ser diferente, os reflexos sociais no âmbito econômico geraram uma pseudo-obrigação ao Estado, fazendo-o intervir nas relações com o objetivo de preservar a sobrevivência do mercado e, conseqüentemente, a sua própria, preservando o sistema em que se estrutura, no caso, o capitalismo. E para que ocorra o bom funcionamento da economia capitalista, existe a necessidade da oferta de bens e trabalho adequados, de forma que o valor das mercadorias produzidas pela classe trabalhadora seja de valor agregado superior aos bens por eles consumidos. Um método de chegar nesse bom funcionamento do sistema foi a adoção de salários baixos, que obrigava a classe trabalhadora acumular uma quantidade de horas de trabalho excessiva para que pudesse participar das relações de consumo, contudo, com a implementação de

[35] Idem, p. 70.
[36] Sobre automação e contratos de massa, cf. WALD, Arnoldo, op. cit., p. 223.

novas técnicas de produção, houve um aumento na produção de bens, com necessidade de aquisição pelo mercado; a partir de então, essa classe trabalhadora teve de, efetivamente, ser trazida para o mercado de consumo, pois o excesso de bens à disposição do mercado, sem a correspondente absorção, certamente gera uma crise no sistema capitalista. Sobre essas crises do capitalismo, originárias de "falhas do mercado", John Maynard Keynes, em sua obra *A teoria geral do emprego, dos juros e da moeda*, apontou os fatores que impõem a necessidade de mudanças na dinâmica do *laissez-faire* nas relações econômicas, para que o sistema capitalista seja preservado. No pensamento de Keynes, cabia ao Estado intervir na economia a fim de regulá-la, e as "falhas do mercado" no século XX, reforçaram sua posição.[37]

Logo, a omissão do Estado defendida pelos liberais teve seu início de declínio com o objetivo de tentar atingir a igualdade real e reduzir as diferenças sociais dos indivíduos. O fim almejado pela justiça social apenas seria possível com a participação estatal, não absolutista, mas reguladora, preservando um piso mínimo de direitos que, garantisse uma equivalência real mínima entre os contratantes. O Estado ressurgiu como instrumento de distribuição social e de contenção do poder econômico que se beneficiava de maneira abusiva até aquele momento de sua pouca participação, ou melhor, dos problemas originários no capitalismo liberal, como a concentração e ausência de concorrência. Tais problemas obrigaram o Estado a assumir nova função no mercado, dando um semblante mais social às relações de mercado, embora não fosse seu objetivo mais relevante, embora mais aparente.[38] O escopo social das contratações iniciava sua caminhada. Não se procura defender a existência de um capitalismo social que como já mencionado por Eros Roberto Grau, "*não resiste nem mesmo à contradição dos vocábulos que integram a expressão que a designa*", mas sim o pensamento de que os contratos, por diversos motivos – inclusive econômicos – começaram a ser interpretados observando a realidade do indivíduo, seja a realidade do processo de produção, seja o processo de acumulação capitalista.[39]

---

[37] KEYNES, John. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992. p. 287.
[38] Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15-16.
[39] GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 27.

O contrato (como fenômeno social) quando gerador de conflitos sociais, remete ao Judiciário, pacificador desses conflitos, a obrigação de dar a solução adequada ao caso, e o Judiciário teve e ainda tem papel de destaque na *triagem dos termos contratuais considerados impróprios*, pois detém os meios de superar as diferenças sociais dos grupos que afetam diretamente as negociações contratuais.[40] Entretanto, relevante ressaltar que a crescente finalidade social dos contratos não significa dizer que a autonomia do indivíduo esteja suprimida, mas apenas adaptada à nova realidade social. Adaptação seguida também pelo *pacta sunt servanda* que ainda persiste nas contrações, mas com efeitos reduzidos em razão da incongruência com a finalidade social dos pactos.[41] Assim, mesmo nas relações de consumo, nas quais a contratação expressamente tem uma finalidade social, o princípio da força obrigatória dos contratos existe e deve ser respeitado, e essa é a função do aplicador da norma, qual seja, atentar aos novos paradigmas decorrentes das relações massificadas, especialmente as de consumo, delimitadas pela Lei n. 8.078/90. Contudo, a edição da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) não pode ser considerada como o primeiro diploma protetor do mercado e, conseqüentemente, dos consumidores brasileiros. Algumas leis já tratavam de alguma forma sobre o tema das relações de consumo, mesmo que não da maneira tão específica e organizada que foi exposta no Código, como, por exemplo: o Decreto n. 22.626, de 7.04.1933 (também chamada de Lei da Usura) que trata da limitação dos juros; a Lei Delegada n. 4, de 26.09.1962, que permitiu ao Estado maior intervenção no mercado, como fiscalizador e aplicador de sanções, inclusive era utilizada pela Fundação Procon de São Paulo para a aplicação das sanções administrativas a fornecedores, até a adoção das atuais portarias internas; a Lei n. 4.137, de 10.09.1962 que dispõe sobre a repressão aos abusos do poder econômico e criação do CADE – Conselho Administrativo de Direito Econômico. É certo, porém, que depois do advento do Código de Defesa do Consumidor, outras leis surgiram em decorrência direta da legislação específica do microssistema das relações de consumo, como a Lei n. 8.137, de 27.12.1990, que também trata dos crimes

---

[40] SIDOU, J. M. Othon, op. cit., p. 62.

[41] Luis Antonio Rizzatto Nunes ao tratar do princípio do *pacta sunt servanda*, demonstra interpretar sua aplicação com muito maior restrição em relação ao Código de Defesa do Consumidor. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5; 565-566).

cometidos contra às relações de consumo, além dos crimes contra à ordem tributária e econômica.

Em razão da socialização da legislação e da maior intervenção do Estado, o juiz recebeu das leis o poder de atuar ativamente na relação jurídica, analisando não apenas os aspectos formais da contratação, como também o próprio conteúdo do contrato, tudo com vistas a deixar a relação contratual eqüitativa e adaptada à nova realidade social da autonomia da vontade. A superação da interpretação individual do contrato permitiu ao intérprete uma visão mais ampla do equilíbrio entre as partes e dos reflexos sociais. Essa nova concepção social de igualdade encontrada no Código de Defesa do Consumidor dá a mesma atenção ao conteúdo do instrumento e aos seus efeitos, decorrentes não apenas da simples execução, mas também das fases pré-contratual e pós-contratual.

Questão de complexa resolução é a da definição do que seria eqüidade a fim de auxiliar o operador do direito a analisar uma cláusula contratual com fundamento em uma régua de eqüidade que sofre variações métricas no decorrer do momento histórico. Assim, a eqüidade além do valor que possui pode estar positivada em algum diploma legal, vinculada a um caso concreto. Nesse sentido, o advento do Código de Defesa do Consumidor não foge por completo dos legisladores mesopotâmicos, especialmente no que tange à proteção dos fracos frente aos poderosos, da *eqüidade* perquirida, com isso:

> "(...) la ley, presente en sus textos de *Reformas* y em sus *Corpora* jurídicos, venía a ser sinónimo de justicia y de equidad, originándose junto a aquellas intenciones nuevos contenidos conceptuales en el ámbito del Derecho y que darían lugar a nuevos vocablos, entre ellos el término sumério *di* (en acadio *dinum*) que designaba *disposición legislativa*, esto es, nada menos que la ley".[42]

Eqüidade talvez seja não só o valor intrínseco ao vocábulo, mas a manifestação de forma positivada, como o respeito às regras contratuais, respeito à

[42] PEINADO, Federico Lara; GONZÁLEZ, Federico Lara. *Los primeros códigos de la humanidad*. Madri: Tecnos, 1994. p. XII-XIII.

execução e fases, pré e pós-contratual conforme mencionado. Carlos Maximiliano afirma que a eqüidade não pode ser adotada para alterar um texto legal:

> "Não se recorre à Eqüidade senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva *clara e prevista*".[43]

E conclui então o autor:

> "...a Eqüidade que se invoca, deve ser acomodada ao sistema do Direito pátrio e regulada segundo a natureza, gravidade e importância do negócio de que se trata, as circunstâncias das pessoas e dos lugares, o estado da civilização do país, o gênio e a índole dos seus habitantes".[44]

Um exemplo disso é previsão da oferta no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, que equipara a oferta (momento pré-contratual) ao contrato assinado: "Toda a informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado".[45] No mesmo sentido, os artigos 427 e 429 do Código Civil de 2002 prevêem a vinculação da oferta, respondendo o proponente por perdas e danos se injustificadamente retirá-la[46], sendo ao mesmo tempo a diferença com o Código de Defesa do Consumidor, pois, neste diploma não há resolução da questão por perdas e danos, mas a possibilidade de o consumidor exigir o

---

[43] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 175.

[44] Idem, op. cit., p. 175.

[45] AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 175, faz a seguinte afirmação sobre a fase pré-contratual nas relações de consumo: "A fase pré-contratual pode ser decomposta, singelamente, em duas fases menores: a das negociações e a da oferta. Evidentemente, conforme o comportamento das partes, podem também surgir outras fases menores, por causa de possíveis *contratos prévios*, quer para organizar as negociações – por exemplo, estipulando quem arcará com as despesas de preparo da documentação -, quer para fixar pontos progressivamente acertados do contrato futuro. O mesmo se diga, se for feito um *contrato preliminar*, ou pré-contrato".

[46] "Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso"; "Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos".

cumprimento da oferta, nos termos que entender melhor aplicáveis ao seu caso, tudo isso, independentemente da previsão de perdas e danos do artigo 35. Relevante mencionar que o fundamento da responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor, mesmo quando essa derivar de um ato ilícito, tem como seu fundamento uma relação contratual. Há uma equiparação do contrato formal com a fase pré-contratual que na tradição civilista não se observa. Talvez essa equiparação seja a eqüidade buscada pelo legislador, mas algo que seja palpável, sem permitir interpretação sem controle do operador do direito, logo, sem violar o próprio texto legal, estando este em coerência com o sistema principiológico em que foi criado.

No Código Civil, a responsabilidade pré-contratual é interpretada como violação de um ato ilícito, pelo fato de não haver contrato celebrado entre as partes, ou seja, a responsabilidade é considerada como extracontratual, diferentemente do que ocorre no Código de Defesa do Consumidor, que equipara a responsabilidade da fase pré-contratual em contratual, ou seja, a responsabilidade ocorre como se houvesse contrato celebrado formalmente entre as partes, os efeitos são os mesmos. Não se pode ignorar doutrina que defende a responsabilidade pré-contratual em razão de um ato ilícito, como responsabilidade contratual, pela violação da regra de boa-fé.[47] Já a fase pós-contratual encontra um bom exemplo no § 1º do artigo 10 do diploma consumerista que trata do *recall*, ao obrigar o chamado do consumidor, quando após a introdução de produtos e serviços no mercado de consumo, possa provocar danos à segurança ou saúde do consumidor. Essa proteção legal dos efeitos contratuais surge da nova concepção social do contrato, "como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social".[48] É a busca pelo equilíbrio contratual nas relações de consumo que necessita do intervencionismo estatal, que, limitando as instituições de direito privado e também de direito público, visa preservar a sociedade e a dignidade dos indivíduos. E a dignidade dos indivíduos deve sempre ser observada

---

[47] Cf. DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.158; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. op. cit., p. 175.
[48] MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 211.

pelo operador do direito que, segundo Antonio Junqueria de Azevedo é uma característica intrínseca do homem que tem a capacidade de:

> "... amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor); c) com esse fundamento antropológico, a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1. respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3. respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária".[49]

Esse novo direito contratual que encontra expressão no Código de Defesa do Consumidor, fundado numa autonomia da vontade limitada, é o instrumento eficaz para o controle dos contratos abusivos, especialmente os do tipo de adesão, nos quais o consumidor não tem condições de barganhar a exclusão ou a alteração de determinadas cláusulas, sendo obrigado a cumprir um papel passivo na relação obrigacional. É a proteção do consumidor contratante/aderente que, por não ter as mesmas condições econômicas e sociais do fornecedor, não pode prescindir da proteção estatal.

As cláusulas abusivas nas relações de consumo são consideradas nulas de pleno direito, mas a interpretação aplicada às cláusulas deve levar em consideração diversos fatores de sua formação, extremamente relevantes quando houver a necessidade da integração contratual efetivada pelo Judiciário. As técnicas tradicionais na interpretação das leis podem e devem ser utilizadas quando da interpretação de uma cláusula contratual, como, por exemplo, o processo literal ou lógico, mas, existem normas específicas de hermenêutica que também devem ser observadas, derivando conforme o contrato em análise.[50] A relativização da

---

[49] AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 22. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana cf. NUNES. Luis Antonio Rizzatto, *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24-25; 123.

[50] No mesmo sentido da aplicação das técnicas tradicionais ora mencionadas, adicionando outros critérios auxiliares na interpretação dos contratos, como a *boa-fé presumida* e as *circunstâncias peculiares do caso*, ver WALD, Arnoldo, op. cit., p. 202-206.

autonomia da vontade é a possibilidade de o consumidor integrante de uma sociedade massificada ver garantido ao menos alguns dos seus direitos básicos, expectativa mínima de qualquer indivíduo e reforça essa posição o surgimento da *teoria da confiança* donde o valor atribuído à vontade declarada é maior do que na vontade interna, dando certeza à relação jurídica ao atender as expectativas do consumidor contratante.[51]

E concomitantemente aos novos limites da autonomia da vontade nas relações de consumo, apresentou-se como novo ponto de importância a questão do equilíbrio entre as prestações às quais as partes se obrigaram, a equivalência das prestações que deve estar presente nos contratos. Eis o sinalagma, que é a reciprocidade, a equivalência das obrigações decorrentes de um contrato bilateral.[52] A violação do sinalagma nos contratos pode gerar o enriquecimento sem causa de uma das partes, obrigando-a a proceder à devolução do que recebeu indevidamente, como medida de direito.[53] A preservação do sinalagma, quando desrespeitada por um dos contratantes, caberá à tutela do Poder Judiciário, que deverá operacionalizar os reais objetivos da parte lesada, independentemente de cláusula contratual que viole esse direito, sendo considerada nula pelo julgador. Essa preservação do sinalagma é a conseqüência direta do novo conceito da autonomia da vontade nos contratos, pautado no equilíbrio das partes, função social, boa-fé, dentre outros que são valores-padrão, "fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de inegável força para alcançar a solução justa do caso concreto".[54] E cabe ao Estado, mediante intervenção no cerne das relações privadas, preservar a supremacia da ordem pública, mitigando a força obrigatória dos contratos em benefício da realização do bem comum.

---

[51] MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 212-213.
[52] De Plácido e Silva define o contrato sinalagmático como "bilateral, identificando, assim, o contrato em que se estabelecem obrigações recíprocas" (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 760).
[53] O enriquecimento sem causa está positivado no Capítulo IV do Título VII do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002.
[54] MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 214.

3. A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A massificação das relações de consumo tem origem direta na industrialização, que, ligada ao crescimento demográfico, fez crescer a busca por bens de consumo, tanto de primeira necessidade como voluptuários. É certo também que o desenvolvimento tecnológico e econômico faz com que os indivíduos tenham novas necessidades de consumo que muitas vezes destoam completamente da necessidade real de cada indivíduo. Essa necessidade virtual que os fornecedores inserem no indivíduo mediante campanhas publicitárias e outros expedientes decorrentes das mais variadas práticas comerciais, torna o consumo uma obrigação social gerando números bastante elevados. Carlos Alberto Bittar, ao tratar da sociedade de consumo descreve como as empresas despertam ou mantêm o interesse dos consumidores:

> "Comandada por maciça e atraente publicidade, em especial através de mídia eletrônica, a comunicação dessas empresas e de seus produtos, ou de seus serviços, cria, freqüentemente, novos hábitos, despertando ou mantendo o interesse da coletividade, que assimila e adere às mensagens, inserindo-se ou conservando-se no elenco de seus clientes; com isso, sucessivos impulsos de compra são gerados, em todas as partes, aumentando-se o contingente consumidor da população terrestre (daí o nome de 'sociedade de consumo' que se dá à nossa época, em que a aquisição e a fruição de bens se perfazem por sugestão e em relação à idéia de *status* pessoal".[55]

E o processo de urbanização do Brasil, especialmente a partir de 1960, pode ser considerado como um grande fator no aumento do consumo no país. Segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, entre 1960 e 1970 que o número de domicílios nas áreas urbanas ultrapassou os domicílios nas áreas rurais. Se até o ano de 1960 pouco menos da metade (49%) da população brasileira situava-se em áreas consideras urbanas, de um total de 13.475.472 de domicílios

[55] BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. 6. ed. Atualização de C. B. BITTAR. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 1-2.

recenseados, em 1970, mesmo com o aumento do número de domicílios recenseado (18.086.336), o percentual de ocupação de áreas urbanas aumentou para 58%. E, no referido estudo realizado pelo IBGE no mesmo espaço de tempo, demonstra o avanço social no período, quando em 1960 61% dos domicílios brasileiros utilizavam fogão à lenha e somente 18% fogão à gás, mas em 1970 esse percentual sofre drástica mudança, fazendo com que o percentual de domicílios que utilizavam fogão à lenha caísse para 45%, mas os domicílios que tinham fogão à gás atingiu o percentual de 42%, mais do que dobrando num período de uma década.[56]

Formou-se uma sociedade para o consumo e dependente dele, com necessidades físicas e psíquicas que são criadas e supridas apenas com o consumo de determinados bens, mediante impulsos criados artificialmente pelos agentes fornecedores. Para Guy Debord, na obra *A sociedade do espetáculo*, "o consumidor real torna-se consumidor de ilusões. A mercadoria é essa ilusão efetivamente real, e o espetáculo é sua manifestação geral".[57] E não apenas no mercado de consumo as situações podem atingir aspectos puramente virtuais, a *globalização financeira* tornou a especulação financeira distante, e muito, da realidade produtiva, um dos fundamentos da atual crise originária no mercado *sub prime*, nos Estados Unidos.[58]

A vontade viciada do consumidor, isso quando é possível exercê-la, demonstra a relevância social de um controle da "sociedade de consumo". Logo, imprescindível a criação de um instrumento regulamentador dessas relações, o Código de Defesa do Consumidor, reconhecedor da debilidade do consumidor[59] em relação ao poder econômico dos fornecedores. Nessa linha de raciocínio, o gênero *marketing* pode ser considerado um grande exemplo do atual desenvolvimento da sociedade de massa, em razão da publicidade nada mais ser do que um momento da atividade empresarial, um momento contratual[60], muitas vezes influenciando de forma definitiva o consumidor na opção de adquirir um produto ou serviço ofertado. O Código de Defesa do Consumidor define o consumidor individualmente considerado

---

[56] http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtm#sub_economia; acesso em: 1 jun. 2007.
[57] DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 46.
[58] Cf. GRAU, Eros Roberto. op. cit, p. 40.
[59] BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 4.
[60] Guido Alpa, *Diritto Privado dei Consumi*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 123, *apud* Antônio Herman V. Benjamin, *O controle jurídico da publicidade.* Revista de Direito do Consumidor, n. 9, jan./mar., 1994. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, p. 28.

no *caput* do artigo 2º, mas, também adiciona à definição de consumidor, os consumidores equiparados que eventualmente sofram as conseqüências de um acidente de consumo[61], protegendo e considerando os consumidores de maneira difusa. Esse aspecto é de extrema importância quando o *marketing* é utilizado como instrumento de fomentação do mercado. Em relação à publicidade, o Código de Defesa do Consumidor expressa em seu artigo 29 a preocupação com os danos difusos ao equiparar a consumidores todas as pessoas determináveis ou não, que forem expostas às práticas comercias previstas nos Capítulos V e VI.

As técnicas de consumo adaptaram-se às novas realidades do mercado massificado. A produção e comercialização em grande escala foram fundamentais para a padronização dos instrumentos contratuais de consumo, dando origem ao contrato de adesão. A importância do contrato de adesão para as relações de consumo é tão relevante que o próprio Código de Defesa do Consumidor conceituou e regulamentou esse tipo de instrumento, ainda que genericamente, em seu artigo 54:

> "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Dessa forma, validou plenamente seu uso no mercado de consumo. Apenas optou por defini-lo, em razão dele retirar do consumidor a plenitude da autonomia da vontade[62] e pela maior possibilidade de prever cláusulas abusivas que violem o sinalagma. Não bastasse a utilização de contratos *standard*, que, embora legais sob o ponto de vista jurídico, limitam a atividade volitiva do consumidor, a concentração do poder econômico nas empresas limita ainda mais as opções do consumidor. A influência do poder econômico pode ocorrer tanto pela concentração de mercado como pela criação de cartéis que viciam a liberdade de escolha do consumidor. Essa limitação demonstra a fragilidade do consumidor em meio a todo o aparato mercadológico instituído para a criação e a produção de bens de consumo, e,

---

[61] Artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor.
[62] BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 2.

também, para a sua aquisição no mercado. Mas, ainda assim, o contrato de adesão pode ser considerado como o maior reflexo jurídico da sociedade de consumo massificada, ao permitir a contratação de um número elevado de consumidores e a agilidade peculiar à atividade empresarial moderna e dinâmica. Trata-se, guardadas as devidas proporções, da utilização da técnica de Johannes Guttemberg nos contratos massificados. Não cabe mais ao contrato adaptar-se aos indivíduos, mas sim os indivídios adaptarem-se aos seus preceitos.

Com efeito, o contrato de adesão não permite a discussão de suas cláusulas, o que já dinamiza a negociação, mas, em contrapartida, sua elaboração unilateral permite a inserção indiscriminada de cláusulas abusivas e atentatórias à boa-fé contratual objetiva. A ausência de discussão no contrato de adesão, que pode violar completamente o consentimento do consumidor, também não deve ser interpretada de maneira a levar à simples declaração de nulidade do instrumento. Para que haja tal declaração, o contrato deve ser nulo por inteiro ou a cláusula abusiva e extirpada da relação contratual, apesar dos esforços de integração, gerar um ônus excessivo a qualquer das partes, conforme prevê o artigo 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, externando de forma clara o princípio da continuidade da relação contratual. Orlando Gomes distingue os *contratos de adesão* dos *contratos por adesão*, sendo os segundos diferenciados pela ausência de algumas características existentes nos primeiros, mesmo que mitigadas nos contratos de adesão, como, por exemplo, o consentimento.[63] De qualquer modo, em ambos os casos a possibilidade de manifestação do consumidor sobre o teor contratual é mínima ou até mesmo inexistente sob o fundamento da facilidade das negociações que gera a circulação de riquezas. Portanto, os contratos de consumo *standard* com suas cláusulas previamente redigidas podem ser considerados indispensáveis na atual sociedade de relações massificadas, trazendo segurança e rapidez nas transações, o que demonstra sua importância e ao mesmo tempo o perigo a que os consumidores estão sujeitos.[64]

3.1 A PUBLICIDADE NA SOCIEDADE DE MASSA

---

[63] GOMES, Orlando, *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 112.
[64] CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consummation*. 7. ed. Dalloz, 2006. p. 189.

Genericamente, pode-se afirmar que os bens de consumo (produtos/serviços)[65] disponíveis no mercado de consumo passam por duas fases consecutivas, quais sejam, de produção/preparo da prestação e de comercialização. Antes de determinado produto ou serviço ser colocado à disposição do mercado de consumo, supõe-se que tenha havido um estudo anterior, uma preparação que define esse produto ou serviço em termos de qualidade, durabilidade, periculosidade, custo de sua produção etc. Nesse período da cadeia de consumo são aplicadas determinadas práticas de produção, com o objetivo de atingir, de modo geral, a eficiência do bem de consumo a ser comercializado. Pois bem, terminada a fase de produção ou preparo da prestação, o fornecedor necessita vender tais bens no mercado de consumo, onde certamente encontrará concorrentes que também disponibilizam bens com características semelhantes aos seus. É a partir desse momento que se inicia a fase de comercialização dos bens de consumo, de extrema importância para o mercado de consumo. Para poder colocar esses bens de consumo no mercado, de forma eficaz, existem algumas técnicas de comercialização, que são as atividades pelas quais os produtos fluem do produtor para o consumidor final.[66] As técnicas fomentadoras de consumo desses bens são as práticas comerciais, que possuem componentes de fomento direto do mercado, como o *marketing*, e de fomento indireto, como o banco de dados de consumidores. Sobre o banco de dados dos consumidores, sua importância decorre do fato de evitar a aquisição do bem pelo consumidor final que, em tese, teria dificuldade de adimplir com sua obrigação, já que sua inadimplência gera prejuízo ao fornecedor que, indubitavelmente, repassará esse ônus ao consumidor final da cadeia de consumo que cumpre com suas obrigações. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin diz que as práticas comerciais são "os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final".[67]

Das práticas comerciais, o *marketing* é a sua mais relevante modalidade, que possui diversos mecanismos de incentivo à venda, como a publicidade. Todavia,

---

[65] A utilização da expressão "bens de consumo" é utilizada no texto para abranger tanto produtos como serviços.
[66] MALANGA, Eugênio. *Publicidade: uma introdução.* São Paulo: Edima, 1987. p. 13.
[67] GRINOVER, Ada Pellegrini et al., op. cit., p. 242.

além da publicidade, existem outras técnicas de *marketing*, como as vendas em domicílio, venda casada, liquidações, pontas de estoque, envio de brindes, facilidade no crediário, dentre outras.[68]

A atenção dada à publicidade pelo Código de Defesa do Consumidor decorre de sua incrível importância no mercado de consumo atual, criando no indivíduo necessidades que, conforme já dissemos, sem a técnica publicitária, talvez não existissem. Vance Packard ao tratar da manipulação do indivíduo, seja como consumidor ou como cidadão sintetiza de forma precisa a complexidade do tema:

> "Trata-se da maneira como muitos de nós estamos sendo influenciados e manipulados – muito além do que percebemos – nos padrões de nossa vida cotidiana. Estão sendo feitos, com êxito impressionante, esforços em ampla escala para canalizar nossos hábitos irrefletidos, nossas decisões de compra e nossos processos de pensamento com o emprego de conhecimentos buscados entre outros, na psiquiatria e nas ciências sociais. Tipicamente, esses esforços se verificam abaixo do nosso nível de consciência, de tal modo que os apelos que nos influenciam são muitas vezes, em certo sentido, 'ocultos'".[69]

Essa manipulação não pode ser encarada como simples prática comercial, porque os agentes persuasores são profissionais que trabalham com as mentes humanas e, ainda, estão recebendo auxílio e orientação de respeitados cientistas sociais. Esses profissionais da manipulação estão abrindo caminhos do conhecimento humano para a venda de idéias e bens de consumo dos mais diversos, em detalhamento antes nunca visto como, por exemplo, no Brasil, até os partidos políticos passaram a encarar as eleições como uma questão de venda, ao falarem sobre os seus candidatos como produtos a vender, sugerindo modos comportamentais: roupas, atitudes etc., praticamente omitindo um eventual plano de governo. Outro exemplo típico mencionado pelos manuais de propaganda[70], fato que

---

[68] Idem, p. 247.
[69] PACKARD, Vance. *Nova técnica de convencer*. 1. ed. São Paulo: Ibrasa, 1965, p. 1.
[70] Utiliza-se o termo "propaganda" como sinônimo de "publicidade", sem fazer a clássica distinção de que a primeira refere-se à tramissão de idéias, enquanto que a segunda, refere-se à comercialização de bens de de consumo.

os homens de publicidade sempre comentam é acerca das mulheres via de regra questionarem o preço dos sabonetes, apesar de pagarem, praticamente sem resistência, 50 vezes mais por um creme. A explicação segundo eles é que o sabonete apenas limpa, enquanto o creme promete torná-las belas. Por essas razões, os profissionais da manipulação juntamente com relevantes aportes financeiros dos fornecedores conseguem muitas vezes "domesticar" o mercado de consumo se que haja tal percepção por parte dos indivíduos. O perigo decorre não apenas de que essas práticas comerciais se apresentam fora do nível de consciência do consumidor, ou seja, "ocultos", mas até mesmo "clandestinos" ou ambos.

Em recente trabalho que melhor trata desse assunto, afirma Fabiano Dolenc Del Masso sobre a atividade publicitária como instrumento de conquista de mercado:

> "A atividade publicitária nada mais representa do que o intento do empresário de conquistar o mercado de consumo; para tanto utiliza estratégias de marketing, cujo principal instrumento é a publicidade. O marketing representa a maneira mais eficiente de criação de necessidades humanas. Assim a competição empresarial exige dos ofertantes de produtos e serviços a utilização de instrumentos lícitos de concorrência. A publicidade faz parte de tais instrumentos".[71]

Mas como afirma o autor, é necessário que haja um controle, limites às práticas comerciais abusivas por parte do poder econômico que além de poder violar o direito de um concorrente trará prejuízos ao mercado de consumo e seus indivíduos, os consumidores. Nesse sentido conclui o autor:

> "Em primeiro plano, a publicidade ilícita pode ser uma prática de deslealdade concorrencial, tendo como sujeito passivo o concorrente do empresário que divulga anúncios ilícitos. Em segundo plano, os consumidores destinatários das mensagens veiculadas na mídia e, de forma geral, toda a sociedade, em razão da influência

[71] MASSO, Fabiano Del. Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 116.

> que pode exercer a publicidade na criação de valores, preconceitos etc. Este último aspecto envolve outras disposições constitucionais que não apenas a proteção da concorrência e do consumidor, mas também valores culturais, a infância e a juventude, a dignidade humana, a família e, principalmente, a liberdade. Conclui-se, pois, que o direito à comunicação é garantido constitucionalmente ao empresário na prática publicitária; mesmo assim, tal direito será limitado em razão da tutela de outros bens jurídicos mais importantes do que a liberdade de comunicação.[72]

Cabe não apenas ao consumidor, mas aos órgãos públicos e privados de defesa dos consumidores, envidarem esforços a fim de fiscalizar o mercado como forma de evitar não só o abuso publicitário consciente, ou até mesmo oculto, mas também a prática comercial publicitária clandestina que demonstra a dificuldade de controle e a influência do poder econômico no mercado de consumo. Sobre a publicidade clandestina menciona referido autor que:

> "a clandestinidade é representada como uma intenção do emissor de trabalhar com as mensagens, escondendo-lhes alguns significados, para melhor persuadir o receptor, que adotará a conduta sugerida. Entretanto, tal conduta é reprimida tanto eticamente, de modo a não iludir o destinatário, como pelos princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor, seja como publicidade simulada, seja como publicidade enganosa".[73]

Essa complexidade da publicidade no mercado de consumo obrigou por diversas vezes o Judiciário ao apreciar questões envolvendo essa técnica de comercialização, extenuar os princípios de proteção ao consumidor a fim de dar resguardo às mais variadas técnicas que não são acompanhadas a tempo pelo legislador.[74] A publicidade, entendida como fase pré-contratual da relação de consumo, muitas vezes é o fator de decisão do consumidor e é por isso que há

---

[72] Idem, op. cit., p. 116.
[73] Ibidem, p. 141.
[74] Nesse sentido, SIDOU, J. M. Othon, op. cit., p. 44.

previsão de vinculação da oferta para a publicidade suficientemente precisa no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor. Tanta preocupação tem razão de ser, pois existem métodos de publicidade subliminar que, apesar de ilegais, ainda são utilizados pelos fornecedores, o que pode viciar a vontade do consumidor conforme demonstrado, no momento da contratação, reforçando, novamente a importância da publicidade no universo dos contratos de consumo. Atento às práticas comerciais que podem e muitas vezes vinculam a cognição do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor determina que a publicidade deve ser clara a ponto de o consumidor, *fácil* e *imediatamente*, possa identificá-la (artigo 36). Desse modo, a publicidade subliminar como o *merchandising*, são proibidos no ordenamento jurídico brasileiro, devendo o consumidor ter ciência de que a publicidade oferta um bem de consumo sem que haja artifícios em sua veiculação, desse modo, por conseqüência, repelindo, também a publicidade clandestina.[75] Perceptíveis essas práticas comerciais ilícitas por parte do intérprete contratual, é certo que poderão ser utilizadas como fundamento para uma eventual revisão ou rescisão contratual, se por tais práticas o consumidor celebrou acordo que não se vincularia em condições normais de contratação.

3.2 O DESPREPARO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DE MASSA

A massificação das relações de consumo torna o consumidor em mero espectador e não interventor com razoável capacidade de decisão e fiscalização no mercado de consumo. É certo que não se busca a paralisação das relações de mercado em razão de maior consciência do consumidor, entretanto, notório que um consumidor consciente tenha melhores condições de discernir sobre produtos, serviços e suas cláusulas contratuais, colaborando para a higidez do mercado.

Considerando que a cada dia as técnicas de consumo evoluem e se adaptam à realidade econômica, impossível afirmar que o Estado, especialmente o brasileiro, tenha realizado, seja mediante a adoção de políticas públicas que afetem diretamente o poder econômico, seja por intervenções indiretas, a elevação do

[75] O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro teve influência da Diretiva 84/450/CEE, atualmente substituída pela Diretiva 2006/114, de 12 de dezembro de 2006, especialmente no que se refere à conceituação do que vem a ser a publicidade enganosa e suas formas de controle, sem olvidar outras influências legislativas como, por exemplo, a francesa.

consumidor a um nível de intelecção mínimo sobre o mercado em que vive. O que determina que o consumidor, via de regra, seja refém do mercado e de suas técnicas, sem saber ao menos que poderia tentar reduzir tais efeitos. A ausência do Estado no preparo do consumidor desde sua tenra idade pode ser indicado como um fator de prejuízo ao mercado de consumo, pois se nos países capitalistas considerados desenvolvidos os consumidores têm dificuldade na assunção de seu papel social, quiçá na sociedade de um sistema de mercado de consumo em início de desenvolvimento.

A educação como base de qualquer indivíduo que tenha condições de se reconhecer inserido numa sociedade é fundamento necessário ao desenvolvimento de qualquer país. O investimento governamental de países com elevadas taxas de desenvolvimento sempre se mostrou em percentuais maiores do que a média de outros países em que o investimento educacional é menos evidente e, também por isso, menos preparados estão os consumidores para com as práticas comerciais. A ausência de orientação estatal aos cidadãos dos direitos e garantias fundamentais certamente é fato colaborador da deficiência do Estado em atingir um índice de eficiência e efetividade nas relações de consumo. Se desde a mais tenra idade crianças e jovens são sujeitos passivos das práticas comerciais, nada mais coerente do que dar-lhes as ferramentas necessárias para desenvolver um senso crítico ativista em relação ao mercado, e ignorar tal realidade não ajudará no desenvolvimento saudável não só de consumidores, mas de indivíduos que assumam o papel de fornecedores e saibam os deveres mínimos para ofertarem seus produtos e serviços no mercado de consumo.

É inegável que políticas públicas de consumo direcionadas ao ensino fundamental e médio terão muitas vezes mais efeito educativo do que eventual contrapropanda, que embora prevista no Código de Defesa do Consumidor, não possui regulamentação adequada, não se podendo afirmar se sua função precípua seria a orientação do consumidor sobre publicidade enganosa ou abusiva ou simples pedido de desculpa em relação ao dano causado pela arte publicitária. A educação social de consumo inserida no âmbito escolar reduzirá a influência do poder econômico, já bastante evidente mediante publicidades agressivas e direcionadas ao público jovem, com a finalidade de cativar o imediato e futuro consumidor. A adoção de políticas educativas de consumo de âmbito difuso mediante campanhas

educativas nos diversos meios de comunicação também não pode ser desconsiderada, mas a educação coletiva do público inserido no sistema de educação pública e privada do país se não afastar, o que se sabe ser impossível, minorará os efeitos deletérios de práticas comerciais abusivas e o avanço agressivo do poder econômico em seus mais variados aspectos, incluindo-se também, ainda que forma indireta, a matéria contratual.

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO DIREITO COMPARADO

Antes do surgimento da legislação brasileira regulamentadora das relações de consumo, já existia no exterior legislação e debates relacionados à matéria, por certo com suas peculiaridades e variações culturais, mas muitas vezes com métodos semelhantes na repressão das cláusulas abusivas.

Uma breve análise do direito comparado permite perceber o desenvolvimento em que se encontram as legislações alienígenas sobre as relações de consumo e a conseqüente preocupação dos respectivos sistemas jurídicos em acompanhar os avanços sociais de cada país. Além disso, tal análise fornece subsídios na identificação das fontes utilizadas pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, o que trará melhor compreensão dos objetivos do Código e auxiliará a aplicação das previsões legais no que se refere à repressão das cláusulas contratuais abusivas.

4.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE

Os Estados Unidos da América do Norte, como grande nação capitalista que é, além de ser considerado um país desenvolvido, possui amplo material a ser analisado no que se refere ao desenvolvimento do mercado de consumo e seus efeitos quando da análise contratual. A despeito de não possuir uma única legislação que regule o mercado de consumo como ocorre no Brasil, indicaremos aquelas que consideramos de maior relevância e relacionadas ao tema do trabalho, ainda de forma bastente sucinta. E antes de entrar no cerne das legislações específicas, relevante registrar de maneira breve o movimento de consumo, ou melhor, o desenvolvimento da sociedade de consumo nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial.

É nos anos 60 que há grande desenvolvimento da sociedade de consumo nos Estados Unidos que, nos dizeres de Marcelo Gomes Sodré, “trata-se da época de ouro do movimento de defesa do consumidor”.[76] Tal menção se justifica em razão da mensagem do então Presidente Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos em que

[76] SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27.

tratou abertamente da importância dos consumidores e, ao mesmo tempo, de sua fragilidade em face da dificuldade de auto-organização, algo que não ocorre com os detentores do poder econômico. Não bastasse o pronunciamento do Presidente Kennedy que ficou marcado, inclusive, como o dia dos consumidores[77], a criação da *International Organization of Consumer Union*, atual *Consumers International*, comprova o avanço da nação americana nas questões envolvendo as relações de consumo se compararmos o desenvolvimento no Brasil no mesmo período que, embora tenham sido realizados estudos à época[78], o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro surgiu apenas três décadas depois e hoje com vinte anos de vigência ainda há dificuldade para compreender a extensão dos direitos básicos dos consumidores, como o direito à informação, segurança e de livre escolha dos bens de consumo. Certamente que esse atraso dificulta o intérprete do contrato analisar com eficiência eventual cláusula passível de ser declarada nula e, do mesmo modo, dificulta que o fornecedor do poder econômico compreenda os limites lícitos de sua atuação no mercado de consumo, pois mesmo que o poder econômico seja evidentemente mais organizado do que a sociedade civil, a ausência de uma cultura de consumo, com princípios arraigados em todos os níveis sociais, colabora para a influência do poder econômico, seja em prejuízo dos próprios concorrentes de mercado, ou mesmo diretamente em detrimento do consumidor.

A importância histórica é mencionada por Macelo Gomes Sodré, quando esses direitos básicos surgem efetivamente e precisam ser criadas políticas públicas a fim de implementá-los:

> "Surge na história, assim, a primeira enunciação politicamente significativa da idéia de direitos básicos dos consumidores. Estes direitos básicos dos consumidores seriam: segurança, informação, livre escolha e participação nas decisões que lhes dizem respeito. Acrescente-se a isto a idéia de que é preciso a

[77] Dia 15 de março.
[78] SIDOU, J. M. Othon. Proteção ao consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

> existência de programas governamentais para atender a estes direitos básicos".[79]

Embora os direitos dos consumidores e o desenvolvimento da sociedade de consumo nos Estados Unidos sejam de grande importância histórica, em razão do ordenamento jurídico do país seguir o *common law,* por exemplo, não há legislação específica sobre o tema de consumo em âmbito nacional comparada com a legislação brasileira (*jus positum*), portanto, o legislador norte-americano criou legislações específicas sobre determinadas matérias e órgãos de extrema importância na proteção e na regulação de mercado, como exemplos: *Consumer Credit Protection Act*, *Equal Credit Opportunity Act*, *Fair Debt Collection Practices Act* etc., que adiante serão tratados, sem ignorar os *case-law*, ou seja, a interpretação feita pela cortes judiciais.

Em 1872, segundo Othon Sidou, já existia legislação norte-americana que reprimia atos comerciais fraudulentos, o que permitia a proteção eventual de um consumidor[80], o que não torna menos importante o registro de que grande parte da doutrina cita como marco inicial da proteção legal do consumidor moderno o *Sherman Act*, de 1890, com o que não se pode discordar se considerados os benefícios diretos trazidos aos consumidores e ao direito concorrencial.[81] Ainda no âmbito comercial, foi criada a Comissão do Comércio entre os Estados Norte-Americanos para fiscalizar o comércio realizado nas estradas de ferro[82], que também gerava efeitos no mercado de consumo. Outro grande passo ao desenvolvimento dos assuntos relacionados ao direito dos consumidores foi a criação da *Federal Trade Commission*, em 26 de setembro de 1914, com foco específico nos assuntos relacionados à economia norte-americana, como o setor de concorrência e defesa do consumidor. O resumo das atividades da *Federal Trade Commission* extraído de seu *site* demonstra a importância da atuação da agência reguladora nos Estados Unidos da América do Norte:

> "The FTC deals with issues that touch the economic life of every American. It is the only federal agency with both

[79] SODRÉ, Marcelo Gomes. op. cit., p. 23.
[80] SIDOU, J. M. Othon, op. cit., p. 13.
[81] NUNES. Luis Antonio Rizzatto, *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2
[82] BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 11-12.

> consumer protection and competition jurisdiction in broad sectors of the economy. The FTC pursues vigorous and effective law enforcement; advances consumers' interests by sharing its expertise with federal and state legislatures and U.S. and international government agencies; develops policy and research tools through hearings, workshops, and conferences; and creates practical and plain-language educational programs for consumers and businesses in a global marketplace with constantly changing technologies".[83]

Além da criação da *Federal Trade Commission*, criou-se o *Office of Consumer's Affairs* e de seu agente, o *Consumer's Protect Agent*, órgãos específicos na proteção e na defesa dos consumidores. Relevante a menção à *Consumer Product Safety Commission*, uma agência regulatória federal, instituída em 1972, para atuar na defesa dos consumidores contra os riscos de acidentes que possam ser causados pelos produtos ofertados no mercado de consumo. Referida agência menciona em seu *site* que sua atuação reduziu em 30% (trinta por cento) a taxa de mortes e lesões decorrente do consumo de produtos há mais de 30 (trinta) anos.[84]

Ao longo da história do direito econômico nos Estados Unidos da América, é possível observar a evolução do direito das relações de consumo naquele país. O *Sherman Act*, lei pioneira em matéria antitruste, de 1890, já tinha como finalidade o combate dos cartéis que operavam mediante a criação de grandes conglomerados, especialmente os conglomerados relacionados ao comércio de açúcar, tabaco, ferrovias e serviços telegráficos. Referida lei surgiu com o objetivo de tentar solucionar a questão dos monopólios, que eliminavam a concorrência e permitiam a fixação de preços acima dos padrões considerados normais. Logo, o Estado teve de elaborar a lei para, ao proteger diretamente a concorrência entre as empresas, resguardar, no fim da cadeia produtiva, o consumidor.[85] O *Sherman Act* foi o marco inicial para regulamentar a aplicação de sanções a determinados comportamentos que restringissem a concorrência e, desde a sua promulgação, o direito da concorrência nos Estados Unidos tem se enquadrado como relevante mecanismo

---

[83] http://www.ftc.gov – acesso em: 17 jan. 2008.
[84] http://www.cpsc.gov/about/about.html - acesso em: 17 jan. 2008.
[85] Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito da concorrência: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

garantidor do sistema econômico. As primeiras decisões interpretaram o *Sherman Act* como uma vedação aos cartéis, aplicando, em princípio, sanções brandas que, de todo o modo, foram razoavelmente eficazes para impedir que os cartéis da época empregassem métodos abusivos de poder econômico, prejudicando, por conseqüência, os consumidores.[86]

Nesse sentido, a Escola de Harvard, como teoria predominante durante as décadas de 1950 e 1960, identificava que o maior objetivo da legislação antitruste é o fomento da concorrência com base na diluição do poder dos participantes do mercado, resultando num aumento dos concorrentes, e, conseqüentemente, na maior eficiência do mercado. Contudo, a partir da década de 1970, com a ameaça à economia americana pelo agressivo crescimento da economia japonesa, o modelo de não concentração de mercado deixou de ser adotado, tendo como maior crítica a perda de competitividade das empresas norte-americanas. O avanço da economia japonesa no período, deve-se ao fato da doutrina antitruste permitir a concentração de empresas quando a eficiência fosse justificável, autorizando, inclusive, a criação de cartéis. Esse desenvolvimento foi incentivado, inclusive, pelos norte-americanos, flexibilizando a partir de 1953, a legislação antitruste japonesa. Esse incentivo surgiu em razão da posição estratégica que o Japão ocupava, especialmente após a Guerra da Coréia em 1950.[87]

A partir de então houve a ascensão da Escola de Chicago, que defendia, com base na análise econômica, a concentração de mercados, como instrumento de se chegar à eficiência. A Escola de Chicago possui uma ligação mais próxima com o direito do consumidor, pois, ao romper com a tradição estruturalista da Escola de Harvard, defende a concentração desde que traga benefícios ao mercado, estes decorrentes de uma "eficiência produtiva", com redução de custos e dos preços ao consumidor. Na teoria da Escola de Chicago, as eficiências alocativa e produtiva que determinam o padrão de riqueza ou bem-estar do consumidor na sociedade, mas isso não significa que a Escola de Harvard ignorava a existência do consumidor,

---

[86] Cf. POSNER. Richard A. *El análisis económico del derecho.* 4. ed. Mexico, DF: Fondo de Cultura Económica, 1998.

[87] Cf. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 116-118. A reserva de mercado no Japão também pode ser citada como um fator de adaptação do modelo econômico americano às práticas comerciais, caracterizando-se por sua agressividade, esta mencionada por GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 35.

mas sim que os consumidores, na Escola de Chicago, necessariamente tomaram posição de destaque dentre as finalidades da escola econômica.[88] Embora a Escola de Chicago dê maior relevância ao bem-estar do consumidor, sua maior crítica é exatamente a presunção de que a redução de custos obtida não se traduz, necessariamente, em benefício de preços para os consumidores, o que demonstra outra faceta da fragilidade do consumidor ante as concepções do mercado. Todavia, com a adoção do critério do bem-estar do consumidor pela Escola de Chicago, como objetivo maior da legislação antitruste, percebe-se que o foco da economia norte-americana no consumidor não é recente, sendo imprescindível deixar de tratar da questão concorrencial nos Estados Unidos e sua relação com o consumidor, mesmo que de forma superficial.

Outras normas de relevância foram editadas nos Estados Unidos, merecendo menção a edição do *Consumer Credit Protection Act*, lei federal que regulamenta a proteção do consumidor ao exigir a plena divulgação dos termos e condições nas operações de oferta de crédito, restringindo o comprometimento do salário do consumidor, além de criar a *National Commission on Consumer Finance*, focada nos estudos sobre a necessidade de novas recomendações e regulações sobre o tema. O *Equal Credit Opportunity Act* assegura aos consumidores a mesma possibilidade de ter acesso ao crédito, garantindo aos consumidores regras mínimas que evitem qualquer tipo de discriminação ou regras subjetivas que dificultem o acesso ao crédito. Interessante mencionar que nos Estados Unidos, como o crédito tem importância fundamental no desenvolvimento econômico, certamente maior do que em outros países, inclusive por sua abrangência populacional, o histórico de crédito do consumidor é muito relevante para que este possa obter novos créditos com bons percentuais de juros e, quando o indivíduo, por algum motivo não tem ou perde seu histórico de financiamentos, a lei garante que ele tenha acesso às informações constantes nos denominados *bureaus* de crédito e, ainda, que o fornecedor do crédito não negue o crédito pelo simples fato do nome constante no histórico for diverso do nome do consumidor, como, por exemplo, na hipótese de casamento. No Brasil, o cadastro positivo de crédito ainda é tema de grandes debates sob a alegada violação de direitos constitucionais, como o direito dos consumidores terem seus dados de consumo preservados, violando, casualmente, os direitos de

[88] SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 23.

personalidade e dignidade do consumidor, quando da má utilização dessas informações.

Ainda na área de crédito, os americanos criaram o *Fair Debt Collection Practices Act* que regula a cobrança dos débitos por parte dos credores, evitando as práticas abusivas de cobrança, como, por exemplo, delimitando o horário de cobrança ou caso o consumidor seja representado por um advogado, que as tratativas sejam realizadas perante este, exceto se o advogado permitir o contato direto com o consumidor ou não responder ao credor. Determina, ademais, que as comunicações sejam feitas com respeito, que o consumidor não seja oprimido ou ameaçado com o uso de violência, ou mediante utilização de linguagem obscena, dentre outras diversas condutas consideradas reprováveis e indicadas na lei. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor prevê que as cobranças de consumidores sejam efetuadas sem expô-los ao ridículo ou constrangê-los de forma exacerbada, tal previsão encontra-se no artigo 42; trata-se de norma genérica que permite uma série de situações protegidas pela Lei, inclusive as mencionadas no *Fair Debt Collection Practices Act*.

A atuação civil também sempre esteve muito presente nos Estados Unidos. Cite-se, como exemplo, a *National Consumers League* e a *Consumers Union*, dentre as mais importantes associações americanas de defesa dos direitos dos consumidores, e do mundo, criadas respectivamente em 1899 e 1936.[89] Dentre suas diversas atuações, têm como objetivo orientar os consumidores sobre a exploração de trabalhadores, inclusive trabalhadores infantis, e na elaboração dos produtos e serviços colocados à venda no mercado de consumo, controlar o uso de pesticidas nas plantações, fraudes nas relações de consumo, proteger a criança, além da advocacia em defesa dos *consumers issues*. Em relação às fraudes no mercado de consumo, a NCL – National Consumers League criou um *site* específico disponibilizando informações aos consumidores sobre os mais diversos tipos de fraudes aplicadas no mercado de consumo (www.fraud.org), como fraudes ocorridas mediante o uso do telemarketing:

---

[89] Informações sobre a *Consumers Union* – www.consumersunion.org e sobre a NCL - *National Consumers League* - www.nclnet.org .

> "Telemarketing Fraud. While there are many legitimate companies that use the telephone for marketing, consumers and business lose millions of dollars to telemarketing fraud each year. It's sometimes hard to tell the difference between reputable telemarketers and criminals who use the phone to rob people. You can protect yourself by learning how to recognize the danger signs of fraud. If you are a victim or attempted victim of telemarketing fraud, it's important to report the scam quickly so that law enforcement agencies can shut the fraudulent operation down".[90]

Em relação à análise das cláusulas abusivas nos Estados Unidos, os tribunais norte-americanos seguem a idéia da demonstração da onerosidade excessiva, ou seja, cabe ao interessado, no caso o consumidor, demonstrar sua posição jurídica, seu objetivo e as conseqüências da contratação para que o tribunal decida pela não aplicação da cláusula.[91] Embora a legislação norte-americana seja semelhante à brasileira em determinados aspectos, a exigência de uma demonstração mais ativa por parte do consumidor de eventual desequilíbrio contratual não significa afirmar que o controle de cláusulas abusivas naquele país não funcione, pelo contrário, pois com a forte atividade repressiva das agências reguladoras e demais órgãos de proteção de defesa do consumidor, o respeito aos direitos dos consumidores, ainda que parcamente positivados em leis esparsas, é evidentemente superior a outros países se atentarmos aos noticiários sobre *recall* e indenizações atribuídas às empresas que venderam produtos defeituosos no mercado de consumo, tendo como notório exemplo, os fatos ocorridos na indústria automobilística.

4.2 COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA

Para que a Comunidade Econômica Européia chegasse ao estágio atual de existência, diversos momentos políticos desde sua criação em 1957 com o Tratado de Roma se passaram, e conseqüentemente o mercado de consumo e as regras

---

[90] http://www.fraud.org/telemarketing/teleinfo.htm – acessado em 17 jan. 2008. No mesmo caminho e procurando orientar os consumidores, a *Federal Trade Commission* também trata do assunto (http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/telemarketing/tel19.shtm - acessado em 17 jan. 2008).

[91] SILVA, Jorge Alberto Quadro de Carvalho. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52.

desse mercado sofreram alterações no decorrer da história, como a criação da resolução do Conselho de Ministros da Comunidade Européia, do ano de 1975, em que foi criado um programa preliminar de proteção e informação aos consumidores. Essa resolução, nos dizeres de Marcelo Gomes Sodré "é importantíssima, na medida em que é o primeiro documento sistematizado da Comunidade Econômica Européia que reconhece que os consumidores sofrem problemas específicos, que merecem soluções diferentes daquelas até então buscadas".[92] Há na resolução o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor perante as práticas comerciais adotadas pelos fornecedores, estes evidentemente melhor organizados do que os consumidores que embora em grande número, sua dispersão social os torna passíveis às condições de mercado ditadas pelo poder econômico gerando, ainda que de forma pouco evidente, desequilíbrio entre os partícipes das relações de consumo, em prejuízo do consumidor.

Tornou-se manifesta, portanto, a necessidade da criação de normas mínimas de proteção e informação aos consumidores, uma política de consumo para o mercado de consumo da Comunidade Econômica Européia que estava se desenvolvendo e carecia de regulamentação.[93] E com o Tratado da União Européia de 1992, que criou um capítulo específico à defesa consumidor, claro se apresentou a importância atribuída ao tema da proteção ao consumidor, adotando-se as diretivas da Comunidade como um patamar mínimo a ser respeitado por seus integrantes, podendo, internamente superar esse piso conforme disponha a legislação dos Estados-membros, responsáveis pela efetivação das diretivas da Comunidade Econômica Européia.

Existem diversas diretivas da Comunidade Econômica Européia que tratam sobre as relações de consumo e, por lógica, dos direitos dos consumidores. Dessas diretivas algumas merecem ser mencionadas por tratar particularmente dos interesses econômicos focado no assunto em questão, contratos de consumo, como ocorre com a Diretiva n. 85/577/CEE, a Diretiva n. 93/13CEE e a Diretiva n. 97/7CE. A Diretiva n. 85/577/CEE, de 20 de dezembro de 1985, regulamenta a proteção dos consumidores quando a contração se der fora do âmbito dos estabelecimentos

---

[92] SODRÉ, Marcelo Gomes. A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 132.
[93] Idem, op. cit., p. 134.

comerciais, quando a iniciativa da venda costuma partir do fornecedor, o que pode surpreender o consumidor e, sem um período razoável para reflexão, pode celebrar contrato que não celebraria em condições razoáveis de ponderação sobre a aquisição de determinado bem de consumo quando a atitude de compra parte do consumidor. Nesse sentido que a Diretiva prevê o prazo de desistência ou reflexão do consumidor de 7 (sete) dias, para que possa avaliar as obrigações decorrentes da contratação fora do estabelecimento comercial, podendo cada Estado-membro adotar medidas mais benéficas ao consumidor se for do seu interesse. O artigo 5º da Diretiva também prevê que simples comunicação por parte do consumidor, devincula-o de qualquer obrigação contratual:

> "1. O consumidor tem o direito de renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu desde que envie uma notificação, no prazo de pelo menos sete dias a contar da data em que recebeu a informação referida no artigo 4º, em conformidade com as modalidades e condições prescritas pela legislação nacional. Relativamente ao cumprimento do prazo, é suficiente que a notificação seja enviada antes do seu termo. 2. A notificação feita desvincula o consumidor de qualquer obrigação decorrente do contrato rescindido".

O direito de renúncia também será regulado pela legislação interna de cada Estado-membro, contanto que seja observado o prazo mínimo de 7 (sete) dias. Na legislação brasileira, o direito de arrependimento está previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor com redação influenciada pela Diretiva 85/577/CEE, num claro reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor quando da celebração contratual fora do estabelecimento comercial, sendo uma prática comercial de grande efetividade no mercado de consumo.[94]

No que concerne à matéria de cláusulas abusivas, é a Diretiva n. 93/13, de 5 de abril de 1993, aprovada por seu Conselho, que regulamenta e estabelece os critérios a serem adotados pelos Estados-membros sobre as cláusulas abusivas e como

[94] A venda de produtos e serviços de porta em porta, em que pese o crescimento de venda por outros segmentos como internet, teve crescimento em 2009 de 18% se comparado com o crescimento no mesmo período das venda no varejo (7,84%). Essa constatação pode ser observada na Edição n. 2162 – Veja São Paulo, *Comercio de porta em porta cresce 18% e atrai novas empresas*.

defini-las. Os critérios adotados pela Diretiva são gerais, podendo cada Estado-membro adotar seus critérios específicos, contanto que mais rigorosos dos que os tratados na diretiva, conforme expresso na Diretiva 85/577/CEE e no artigo 8º da Diretiva 93/13 de 1993:

> "Os Estados-membros podem adotar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor".

A Diretiva deixa expressa em suas considerações a importância de instituir um piso mínimo de direitos a fim, inclusive, de incentivar as compras pelos consumidores em outros Estados-membros, pelo fato do desconhecimento das regras adotadas nos diversos Estados-membros. Com a homogeneização mínima das regras, a segurança dos consumidores gerada pela confiança na aquisição de bens de consumo, a contribuição ao desenvolvimento econômico é evidente, porque além de controlar e eliminar dos contratos cláusulas abusivas, há maior equilíbrio entre os fornecedores, o que fomentará a concorrência em benefício do mercado, sendo o incentivo da concorrência um dos objetivos da Diretiva ao trazer aos consumidores da Comunidade Econômica Européia um maior leque de possibilidades de escolha.

A Diretiva n. 93/13 foi inspirada no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro[95], pois como na lei brasileira, indica uma lista com diversas cláusulas abusivas, utilizando-se de um rol exemplificativo, podendo ser ampliado se for o caso, dependendo da legislação nacional de cada Estado-nação. Levando sempre em consideração no momento da análise de eventual cláusula abusiva, a natureza do bem ou serviço inserido no mercado de consumo. Essa preocupação com a natureza dos bens de consumo é de extrema relevância quando da análise contratual, pelo fato de poder em determinadas situações afastar a aplicação da legislação protetiva, como ocorre no Brasil quando da aplicação da Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça e do artigo 51, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor; sua incidência tem efeitos reduzidos em determinados contratos, como

[95] GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p. 595.

nos contratos de cartão de crédito não bancários em que é utilizada a cláusula-mandato.[96]

A obrigação de que todos os contratos sejam redigidos em termos claros e de fácil compreensão é outra norma de relevância expressa na Diretiva em seu artigo 5º:

> "No caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor. Esta regra de interpretação não é aplicável no âmbito dos processos previstos no n. 2 do artigo 7º".

Como ocorre no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor ao prever a redação dos contratos em termos claros, seja de forma geral no artigo 46, além de obrigar ao fornecedor dar ao consumidor o conhecimento prévio do contrato, seja de maneira específica ao tratar dos contratos por adesão em seu artigo 54, havendo dúvida na interpretação contratual, penderá ao pólo mais vulnerável da relação de consumo, o consumidor, a solução mais benéfica. Também está prevista na Diretiva a indicação não exaustiva das cláusulas que podem ser consideradas abusivas, considerando-se, sempre, por parte do intérprete, todas as características do contrato a ser apreciado. A lista indicada na Diretiva equipara-se ao sistema adotado no Brasil quando da edição das portarias da Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça sobre novas cláusulas que sejam reputadas abusivas e não estejam na relação do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro[97], o que reconhece a mudança constante das técnicas de consumo, no caso, das cláusulas contratuais.

Da relação trazida pela Diretiva, percebe-se a grande semelhança com a redação das cláusulas abusivas expressas no artigo 51 do Código de Defesa do

---

[96] O estudo sobre o contrato de cartão de crédito e a validade da cláusula-mandato será realizado no item 6.1.

[97] A análise das portarias editadas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça será realizada no item 5.8.2, que trata do controle administrativo das cláusulas abusivas.

Consumidor Brasileiro, como, por exemplo, a cláusula que permite ao fornecedor[98] rescindir o contrato de forma discricionária sem dar o mesmo direito ao consumidor; a que permite ao fornecedor alterar unilateralmente os termos do contrato sem justo motivo especificado no mesmo; a que autorizara o fornecedor a modificar unilateralmente sem justo motivo algumas das características do produto a entregar ou do serviço a fornecer; a que elimina ou dificulta a possibilidade de propor ações judiciais ou seguir outras vias recursais, por parte do consumidor, obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, bem como limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ônus probatório que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente a outra parte contratante, tomando-se por base na interpretação a aplicação do princípio da boa-fé.

A Diretiva 97/7/CE, embora limite-se à regulação dos contratos celebrados à distância, não realizando exatamente um controle das cláusulas abusivas como ocorre na Diretiva 93/13/CEE, possui importantes regras relacionadas ao direito de informação do consumidor, especialmente quanto à manutenção da qualidade da informação do consumidor, mesmo quando adotadas técnicas de vendas à distância, além de vedar determinadas práticas comerciais abusivas com reflexo nos contratos. A qualidade da informação se não for respeitada pelo fornecedor, causará um vício no ato da contratação que poderá comprometer todo o acordado e, por essa razão, informações como a identidade fornecedor com seu respectivo endereço, as principais características do bem de consumo ou serviço ofertados, indicação do direito de rescisão contratual, prazo de validade da oferta, confirmação por escrito da contratação dentre outros, estão expressos na Diretiva 97/7.

É certo que constatada a existência de cláusula abusiva com fundamento na Diretiva 93/13, cada Estado-membro tem competência exclusiva para aplicar a penalidade específica de seu ordenamento jurídico, adotadas as normas gerais da Diretiva. É certo, porém, que já existia na Europa, antes mesmo do surgimento da Comunidade Econômica Européia, a abordagem de temas envolvendo as relações de consumo[99], mas com o advento da Diretiva 93/13, a repressão às cláusulas

---

[98] A Diretiva 93-13-CEE define o fornecedor como “profissional”. Cf. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consummation*. 7. ed. Dalloz, 2006.
[99] SIDOU, J. M. Othon, op. cit., p. 18-41.

contratuais sofreu considerável avanço, o que não significa que em cada Estado-membro não houvesse disposições legais até mesmo mais benéficas aos consumidores do que as expostas nas Diretivas da Comunidade Econômica Européia.

4.2.1 Inglaterra

Na Inglaterra é importante mencionar a aprovação, em 1979, do *Sale of Goods Act*, sobre o contrato de compra e venda de determinados bens, que devem atender as descrições do bem e ter qualidade satisfatória. Na hipótese dos produtos não corresponderem às exigências, os consumidores prejudicados têm direito à devolução dos valores gastos ou sua respectiva reparação, se for o caso:

> "48B Repair or replacement of the goods. (2) If the buyer requires the seller to repair or replace the goods, the seller must – (a) repair or, as the case may be, replace the goods within a reasonable time but without causing significant inconvenience to the buyer".

O *Consumer Protection Act*, de 1987, que institui a responsabilidade objetiva quando o dano causado decorre de defeitos de produtos colocados no mercado de consumo, também apresenta-se como um importante instrumento legal à disposição dos consumidores. Refere-se, portanto, aos casos em que os produtos não atinjam um nível razoável de segurança.

Especificamente sobre as cláusulas abusivas nos contratos de consumo, o *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* trata especificamente das *unfair terms* (cláusulas injustas) que contrárias as designações de boa-fé gerem desequilíbrio no contrato em detrimento do consumidor:

> "Unfair terms. 4.- (1) In these Regulations, subject to paragraphs (2) and (3) below, 'unfair terms' means "any term which contrary to the requirements of good faith causes a significant imbalance in the parties' rights and

> obligations under the contract to the detriment of the consumer".

Interessante mencionar sobre o *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* que no mesmo tópico das cláusulas abusivas, há uma previsão de como deve ser a avaliação do caráter abusivo de uma cláusula:

> "(2) An assessment of the unfair nature of a term shall be made taking into account the nature of the goods of services for which the contract was concluded and referring, as at the time of conclusion of the contract, to all circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent".

A determinação legal de que a natureza do contrato seja levada em consideração, permite ao intérprete, analisar de forma ampla, todas as circunstâncias do instrumento, possibilitando uma melhor resposta estatal ao caso concreto. O *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform* ao tratar das *unfair terms* tenta esclarecer ao cidadão comum a definição de uma *unfair term* e adentra também, na questão boa-fé que deve fazer parte do ato de contratar:

> "An unfair term is one that creates a significant imbalance in the parties' rights under the contract, to the detriment of the consumer, contrary to the requirement of good faith.
>
> A term is most likely to cause an imbalance if it has the effect of reducing the consumer's rights under the ordinary rules of contract or the general law. For example they either stop consumers from making certain sorts of legal claim against the business which they could otherwise have made, or give the business rights against the consumer that it would not otherwise have had.
>
> But a term causing an imbalance must be capable of causing detriment to consumers. taken together with the other terms in the contract.

> The **requirement of good faith** embodies a general 'principle of fair and open dealing'. It does not simply mean that a term should not be used in a deceitful way. Suppliers are expected to respect consumers' legitimate interests in drafting contracts, as well as negotiating and carrying them out" (grifo do original).[100]

A indicação da necessidade da boa-fé como bússola na guia do intérprete do contrato, demonstra a dificuldade de se encontrar uma definição específica para as cláusulas abusivas, reforçando, a necessidade de uma análise específica ou mais detida ao caso concreto, não se podendo ignorar a natureza contratual mencionada no *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*, como é certo que no Brasil a natureza do contrato também deve ser considerada pelos operadores do direito, especialmente os magistrados quando da respectiva análise contratual.[101]

4.2.2 Alemanha

O Código Civil Alemão (*BGB – bürgerliches gesetzbuch*) já especificava o principio da boa-fé, de relevante utilidade quando da análise e de eventual reprimenda de cláusulas abusivas.

Além do BGB, houve a edição da Lei para o Regulamento das Condições Gerais dos Negócios (*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ou AGB-Gesetz*), de 9 de dezembro de 1976, que utilizou os sistemas casuístico e genérico para especificar as cláusulas abusivas, de forma a abranger uma gama indeterminada de cláusulas ao utilizar uma *cláusula geral*.[102]

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro se inspirou na legislação alemã para o Regulamento das Condições Gerais dos Negócios, como é possível constatar em seu artigo 51, inciso IV, considerada uma *cláusula geral* para o controle das abusividades nos contratos de consumo, mas não há na Alemanha uma lei geral ou principiológica como a existente no Brasil sobre os direitos dos consumidores,

---

[100] www.berr.gov.uk/whatwedo/consumers/fact-sheets/page38609.html - acessado em 17 jan. 2008.
[101] Nos contratos de capitalização, que serão tratados no Capítulo 6, item 6.3, a natureza do contrato apresenta-se como um fator, se não, preponderante, como um dos mais importantes quando da análise de suas cláusulas.
[102] SILVA, Jorge Alberto Quadro de Carvalho, op. cit., p. 45.

todavia, diversos princípios desenvolvidos com profundidade na legislação alemã parecem dar uma resposta à altura na defesa dos direitos dos consumidores. O direito à informação que o consumidor tem na Alemanha liga-se à teoria da culpa, ou seja, na obrigação de evitar o dano consistente no dever de informar de forma exata e detalhada o consumidor sobre as características dos bens de consumo colocados no mercado. Essa obrigação do fornecedor de informar adequadamente o consumidor no direito alemão, deve atentar todas as fases contratuais, desde o pós-contratual, até o momento pós-contratual, quando o consumidor, em grande parte das vezes, encontrar-se sem o suporte do fornecedor pelo simples fato da venda ter sido efetuada, venda esta que se apresenta como seu primordial objetivo. Além da obrigação de informar o consumidor durante toda a vida contratual, cabe ao fornecedor observar quando da elaboração das informações, incluindo-se também os termos contratuais, a qualidade do receptor das informações ligadas ao bem de consumo. E responsabilidade do fornecedor na outorga de informações é de vital importância para uma eventual demanda, pois a ausência de informações por parte do fornecedor obriga-o a provar a ausência de prejuízo ao consumidor, além do fato de que a interpretação contratual será favorável ao aderente.

Especificamente ao controle de cláusulas abusivas, a Alemanha adota a relação geral de cláusulas abusivas contrárias ao princípio geral da boa-fé, entretanto, as cláusulas devem ser analisadas considerando-se a natureza do contrato em questão e por esse raciocínio, a ausência de cláusula na lista de cláusulas abusivas não pode dar plena autorização de legalidade a tais cláusulas, podendo ser consideradas abusivas se violarem o princípio geral da boa-fé e demais princípios de interpretação e de defesa do consumidor aplicáveis.

4.2.3 Portugal

Em Portugal, a legislação que trata sobre as relações de consumo seguiu o modelo principiológico, havendo a consagração dos direitos dos consumidores na Carta Constitucional, o que demonstra a importância com que o país trata o tema. Há na Constituição de Portugal a previsão de incentivo à formação de associações de consumidores que poderão atuar contra as infrações aos direitos do consumidor,

como, por exemplo, a propositura de ações a fim de declarar a nulidade de cláusulas abusivas, uma forma de controle social mediante o instrumento judicial. As associações de defesa do consumidor podem intentar ações, conforme autorização da Lei n. 24, de 31 de julho de 1996 que em seu artigo 13 expressa:

> "Legitimidade activa. Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores: a) Os consumidores diretamente lesados; b) Os consumidores e as associações de consumidores ainda que não directamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto; c) O Ministério Público e o Instituto do Consumidor quando estejam em causa interesses individuais homogénegos, colectivos ou difusos".

Trata-se de importante instrumento de controle do poder econômico, pois permite a participação social, embora a própria legislação exija da associação determinada representatividade, requisito não exigido no Brasil, embora tratado pela doutrina. Contudo, embora haja um sistema de proteção ao consumidor bem estruturado em Portugal, no que se refere às cláusulas abusivas, a Lei n. 24, de 31 de julho de 1996 faz poucas menções às cláusulas abusivas, deixando para leis esparsas o tratamento mais detalhado do assunto, o que não parece tornar o sistema mais frágil, eis que há em determinados artigos a indicação de que as cláusulas contratuais devem seguir o princípio da boa-fé e da informação clara ao consumidor, conforme reza seu artigo 9º, mesmo que de forma tímida:

> "Direito à protecção dos interesses econômicos
>
> 1 – O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.
>
> 2 – Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados:

a) A redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares;

b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.

3 – A inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais.

4 – O consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido, não lhe cabendo, do mesmo modo, o encargo da sua devolução ou compensação, nem a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa.

5 – O consumidor tem direito à assistência após a venda, com incidência no fornecimento de peças e acessórios, pelo período de duração média normal dos produtos fornecidos.

6 – É vedado ao fornecedor ou prestador de serviços fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço da aquisição ou da prestação de um outro ou outros.

7 – Sem prejuízo de regimes mais favoráveis nos contratos que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços fora do estabelecimento comercial, por meio de correspondência ou outros equivalentes, é assegurado ao consumidor o direito de retractação, no prazo de sete dias úteis a contar da data da recepção do bem ou da conclusão do contrato de prestação de serviços.

> 8 – Incumbe ao Governo adoptar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objecto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia eléctrica, gás, telecomunicações e transportes públicos.
>
> 9 – Incumbe ao Governo adoptar medidas tendentes a prevenir a lesão dos interesses dos consumidores no domínio dos métodos de venda que prejudiquem a avaliação consciente das cláusulas apostas em contratos singulares e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de se vincularem". (grifo nosso)

Não havendo detalhamento na Lei n. 24, de 31 de julho de 1996 um sistema de controle de cláusulas abusivas, cabem às leis específicas que tratam sobre o tema dar solução às questões. De acordo com a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, o Decreto-lei n. 446/85, alterado posteriormente pelo Decreto-lei n. 220/95, as cláusulas abusivas são aquelas consideradas contrárias à boa-fé. Referida legislação prevê a ocorrência de cláusulas parcialmente nulas e de cláusulas totalmente proibidas. A lei portuguesa menciona como instrumento de combate à adoção de cláusulas abusivas a propositura de *ação inibitória* que condene o fornecedor a não utilização das cláusulas gerais proibidas.[103] Referida ação está prevista na Lei n. 24, de 31 de julho de 1996, especificamente em seus artigos 10 e 11, mas quando objeto forem cláusulas abusivas, aplicar-se-á o Decreto-lei n. 446/85, alterado pelo Decreto-lei n. 220/95. Pode ser proposta por associações de defesa do consumidor, por associações sindicais e pelo Ministério Público, respeitadas as delimitações legais para tanto. No Brasil, a propositura de ação de caráter coletivo na defesa dos interesses e direitos dos consumidores é possível mediante atuação dos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, dentre eles, e de forma concorrente, o Ministério Público e as associações civis de defesa dos direitos do consumidor legalmente constituídas.

A ação inibitória tem algumas semelhanças com a ação de caráter coletivo brasileira, como a sujeição do estipulante contratual à pena de multa, na hipótese de

---

[103] CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes; COSTA, Mário Julio de Almeida. *Cláusulas contratuais gerais: anotação ao decreto-lei n. 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 57.

não cumprimento da ordem judicial e a utilização de procedimento cautelar para proibir provisoriamente o uso de cláusulas abusivas.[104] Sobre a previsão de multa pecuniária na sentença de ação coletiva no Brasil, o parágrafo 4º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro prevê essa possibilidade: "§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º *ou na sentença*, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito". Há também na legislação brasileira a possibilidade da propositura de medida cautelar em ação coletiva, além da previsão expressa do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro que dispõe: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Os instrumentos criados pela legislação portuguesa de proteção e defesa do consumidor são bastante semelhantes, embora a conceituação de cláusulas abusivas no Brasil seja mais completa o que dá mais segurança ao consumidor, gerando maior confiança e higidez nas relações de consumo.

4.2.4 Itália

O Código Civil italiano de 1942 já possuía previsões referentes às cláusulas gerais e formas de controle das cláusulas abusivas, a despeito das críticas quanto à sua efetividade na tutela dos contratantes prejudicados.[105]

No Código Civil italiano atualizado, as questões de abuso contratual focadas no desequilíbrio dos direitos e das obrigações das partes são reconhecidas, como também a possibilidade do uso da ação inibitória, tal como na legislação portuguesa, permitindo-se às associações de defesa do consumidor a propositura de ações contra fornecedores que utilizem de condições contratuais gerais abusivas.[106] Ainda assim, como ocorreu na Alemanha, a Itália não adotou a técnica de uma lei geral ou

---

[104] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 195-197.
[105] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998. p. 329-330.
[106] SILVA, Jorge Alberto Quadro de Carvalho, op. cit., p. 50.

principiológica, legislando sobre temas específicos do direito do consumidor. Logo, a tarefa de analisar a existência de cláusulas abusivas é atividade que cabe aos magistrados, devendo sempre, em nome da economia e da circulação de riquezas preservar, se isso for possível, o acordo das partes, mantendo, por óbvio, o equilíbrio contratual. Violado o equilíbrio contratual gerando onerosidade excessiva, o contrato é passível de resolução ou preferencialmente revisão, nos moldes do que ocorre na legislação brasileira, especificamente no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da boa-fé objetiva também é adotado pela legislação italiana, pois o consumidor tem a expectativa de determinados objetivos que supõe resultar do contrato, e esse princípio deve ser evidente ao intérprete do contrato e de suas respectivas cláusulas. Logo, havendo desequilíbrio das obrigações contratuais, violação ao princípio da boa ou ambos, cabe ao juiz declarar a nulidade das cláusulas, sem olvidar a relativa discricionariedade que possui o juiz na manutenção da relação do contrato, se assim for possível, até porque, sendo possível integrar o contrato mantendo relativo equilíbrio no acordo, o interesse de ambas as partes, supõe-se que seja o do adimplemento, especialmente por parte do consumidor, individualmente considerado. O cumprimento da obrigação específica, na legislação de consumo brasileira está prevista no artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor.

4.2.5 França

Na França, a Lei n. 95-96, de 1º de janeiro de 1995, considera o *desequilíbrio* entre os direitos e as obrigações das partes como responsável pela declaração de abusividade de cláusula contratual.[107] Anteriormente, o critério adotado na legislação francesa (Lei n. 78-23, de 10 de janeiro de 1978) era o de que o abuso de uma cláusula contratual decorreria do poder econômico empregado pelo profissional[108], critério que apesar de correto, pela ampla abrangência, é de dificílima aplicação prática. A Lei n. 95-96 também possui um anexo com uma relação exemplificativa

[107] Art. L. 132-1 da Lei n. 95-96.
[108] ALVIM, Arruda. *Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro.* Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 20, out./dez., 1996. p. 67.

das cláusulas consideradas abusivas, quando violado o equilíbrio contratual. E, como no Brasil, as cláusulas abusivas no direito Francês são consideradas *não escritas*.[109]

Mas é a partir de 1980 que surge na França o debate sobre a criação de uma lei específica para determinar os princípios gerais da matéria, mas conforme expõe Marcelo Gomes Sodré, tal intuito não logrou êxito, tornando-se o *Code de la Consommation* de 1993 "muito mais uma consolidação das leis que já existiam do que uma real codificação".[110] Ainda assim a legislação francesa influenciou diversos países, como o Brasil, podendo a proteção dos consumidores na França, conforme afirma Jean Calais-Auloy, resultar da conjugação de três fatores: organismos de defesa, instituições de direito público e diversas leis consumeristas.[111]

Há muita semelhança em determinados aspectos da legislação francesa e a brasileira, como o direito de reflexão que pode ser exercido após o momento de aceitação por parte do aderente, como ocorre nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. Nesses tipos contratuais, o consumidor dispõe de sete dias para, apenas dentro desse período, desistir do negócio sem que seja onerado com qualquer custo e sem que seja obrigado a justificar o motivo da desistência. Trata-se do verdadeiro direito de arrependimento puro a que o consumidor aderente tem direito por estar sendo instado a contratar no cerne de seu domicílio ou residência, sem estar preparado para avaliar naquele momento as conseqüências dessa contratação.

Especificamente às cláusulas abusivas, o direito francês, com o advento da Lei n. 95-96, adaptou-se à Diretiva 93/13/CEE e, portanto, houve relegação a segundo plano do conceito de cláusula abusiva como violadora do princípio da boa-fé, mas principalmente ligada ao desequilíbrio contratual entre direitos e obrigações que, conseqüentemente gera desequilíbrio financeiro. Assim, mesmo se não houver um resultado específico do desequilíbrio, tal fato não sendo necessário para gerar a

---

[109] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 367. O Código de Consumo francês menciona que as cláusulas abusivas são reputadas de *non écrites* em seu artigo L. 132-1, alínea 6. Sobre os métodos de eliminação das cláusulas abusivas cf. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank, op. cit., p. 220-233.
[110] SODRÉ, Marcelo Gomes. op. cit., p. 37-39
[111] CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank, op. cit., p. 26.

correção da cláusula, basta, portanto, a mera potencialidade da lesão da cláusula ao consumidor. Isso não significa que a natureza e demais características do contrato e da cláusula objurgada devam ser desconsideradas pelo intérprete, pelo contrário, esse esforço de integração entre a natureza do contrato, suas cláusulas e seus efeitos no consumidor e no mercado de consumo não podem estar ausentes da avaliação, já que a ausência de um desses requisitos poderá fazer com que o intérprete chegue a um resultado diverso do interesse do consumidor e do próprio mercado de consumo.

Na legislação francesa, sua aplicação no que se refere às cláusulas abusivas, estende-se aos contratos celebrados entre profissionais e não profissionais, sendo os profissionais os fornecedores e os não profissionais os consumidores. Como ocorre na legislação brasileira com os fornecedores, é possível que os profissionais sejam considerados consumidores (ou não profissionais) dependendo da hipossuficiência técnica no caso concreto e, ainda assim, dependente de prova, pois mesmo que haja hipossuficiência técnica de um fornecedor sobre determinado bem de consumo e seu respectivo contrato (e cláusulas) de consumo, no Brasil, a ausência de hipossuficiência econômico-social tem sido considerada suficiente para afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, pois beneficiaria, sem necessidade, fornecedor que tem condições de se proteger no mercado de consumo das práticas e cláusulas abusivas. Deve, por conseguinte, no caso concreto, ser analisada e efetiva hipossuficiência do fornecedor (profissional) para ser destinatário da legislação de consumo.

No âmbito judicial, o direito francês possui instrumento para reprimir cláusulas abusivas, individual ou coletivamente, nesta hipótese por associações representativas de consumidores. Além do controle judicial, há na França uma comissão responsável por emitir pareceres não vinculativos sobre cláusulas de consumo, sugerindo sua supressão ou adequação. Essa comissão composta magistrados, cidadãos de notório reconhecimento na área, além de representantes de fornecedores e consumidores emite apenas, conforme mencionado, pareceres de recomendação não vinculativos, mas os fornecedores (profissionais) que não acatarem as sugestões da comissão, terão seus nomes ligados à lista de profissionais que optaram por não acolhê-lhas, o que pode trazer prejuízos financeiros e à imagem da desses profissionais. Outra forma de controle e repressão

de cláusulas abusivas no direito francês ocorre diretamente pelo Estado que, mediante a atuação de um Conselho poderá, com auxílio da comissão supramencionada, estruturar, limitar ou até mesmo vedar determinadas cláusulas no mercado de consumo. As cláusulas vedadas pelo Conselho são externadas mediante decreto, ou seja, possui força cogente e, ainda, são consideradas não escritas caso estejam impressas em qualquer contrato de consumo. Independentemente da existência ou não de decreto que vede a existência de cláusula abusiva, pode o judiciário declarar a abusividade de uma cláusula contratual de consumo, excluindo-a do instrumento ou integrando-a de forma que não gere desequilíbrio contratual. No Brasil há sistema semelhante com a adoção de portarias pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, mas sem caráter imperativo e sem a eficiência que se poderia esperar.[112]

Seguindo o modelo alemão, a legislação francesa elaborou uma lista geral de cláusulas abusivas, não seguindo diretamente a violação ao princípio da boa-fé, mas focada na possibilidade de desequilíbrio contratual e, para as cláusulas que possam onerar, ainda que não excessivamente o consumidor, devam ser redigidas de forma clara, sob pena de não gerarem efeitos ao não profissional (consumidor). Havendo ambigüidade ou dificuldade de interpretação da cláusula, esta será interpretada em benefício do não profissional, como ocorre no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, em seu artigo 47.

4.3 ARGENTINA

Como ocorre no Brasil, a Argentina prevê em sede constitucional a proteção do consumidor, entretanto, avançou na matéria e indicou expressamente os direitos básicos do consumidor, como a proteção à saúde, segurança, informação adequada etc.[113]. No mesmo texto constitucional há a obrigação do Estado em dar educação focada para o consumo, o que torna expresso o reconhecimento da complexidade da sociedade de consumo de massa e a preocupação do Estado e preparar esse consumidor para essa sociedade. Há também no texto constitucional a menção de

[112] A análise das portarias editadas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça será realizada no item 5.8.2, que trata do controle administrativo das cláusulas abusivas.
[113] SODRÉ, Marcelo Gomes, *Formação do sistema nacional de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.266-280.

ações coletivas para a tutela dos direitos dos consumidores, podendo os legitimados, como ocorre na legislação brasileira, pleitear a defesa desses direitos de maneira coletiva.

No que se refere à legislação infraconstitucional na Argentina, a lei que trata sobre a defesa do consumidor, Lei n. 24.240/93, sofreu grande modificações introduzidas pelas Leis n. 24.568, Lei n. 24.786, Lei n. 24.999 e, por último, a Lei n. 26.361, de 03 de abril de 2008, estabelece em seu capítulo IX as definições e a metodologia de controle das cláusulas abusivas, contudo, sem conceituá-las. Essa tarefa coube ao Decreto n. 1798/94 de 13 de outubro de 1994, que, regulamentou a referida lei, em seu artigo 37: "Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".

Como previsto pelo § 2º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a lei argentina, no *caput* do artigo 37, assevera o princípio da manutenção dos contratos, de certo modo confirmando legalmente a importância do instrumento contratual no desenvolvimento da sociedade, conforme visto anteriormente.[114]

Os artigos 37 e seguintes do Capítulo IX da Lei n. 24.240/93 não conceituam o que seria uma cláusula abusiva, mas indicam algumas de suas características, reputando-as de não ajustadas, além de indicar um rol de cláusulas abusivas, a exemplo das cláusulas que desnaturam as obrigações ou limitam a responsabilidade por danos, as que importam renúncia ou restrição dos direitos do consumidor ou ampliam os direitos da outra parte e as que imponham a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. Uma metodologia de interpretação pode ser extraída do artigo 37 da Lei n. 24.249/93:

> "ARTICULO 37.- Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

[114] A menção do contrato como fomentador do desenvolvimento social encontra-se no Capítulo 1 deste trabalho, onde se analisa o *princípio da função social do contrato*. Guido Alpa, sobre o princípio da conservação do contrato: "Anch'esso opera in tutti gli ordinamenti, e obbedisce a uma esigenza economica elementare di salvezza degli atti e di mantenimento dell'affare" (*Il diritto dei consumatori*, p. 206).

> a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
>
> b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la outra parte;
>
> c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
>
> La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.
>
> En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

A legislação argentina atribuiu ao magistrado a relevante função de analisar globalmente o instrumento contratual desde seu momento pré-contratual e, havendo a declaração de nulidade de uma ou mais cláusulas contratuais, deverá, sempre que necessário integrar, complementar o contrato de forma que tenha condições de existência, sem gerar desequilíbrio às partes. Ainda, a lei argentina imputa à *Secretaria de Industria y Comercio* o dever de fiscalizar os contratos de consumo:

> "Art. 38: Contrato de adhesión. Contratos en formulários: La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios,

> reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido".

O controle é evidente nos contratos de adesão, em que as cláusulas são redigidas unilateralmente, além da lei argentina tratar sobre a adequação dos contratos dependentes da aprovação de outra autoridade nacional ou provinciana (estadual):

> "Art. 39: Modificación de contratos tipo: Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación".

Portanto, havendo a constatação de cláusula contratual abusiva, a legislação argentina a considera como inválida, nula de pleno direito e não escrita. Se houver dúvida de interpretação, como ocorre no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro em seu artigo 47, interpretando-a favoravelmente ao consumidor.

Por fim, relevante mencionar que o sistema jurídico argentino permite a utilização de tribunais arbitrais para solucionar conflitos individuais de consumo, o que parece estar longe de aceitação no Brasil por parte dos consumidores, que parecem dar mais preferência à manifestação judicial.

5. CLAÚSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor destaca o direito básico do consumidor, protegendo-o contra as cláusulas abusivas[115], estipulando ainda no artigo 51, um rol exemplificativo das cláusulas mais comuns encontradas nos contratos de consumo. A indicação expressa da vedação de cláusulas abusivas como direito básico do consumidor é uma demonstração clara da tentativa de controle do poder econômico por parte do Estado. A possibilidade de o magistrado declarar *ex officio* a nulidade de cláusulas consideradas abusivas é um grande instrumento de pacificação social, decorrência lógica do diploma de bases principiológicas.

Embora os princípios protetivos dos consumidores não estejam expressamente arrolados no texto constitucional, como ocorre na Constituição Argentina, pela simples menção da proteção do consumidor como direito primeira grandeza, por estar incluído em cláusula pétrea e como um dos fundamentos da ordem econômica na Constituição da República de 1988, significa dizer que a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de controle do mercado de consumo é premente. A partir desse reconhecimento de vulnerabilidade do consumidor, diversos princípios decorrem automaticamente, como forma a proteger essa peça fundamental na relação de consumo, tais como: o princípio da informação ao consumidor, princípio da boa-fé, dentre outros. Esses princípios estão implícitos no texto constitucional, mas corolários diretos da vulnerabilidade do consumidor, foram positivados no Código de Defesa do Consumidor.

5.1 PRINCÍPIOS ADOTADOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor tem fundamentação constitucional, conforme se depreende de seu artigo 1º:

---

[115] "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços".

> "O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

Isso lhe dá um *status* de microssistema diferenciado, pois além de possuir regras específicas próprias, possui ligação intrínseca com a Constituicão Federal, já que desta se originou. A previsão da defesa do consumidor em seu artigo 5º, demonstra a importância do tema ao erigi-lo como cláusula pétrea. A importância da inserção dos direitos do consumidor como parte integrante dos direitos e garantias fundamentais, demonstra sua intangibilidade como direito e proteção da coletividade, não podendo ser alterado pelo poder constituinte derivado, muito menos por legislações infraconstitucionais que violem os princípios sociais da Carta Magna, tanto em relação aos direitos específicos do consumidor, como em relação à ordem econômica em que estão inseridos. As cláusulas pétreas da Constituição Federal encontram-se indicadas no § 4º, do artigo 60: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Trata-se de um código principiológico, que lhe permite em eventuais confrontos de normas ser considerado superior hierarquicamente, assim, mesmo nas hipóteses de leis posteriores de mesmo nível hierárquico a lei principiológica prevalece. Entende-se por lei principiológica, nos dizeres de Luis Antonio Rizzatto Nunes:

> "... aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da lei n. 8.078/90, de tal

> modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito".[116]

Por conseqüência lógica, se houver legislação posterior e de mesmo nível hierárquico do que o Código de Defesa do Consumidor, tratando sobre o mesmo tema, prevalecerá a lei mais benéfica ao consumidor, por não colidir com o diploma originário e principiológico.

5.1.1 Princípio da Boa-Fé Objetiva

O princípio da boa-fé objetiva passou ao largo do Código Civil de 1916. A ausência de previsão expressa da regra de conduta da boa-fé objetiva no Código Civil de 1916 não significa que a boa-fé não estivesse prevista no diploma; considerada pelo Código, mas apenas em alguns contratos estava indicada no texto, como nos contratos em que o indivíduo que indevidamente recebeu um imóvel, mas que o alienou de boa-fé, responde apenas pelo preço recebido (artigo 968 do Código Civil de 1916).[117] Diversamente ocorreu no atual Código Civil de 2002, no qual há menção expressa do princípio da boa-fé:

> "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Porém, antes do advento do Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, previu expressamente o princípio da boa-fé:

> "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência das relações de consumo, atendidos os

---

[116] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 66.
[117] Nesse sentido, WALD, Arnoldo, op. cit., p. 187-188.

> seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".
>
> "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e eqüidade".

O princípio da boa-fé deve ser adotado em qualquer ajuste, seja público, seja privado, pois as partes devem se comportar com lealdade e honestidade, sem frustrar as expectativas relacionadas ao negócio celebrado com o objetivo de harmonizar seus interesses, especialmente nos contratos de adesão.[118] Trata-se da boa-fé objetiva que deve ser seguida como regra de conduta pelos contratantes, constituindo-se verdadeira situação de confiança entre as partes, fundada positivamente na boa-fé que acompanha todo o processo contratual. Menezes Cordeiro, ao introduzir o tema boa-fé na cultura jurídica contemporânea, afirma que a boa-fé objetiva é de origem jurisprudencial, não da lei, mas de aplicação do juiz que deve dar solução às diversas situações que carecem de regulação e esse poder integrativo do julgador que deu nova característica à boa-fé. E ainda afirma, reconhecendo a motivação da importância da boa-fé:

> "O dever de julgar, em quaisquer circunstâncias, deu, à boa fé, um relevo dogmático real: ela assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja, por fim, realizando, na vida

[118] ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 1999. p. 204.

> real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indicou".[119]

Trata-se da *teoria dos deveres unitários de proteção* de Canaris, citada e defendida por Menezes Cordeiro:

> "desde o início das negociações preliminares, constituir-se-ia, entre os intervenientes, um dever específico de protecção, derivado da situação de confiança suscitada e fundado, positivamente, na boa-fé; esse dever subsistiria, com essa mesma natureza legal, durante a vigência do contrato, podendo sobreviver-lhe, e estendendo-se, ainda, às hipóteses de nulidade contratual e de protecção a terceiro".[120]

Não basta, por certo, fundar-se a boa-fé apenas na vontade das partes, mas do próprio sistema que impõe a conduta.[121] Isso não significa que a boa-fé seja fonte das obrigações, Menezes Cordeiro afirma que a boa-fé apenas normatiza determinados fatos, sendo estes, fontes das obrigações. Assim, pode-se analisar o contrato como fonte efetiva de obrigação dos deveres contratuais, mas que nem sempre é suficiente para que os critérios de determinação dos deveres de comportamento sejam analisados de forma adequada, cabendo ao intérprete procurar esses critérios de outras maneiras, atentando-se ao caso concreto.[122]

Já o princípio da boa-fé subjetiva não é de grande valia na interpretação das cláusulas contratuais oriundas das relações de consumo, eis que irrelevante se o fornecedor tem conhecimento ou não de que uma cláusula contratual é abusiva; havendo contrariedade ao Código de Defesa do Consumidor, constatada está, objetivamente, a violação ao princípio da boa-fé. Por esse justo motivo é que a boa-fé objetiva dá uma resposta à altura das questões que envolvem cláusulas abusivas; não entra no cerne do subjetivismo das partes, apenas constata o vício e corrige-o.

---

[119] CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 43; 46.
[120] Idem, op. cit., p. 635-636.
[121] Ibidem, p. 640-641.
[122] Ibidem, p. 646-647.

A boa-fé deve ser adotada como norma de conduta e lealdade entre os contratantes, não se permitindo ludibriar o parceiro comercial em que a confiança deve imperar. Nesse sentido, afirma Antonio Junqueira de Azevedo sobre a boa-fé objetiva:

> "... constitui, no campo contratual – sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento -, norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes; o pensamento, infelizmente, ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual, deve ser definitivamente afastado. É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc.".[123]

Por essa razão que a cláusula geral de boa-fé deve ser interpretada como uma verdadeira norma comportamental cogente, que, em qualquer fase do processo contratual, obriga às partes respeitarem-se de forma homogênea, segundo a regra da mais absoluta lealdade. Em resumo, a boa-fé, no entender de Antonio Junqueira de Azevedo, com o qual concordamos, cria três deveres principais: o da *lealdade*; o da *informação*, informar de maneira correta, ou seja, *bem informar* o consumidor sobre o teor contratual, e, finalmente, o de *não abusar do consumidor*. É o dever de cooperação entre as partes que, sem perder de vista o princípio da boa-fé objetiva, determina às partes agirem de forma claramente solidária, colaborando-se mutuamente para que os fins desejados da relação contratual sejam alcançados.

A cooperação entre os contratantes deve superar a compreensão mediana do pacto e de seus agentes, a realidade objetiva de cada pólo contratual deve ser respeitada, visando sempre o pacífico trâmite contratual e a manutenção do acordo. A própria expressão *pólo contratual* apresenta certo sentido equívoco, em razão da

---

[123] AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 176-177.

inadmissibilidade da existência de interesses opostos na relação contratual tratada sob o princípio da boa-fé.

5.1.2 Princípio da Transparência - Informação

Princípio básico norteador das relações jurídicas pautadas na boa-fé, a transparência, quando respeitada nas relações contratuais entre consumidor e fornecedor, torna o eventual ajuste das partes plenamente eficaz. Isso porque o consumidor ciente de todas as características do produto ou do serviço, dos termos contratuais que lhe tragam maior ônus etc., certamente ao contratar com o fornecedor terá melhor discernimento se poderá convalidar o ato da contratação e dar cabo das obrigações assumidas durante a execução do contrato. Já o consumidor que não tenha obtido por parte do fornecedor todas as informações relevantes pertinentes à contratação, muitas vezes poderá vincular-se a determinada obrigação sem saber que futuramente não terá condições de adimpli-la ou até mesmo pelo fato do produto ou serviço adquirido lhe ser imprestável. O Superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimento de que a oferta de determinado serviço e, quando do fornecimento outro é prestado ao consumidor, há o completo inadimplemento do contrato, assim, a Ministra Nancy Andrighi exarou seu voto quando do julgamento do REsp n. 773.994 – MG - 3ª Turma, j. em 22.05.2007: “Assim, oferecer ao consumidor um mestrado, e fornecer-lhe uma especialização não reconhecida pela CAPES/MEC não implica *adimplemento defeituoso* da obrigação contratual, mas *inadimplemento absoluto*”, o que torna o serviço imprestável ao objetivo do consumidor, especialmente àqueles que cursam o mestrado para obter a docência, exigida por diversas instituições de ensino.

A transparência que se exige do fornecedor é aquela ativa, ou seja, que o obriga a fornecer todas as informações relevantes ao consumidor, independentemente deste não questionar o contrato, o produto ou o serviço que está no mercado de consumo. A ausência de informação clara ao consumidor não produz efeitos contrários a ele. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem reconhecendo em diversos contratos a inaplicabilidade de cláusula restritiva de direito se não informada com transparência ao consumidor: “A exclusão de

determinado tipo de cirurgia em plano de saúde, abstraída a questão de adaptação da Lei 9.656/98, deve ser clara, indiscutível e precisa no contrato" (TJSP, Ap. Cív. 378.809.4/0-00, rel. Des. Gilberto Souza Moreira, j. 22.03.2006).[124]

Ademais, o fornecedor deve envidar esforços para expor ao consumidor todas as limitações do contrato que está prestes a ser celebrado. Essa obrigação do fornecedor para com o consumidor de obrigá-lo a uma compreensão precisa deve ser adotada em todos os contratos, sob pena de não obrigar as partes quando da interpretação do contrato com o instrumento do artigo 49 (interpretação favorável ao consumidor) e 4º, ambos do Código Protetivo e com acolhida nos tribunais. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando apreciou a Apelação Cível n. 169.475.4/5-00, no voto do rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 23.08.01, interpretou cláusula de exclusão genérica em contrato de seguro-saúde contrariamente ao seu redator, por não dar os limites do contrato ao consumidor, violando o princípio da transparência das relações de consumo:

> "Ademais, conquanto se admita a aplicação à hipótese do art. 1.460, do Código Civil, cuidando-se de cláusula limitativa do direito do consumidor segurado, era mister que fosse redigida 'com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão' (C.D.C., art. 54, § 4º). Ora, a alínea 'h', da cláusula 3ª, do contrato de seguro sub judice, ao dispor que o seguro não compreende as despesas decorrentes dos 'casos crônicos e suas conseqüências', não permite de modo algum ao segurado a compreensão da precisa extensão dessa exclusão. Aliás, tal cláusula limitativa genérica é mesmo contrária ao princípio da transparência nas relações de consumo (C.D.C., art. 4º, caput), cujo corolário é o direito do consumidor à informação".[125]

Para Cláudia Lima Marques, houve efetiva inversão *ex lege* de ônus da prova com troca de posições entre fornecedor e consumidor. O consumidor que era o

---

[124] No mesmo sentido: "Obrigação de fazer com tutela antecipada – Alegação de procedimento não autorizado e sem cobertura – Relação de consumo – Necessidade de informação e transparência no contrato com relação à exclusão de doenças e procedimentos – Inocorrência no contrato discutido – Ação julgada procedente - Recurso da ré improvido" (Ap. Cív. 203.315.4/2-00, rel. Des. Álvares Lobo, j. 24.08.2005).

[125] Cf. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank, op. cit., p. 191.

responsável e o interessado pela busca das informações decorrentes do contrato em vias de ser celebrado tornou-se o elemento passivo na relação, na qual cabe ao fornecedor dar-lhe todos os esclarecimentos decorrentes do contrato, mesmo que este não solicite.[126] A eventual omissão do fornecedor viciará a contratação, não obrigando o consumidor, conforme expresso no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor.

A transparência exigida do fornecedor deve estar presente em todos os momentos da contratação, seja no momento da fase pré-contratual[127], durante a execução do contrato ou até mesmo após a execução do contrato. O artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade pós-contratual, mas, possui ligação com o direito à informação do consumidor, pois constatado o vício (ou defeito quando gerador de acidente de consumo) no produto ou serviço deve o fornecedor não apenas comunicar o fato às autoridades competentes, mas também aos consumidores, como atitude intrínseca ao princípio da transparência nas relações de consumo. Com fundamento no princípio da transparência, cabe ao fornecedor o dever de informar corretamente o consumidor para que este tenha absoluta ciência das obrigações que serão assumidas e para a própria segurança jurídica do fornecedor, que terá celebrado, então, uma contratação válida e, conseqüentemente, menos sujeita à intervenção administrativa ou judicial. A possibilidade de intervenção pode ser reduzida com a adoção de redação mais clara por parte do fornecedor, mas isso não o exime de eventuais abusos contratuais.[128]

5.1.3 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

O artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, especifica que a Política Nacional das Relações de Consumo deve reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, tornando legítima sua proteção pela aplicação das normas legais, com o objetivo de limitar a preponderância jurídica do fornecedor em relação ao consumidor.

---

[126] MARQUES, Claudia lima, op. cit., p. 717.
[127] Artigos 31; 37, § 3º; 46, do Código de Defesa do Consumidor.
[128] Nesse sentido, ALPA, Guido, op. cit., p. 206.

Como já mencionado no texto[129], a massificação das relações de consumo além de fortalecer as negociações bilaterais de adesão, tornou o fornecedor efetivo detentor do poder econômico, já que, habituado às questões do dia-a-dia negocial, consegue prever com grande facilidade diversas situações em contrato, de forma a resguardar-se juridicamente. Sendo a atividade do fornecedor de produtos ou serviços habitual, este possui grande conhecimento não apenas do mercado em que atua, mas também do próprio produto ou serviço que oferece ao consumidor. Conseqüentemente, com esse conhecimento técnico, o fornecedor saberá identificar com maior facilidade tanto as vantagens como as desvantagens de seus produtos ou serviços, podendo disfarçar as desvantagens, omitindo informações, ou até mesmo limitando sua responsabilidade no contrato a ser celebrado com o consumidor, justamente nos tópicos mais frágeis do seu produto ou serviço.[130]

A inferioridade do consumidor, especialmente pela ausência de habitualidade no mercado de consumo ou até mesmo perante o Poder Judiciário, deixa clara a necessidade de um resguardo legal que tenha por finalidade equiparar os contratantes. Enquanto o fornecedor é um litigante habitual, sabedor muitas vezes do posicionamento de cada tribunal, de cada magistrado, as provas que eventualmente precisará produzir para obter o convencimento dos magistrados, o consumidor, como litigante não usual, não poderá precaver-se dessa realidade fática, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor reconhece essa vulnerabilidade real do consumidor e busca extingui-la. Assim, em face da limitação do consumidor para negociar com o fornecedor, em especial pelas questões técnicas e jurídicas, cabe ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor reconhecê-la e resguardá-la de forma cogente.

5.1.4 Princípio do Equilíbrio Contratual

---

[129] Capítulo 3 – A massificação das relações de consumo.

[130] Um exemplo sobre a limitação de responsabilidade do fornecedor nos contratos de consumo está expresso no Capítulo 6, item 6.1 – Contratos de cartão de crédito, em que as administradoras de cartão de crédito inserem no contrato cláusula contratual que imputa ao titular do cartão a responsabilidade pelas despesas efetuadas por extravio do cartão, até o momento da comunicação do consumidor do fato à administradora. Referida cláusula será tratada com mais vagar no capítulo indicado.

O equilíbrio é fundamental para o êxito dos ajustes em geral. Desse modo, a comutatividade deve ser a regra nas contratações, ressalvadas algumas exceções que podem ocorrer nos contratos administrativos, em que a comutatividade existe, mas fica em segundo plano, pois há a prevalência da Administração Pública sobre o particular, tendo como maior exemplo as cláusulas exorbitantes, que são inadmissíveis no Direito Privado, mas aplicáveis no Direito Público. As cláusulas exorbitantes, sem aplicação no Direito Privado, isso se ainda considerarmos essa divisão tradicional, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles são:

> "... as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares".[131]

Enquanto no âmbito do direito administrativo pode haver relativa desigualdade das partes, nos ajustes celebrados sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, em que se busca a proteção do consumidor e sua equivalência real com o fornecedor, o equilíbrio contratual deve ser um imperativo. Por esse motivo o Código de Defesa do Consumidor reputa nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor).

Inadmissível, portanto, no microssistema das relações de consumo a existência de cláusula que dê vantagem manifestamente excessiva ao fornecedor sem dar os mesmos direitos ao consumidor (artigo 51, inciso XI, do Código de Defesa do Consumidor). Enfim, a ocorrência do desequilíbrio econômico no contrato ou o

---

[131] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 213.

desequilíbrio decorrente dos direitos e deveres das partes podem ensejar o término da relação contratual, pois violam o princípio do equilíbrio contratual, seja o desequilíbrio em prejuízo do consumidor, ou do fornecedor (artigo 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

5.1.5 Princípio da Função Social do Contrato

A função social do contrato como princípio é o instrumento limitador e controlador dos contratos, que são um reflexo da sociedade. Uma manifestação social que merece a proteção da lei. Com base nesse princípio, o Estado poderá intervir nas relações privadas em nome e para a proteção não apenas do eventual equilíbrio contratual das partes, mas para proteger a coletividade, que também se expressa mediante os contratos. O contrato gera efeitos à sociedade, pois decorre da livre iniciativa do indivíduo. Na Constituição Federal, o artigo 1º, inciso IV, estabelece como um dos fundamentos da República o *valor social da livre iniciativa*. Essa livre iniciativa merece a atenção e o controle protecionista do Estado, eis que os contratos que respeitam a coletividade tornam a convivência social harmônica e menos conflituosa. Cabe ao intérprete do contrato de consumo analisá-lo não como uma produto isolada do sistema jurídico em que foi elaborado, mas como peça integrante e responsável pela circulação de bens e riquezas que deve ser protegido, exceto quando efetivamente impossível. Caso assim não fosse, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, § 2º, não teria expressado que a nulidade de cláusula não invalidaria o negócio jurídico, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços para manter sua existência, resultar ônus excessivo a qualquer das partes.

A preservação do contrato, excetuada a regra acima mencionada, é uma forma do Código de Defesa do Consumidor validar a importância de sua função social e econômica como instrumento de fomentação de riquezas e de demonstrar a eventual contraposição de princípios sem que haja a completa supressão de um pelo outro, como o da função social do contrato e da livre iniciativa.

5.2 CONCEITO DE CLÁUSULA ABUSIVA

O Código de Defesa do Consumidor não definiu o que seria uma cláusula abusiva, o que inclusive poderia limitar a atuação do intérprete da norma, mas, ao invés disso, preferiu especificar algumas de suas características no seu artigo 51, assim, *denifindo-a*. No dicionário jurídico de Maria Helena Diniz, cláusula abusiva possui a seguinte definição:

> "É a desvantajosa, desleal ou leonina para o consumidor, diminuindo seus direitos, que, se inserida no contrato de fornecimento de produtos e serviços, será nula de pleno direito. Considerar-se-á abusiva, por exemplo, dentre outras, a que: a) exonerar a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços; b) permitir ao fornecedor o aumento unilateral do preço; c) admitir a perda do bem e do valor já pago se houver atraso no pagamento das prestações por um certo período; d) prescrever a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; e) autorizar o fornecedor a cancelar ou modificar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; f) impuser representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; g) estiver em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor etc.".[132]

Percebe-se que a definição mencionada acaba por utilizar as características expressas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor sobre as cláusulas abusivas. Ou seja, são cláusulas que violam o equilíbrio contratual das partes e que levam vantagens apenas ao fornecedor, cláusulas leoninas que violam a comutatividade contratual. Nesse sentido, De Plácido e Silva conceitua a cláusula leonina:

> "Assim se dirá a cláusula que, disposta em contrato, tenha o objetivo de atribuir a uma ou a algumas das partes contratantes vantagens desmesuradas em relação às outras, seja concedendo-lhes lucros desproporcionais em relação à sua contribuição contratual, em face da

[132] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 598.

> contribuição também prestada pelas demais partes, seja porque as isenta de quaisquer ônus ou responsabilidades, somente se lhes outorgando direitos".[133]

Além da cláusula leonina, uma cláusula potestativa pode violar o direito do consumidor, mas é relevante mencionar que a simples cláusula potestativa pode não violar tal direito. No ordenamento jurídico brasileiro existe a previsão da cláusula potestativa pura, que outorga direito apenas a uma das partes, e a cláusula potestativa simples. A cláusula potestativa pura não é admitida como válida no direito pátrio, mas a cláusula potestativa simples é admitida em nosso direito. Um exemplo de cláusula potestativa simples pode ocorrer na hipótese da celebração de um contrato de empréstimo pessoal, no qual conste a possibilidade da instituição financeira prever unilateralmente a possibilidade de, na hipótese de inadimplemento, sacar o valor de eventuais investimentos do consumidor que não tenham relação direta com o cumprimento da obrigação. O Superior Tribunal de Justiça já exarou entendimento cuja transcrição é esclarecedora:

> "DIREITO DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. CLÁUSULA ABUSIVA. ART. 51, IV, CDC. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I – Na linha da jurisprudência desta Corte, aplicam-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor.
>
> II – Não é abusiva a cláusula inserida no contrato de empréstimo bancário que versa sobre autorização para o banco debitar da conta-corrente ou resgatar de aplicação em nome do contratante ou coobrigado valor suficiente para quitar o saldo devedor, seja por não ofender o princípio da autonomia da vontade, que norteia a liberdade de contratar, seja por não atingir o equilíbrio contratual ou a boa-fé, uma vez que a cláusula se traduz

[133] SILVA, De Plácido e, op. cit., p. 173.

> em mero expediente para facilitar a satisfação do crédito, seja, ainda, por não revelar ônus para o consumidor.
>
> III – Segundo o magistério de Caio Mário, 'dizem-se [...] postestativas, quando a eventualidade decorre da vontade humana, que tem a faculdade de orientar-se em um ou outro sentido; a maior ou menor participação da vontade obriga distinguir a condição simplesmente postestativa daquela outra que se diz potestativa pura, que põe inteiramente ao arbítrio de uma das partes o próprio negócio jurídico'. [...] 'É preciso não confundir: a 'potestativa pura' anula o ato, porque o deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes. O mesmo não ocorre com a condição 'simplesmente potestativa'".[134]

Evidente, portanto, que nem todas as cláusulas potestativas devem ser consideradas abusivas, exceto aquelas que permitem a uma das partes o efetivo controle sobre o contrato, tornando ou podendo tornar iníqua a relação. Ainda na análise do conceito de cláusula abusiva, Cláudia Lima Marques assim se posiciona:

> "A abusividade de cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de autuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (Machtposition)".[135]

O desequilíbrio dos direitos e obrigações das partes pode ser adotado como uma efetiva fórmula de localização de cláusulas abusivas. O artigo 3º da Diretiva 93/13 do Conselho da Europa – Comunidade Econômica Européia, refere-se à cláusula abusiva como aquela que "a despeito da exigência da boa-fé, der origem a

---

[134] REsp n. 258.103 – MG - 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 20.03.2003, por v.u.

[135] MARQUES, Claudia Lima, op. cit., p. 161.

um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato". Em direção à adoção do desequilíbrio como norte na consideração do que seria uma cláusula abusiva, em nossa opinião, a definição mais completa para o entendimento do que seria uma cláusula abusiva foi elaborada por Fernando Noronha, *in verbis*:

> "Essas cláusulas que reduzem unilateralmente as obrigações do predisponente e agravam as do aderente, criando entre elas uma situação de grave desequilíbrio, são as chamadas 'cláusulas abusivas'. Podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita de sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual ('cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas'), escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé ('cláusula-surpresa'). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e obrigações de uma e outra parte".[136]

Logo, havendo um descompasso na relação contratual de consumo em prejuízo do consumidor, parte vulnerável da relação, poder-se-á, analisando o caso concreto, afirmar que a cláusula geradora desse desequilíbrio é abusiva e extirpá-la do instrumento contratual.

5.3 CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS

As condições gerais dos contratos, ou cláusulas gerais dos contratos[137], são preestabelecidas pelo fornecedor com o objetivo de facilitar as contratações de massa, mas distinguem-se do contrato de adesão ao serem estipuladas em

---

[136] NORONHA, Fernando, op. cit., p. 248.

[137] Fernando Noronha prefere a adoção da designação de cláusulas gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais ao invés de condições gerais dos contratos, com origem na terminologia alemã (NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, out./dez., 1996. p. 108.).

documento diverso daquele. Outra diferença é a que as condições gerais são mais rígidas às a alterações se comparadas ao contrato de adesão, eis que direcionadas a um número ilimitado de consumidores, prevendo direitos e deveres às partes, vinculando-as, enquanto o contrato de adesão pode, em raros casos, ser alterado. O que não afetará sua natureza jurídica, porque mesmo que haja a alteração de seu teor, não perderá sua característica básica de contrato adesivo (artigo 54, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor).

Diversamente do que ocorre com o contrato de adesão, as condições gerais dos contratos são intrínsecas à fase pré-contratual, reforçando o supracitado, enquanto que o contrato de adesão é a conclusão negocial entre fornecedor e consumidor, cabendo a este a possibilidade de aderir ou não ao instrumento. Um exemplo comum de cláusulas gerais dos contratos, ocorre em estacionamentos privados (de supermercados, shoppings etc.) em que na entrada há uma placa indicativa das responsabilidades do estacionamento, condições gerais aplicadas indistintamente a todos que utilizarem do serviço ofertado.[138] De todo o modo, mesmo que as condições gerais não integrem o instrumento de adesão, o consumidor deve ter acesso ao seu conteúdo, sob pena de aplicação da penalidade legal prevista no artigo 46, do Código de Defesa do Consumidor, que excetua a obrigação contratual ao consumidor nesta hipótese. Essa preocupação da Lei decorre da situação de primazia do fornecedor na posição de contratar com o consumidor, podendo inserir tanto no próprio instrumento de contratação como nas condições gerais do contrato, situações que diminuam seu risco negocial. E muitas vezes a redução do risco de contratar por parte do fornecedor coloca o consumidor em uma posição de desvantagem exagerada na relação contratual, tornando abusivas as condições contratuais gerais.

O Código de Defesa do Consumidor não faz diferenciação entre condições gerais do contrato ou cláusulas abusivas, tratando ambas como integrantes do mesmo instrumento, não importando que algumas façam referência às questões globais do contrato e outras se refiram às questões particulares, portanto, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor que exemplifica as cláusulas abusivas, deve ser aplicado tanto às condições gerais do contrato como às condições específicas. E

---

[138] Cf. NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, p. 108, out./dez., 1996. p. 110.

a declaração de nulidade pode afetar tanto as condições gerais estipuladas pelo particular como as condições gerais estipuladas pelo Poder Público, pois ainda que o Poder Público determine uma cláusula geral abusiva, o Código de Defesa do Consumidor a desconsiderará do contrato. Não se pode ignorar que a participação do Poder Público dá mais força ao instrumento por ele fiscalizado, contudo, esse poder não deve ser tratado de forma a validar cláusula eventualmente abusiva, cabendo ao Estado por meio do Poder Judiciário adequar o contrato aos termos do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de um controle exercido pelo Poder Público que gera uma presunção de imparcialidade, pelo objetivo intrínseco da Administração Pública de velar pelo interesse público.[139]

Já o controle administrativo prévio que pode ser exercido pelo Ministério Público, foi afetado com o veto presidencial ao § 3º, do artigo 51 e § 5º, do artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor, especialmente em razão da previsão de que a decisão do Ministério Público teria efeito *erga omnes*. O Ministério Público não está impedido de fiscalizar administrativamente os contratos de consumo bem como suas condições gerais, pois pode fazê-lo mediante a instauração de Inquérito Civil, com a conseqüente propositura de uma ação civil pública, mas o efeito *erga omnes* será atribuído apenas mediante decisão judicial (artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor), o que parece ser o mais correto, mas também cabe registrar que o efeito *erga omnes* atribuído às decisões administrativas do Ministério Público, com amplo acesso e possibilidade de exercício de defesa ao fornecedor, atribuiria a este o ônus de propor uma ação para declarar a validade da cláusula e, até sua declaração, a cláusula não seria inserida no mercado de consumo. Todavia, o Ministério Público e demais agentes legitimados pelo Código de Defesa do Consumidor podem por seu turno propor ação civil pública e requerer tutela antecipada, se devidamente demonstrados os seus requisitos autorizadores, suspendendo eventuais efeitos de cláusulas abusivas. Portanto, em relação ao veto do § 5º, do artigo 54, o efeito primordial foi a não obrigatoriedade de envio pelos

[139] Noronha, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, p. 108, out./dez, 1996. p. 98.

fornecedores de formulário-padrão ao controle do Ministério Público, o que não impossibilita a fiscalização por parte desta instituição.[140]

5.4 MOTIVAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

A inserção de cláusulas abusivas nos contratos além de ser um abuso por parte do fornecedor proponente, pode ser considerada uma técnica - ilegal, sim -, mas que tem por objetivo dar ao redator contratual uma superioridade jurídica com a transferência dos riscos contratuais ao consumidor. Pelo fato do consumidor ser econômica, jurídica e tecnicamente mais vulnerável na relação, muitas vezes essas estipulações contratuais unilaterais e prejudiciais à contratação passam despercebidas, surgindo muitas vezes no exato momento em que o consumidor necessita exercer algum direito intrínseco ao contrato, mas que esteja vedado mediante uma cláusula abusiva. Essa relação contratual acaba por sofrer forte desequilíbrio entre direitos e deveres das partes, em prejuízo do consumidor, cabendo ao Estado prover a igualdade das obrigações, e da posição dos agentes das relações de consumo, consumidor e fornecedor.

Esta é a grande problemática das cláusulas abusivas, que estipulam nos contratos previsões que reduzem de maneira unilateral as obrigações do fornecedor em prejuízo do consumidor, ignorando a realidade de vulnerabilidade deste em relação ao primeiro, aumentando ainda mais o desequilíbrio das partes, como escopo de majorar sua segurança jurídica e, por fim, sua lucratividade.[141]

5.5 CLÁUSULAS ABUSIVAS E CONTRATOS DE ADESÃO

Conforme já mencionado, o contrato de adesão tem previsão legal no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, este gênero de contrato é válido, e tanto o é, que possui previsão na própria Lei regulamentadora das relações de consumo. Por certo que sua previsão também surge em razão da facilidade de um

---

[140] Sobre os vetos presidenciais do § 3º, do artigo 51 e do § 5º, do artigo 54, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 592-594; 626-627.
[141] NORONHA, Fernando, op. cit., p. 110.

contrato elaborado unilateralmente possuir cláusulas abusivas, mas não pode ser uma premissa a ser levada pelo intérprete de modo absoluto. Desse modo, pode simplesmente existir um contrato de adesão sem qualquer cláusula abusiva, como também, pode existir um contrato paritário ou comutativo que esteja repleto de cláusulas abusivas. Nos contratos paritários, as partes negociam livremente os termos contratuais em pé de igualdade e nos contratos comutativos, os contratantes possuem condições de saber a equivalência das prestações correspondentes, sendo que cada parcela deve ter, ao menos subjetivamente, uma equivalência recíproca. Para Orlando Gomes, "a relação entre *vantagem* e *sacrifício* é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações", é o que ele chama de *certeza objetiva* das prestações, não podendo perder de vista que a comutatividade é regra a ser seguida nos contratos de consumo.[142]

A atenção especial nos contratos de adesão se refere ao fato destes serem elaborados pelo fornecedor, sendo um campo fértil à inserção de cláusulas que transfiram os riscos da contratação ao consumidor. Outra regra a ser adotada em todos os contratos, mas especialmente nos contratos de adesão, é a obrigatoriedade de serem *redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor* (artigo 54, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor). Também cabe ao fornecedor destacar as cláusulas que limitem de alguma forma o direito do consumidor (artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor), mas toda essa proteção, conforme afirmado, não ocorre simplesmente pelo fato do contrato ser nulo, mas pela possibilidade de permitir ao proponente, em razão da elaboração unilateral do instrumento, a inserção de cláusulas que possam carregar algum ônus excessivo ao consumidor, o que também não contamina todo o instrumento, já que o contrato como instrumento de desenvolvimento social deve ser mantido, sempre que seja possível e não onere em demasia qualquer uma das partes (artigo 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

5.6 CONSTATAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

[142] GOMES, Orlando. *Contratos*, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 p. 74).

Não basta simplesmente ao intérprete afirmar que determinada cláusula é ou não é abusiva, existe a necessidade da demonstração de critérios específicos que possam levá-lo a esse entendimento. E os critérios existentes à disposição do intérprete são os previstos, de maneira exemplificativa, no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, logo, nem todas as cláusulas abusivas existentes nas relações de consumo estarão nesse rol indicadas. Portanto, como não existe na legislação brasileira conceito assertivo do que seriam cláusulas abusivas[143], cabe ao intérprete da lei, especialmente aos magistrados, por meio das características e critérios especificados no Código de Defesa do Consumidor, chegar à conclusão de que determinada cláusula é, ou não, abusiva.

Por essa razão, antes de analisar as sanções às cláusulas abusivas, suas formas de controle, e até suas implicações em contratos de consumo específicos, necessário o estudo dos mais importantes critérios existentes, para a constatação de eventual abusividade em cláusula contratual.

5.6.1 Critério da Boa-Fé Objetiva

A boa-fé objetiva, como função principiológica nas relações contratuais, deve encampar toda e qualquer relação jurídica. Especialmente nas relações de consumo, deve ser aplicada como método de aferição da abusividade de cláusula contratual. Trata-se de um princípio que aplicado como critério de análise contratual, permite ao operador incisões específicas no pacto analisado, permitindo em situações excepcionais, a inaplicabilidade de norma que viole esse critério, verdadeiro princípio-construtor da sistemática contratual vigente, especialmente com reflexos nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor menciona a boa-fé no artigo 4º, inciso III e no artigo 51, inciso IV. A menção do artigo 4º, inciso III, pode ser tratada como uma regra geral, voltada especificamente ao Poder Público, enquanto que o inciso IV, do artigo 51, utiliza a boa-fé como cláusula geral direcionada aos particulares,

[143] Conforme relatado no Capítulo 5, item 5.2 – Conceito de cláusula abusiva.

decorrência da observação cogente da lealdade e probidade como deveres contratuais.[144]

Sendo a boa-fé objetiva não apenas um parâmetro mediante o qual as partes contratantes devem balizar suas respectivas condutas, mas como um verdadeiro instrumento limitador da autonomia da vontade. E sendo um fator objetivo na análise das cláusulas abusivas, pouco importa se o fornecedor agiu com má-fé subjetiva, ou até mesmo boa-fé subjetiva, porquanto, constatada a abusividade da cláusula contratual, automaticamente será desconsiderada do instrumento. E caberá ao juiz, utilizar da boa-fé objetiva como instrumento de interpretação contratual, a fim de dar ao caso concreto, que não encontre proteção legal específica, uma solução.

A criatividade do magistrado pode ser tratada como uma forma ampla de analisar diversas situações postas ao seu julgamento, isso principalmente pelo sistema de abusividade de cláusulas no Código de Defesa do Consumidor ser aberto, eis que já mencionado que o rol do artigo 51 é meramente exemplificativo. O sistema aberto permite a integração de diversas outras cláusulas que contrariem a boa-fé objetiva, permitindo uma atualização e adequação à realidade social, sem que haja constantemente a alteração da lei, até porque, se não impossível, a tarefa de relacionar todas as cláusulas abusivas existentes seria extremamente árdua e não acompanharia a contento as mudanças sociais.

Enfim, a boa-fé objetiva como fundamento da vedação de cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo tem importância ímpar, seja como senso de orientação do Código de Defesa do Consumidor, ou como cláusula geral de boa-fé aplicada nas relações entre fornecedores e consumidores.

5.6.2 Desequilíbrio Econômico Contratual

A abusividade de cláusula, ligada à questão do desequilíbrio econômico contratual, é assunto constante nos tribunais, seja em razão do instituto da lesão, prevista no Código Civil de 1916, ou do próprio Código de Defesa do Consumidor que em seu artigo 51, inciso I e § 1º, incisos II e III e § 2º, prevê expressamente a

[144] SCHMITT, Cristiano Heineck, op. cit., p. 88-89.

possibilidade de declaração de nulidade de cláusula que gere desequilíbrio econômico entre as partes. A conceituação do que seria um desequilíbrio econômico caberá ao magistrado que deve, analisar cuidadosamente as prestações e contraprestações relacionadas no negócio de consumo, a fim de concluir pela validade ou não da cláusula contratual. Por certo que o magistrado deve atentar às questões econômicas que afetem o contrato e, conseqüentemente, às partes.

No critério do desequilíbrio econômico, mesmo que uma das partes cumpra rigorosamente com suas obrigações na avença de consumo, ocorrendo o desequilíbrio, existe à parte prejudicada o direito de rever judicialmente a cláusula ensejadora da desproporção. Seja em favor do consumidor, obviamente, ou do fornecedor, eis que o equilíbrio de toda a relação deve ser mantido.

Assim como nas contratações com o Poder Público, existe a exceção de rever ou rescindir o contrato em razão de uma cláusula que afete consideravelmente o equilíbrio financeiro da avença, aplicável no âmbito privado das relações contratuais de consumo, a respectiva análise. Inclusive, como já mencionado, há previsão legal de que a nulidade de cláusula contratual não invalida por completo o negócio jurídico, exceto se, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

O desequilíbrio econômico é motivação de nulidade contratual e/ou revisão contratual, evocada por consumidores ou por fornecedores, evitando a ruína das partes e o inexorável inadimplemento contratual. Este não se confunde com o desequilíbrio entre direitos e deveres, eis que nem sempre este gera uma situação de desvantagem econômica, como por exemplo, a cláusula que compulsoriamente prevê a utilização de arbitragem para a resolução de determinado conflito (artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor). Na utilização compulsória da cláusula de arbitragem não há prejuízo financeiro direto, mas o desequilíbrio de direitos e deveres entre as partes, poderá, gerar tal ônus financeiro. Por conseqüência, essa possibilidade é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor.[145]

É certo também que cada espécie de contrato possui riscos próprios, inerentes à sua natureza, mas, toda cláusula que preveja mais direito a uma das partes em

[145] Sobre a nulidade de cláusula compulsória de arbitragem, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit., p. 577-582.

prejuízo da outra (sempre o consumidor), viola o sinalagma contratual, independentemente de questões de boa-fé subjetiva dos agentes envolvidos no contrato. Em havendo desequilíbrio financeiro ou de direitos e deveres, violado está o princípio da boa-fé objetiva (artigo 51, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor).

5.6.3 Abuso de Direito

Diversos incisos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor indicam condutas decorrentes do exercício irregular de um direito, sendo um critério legal de verificar cláusulas abusivas. O exemplo mais claro do exercício irregular de um direito, um abuso de direito, é o previsto no artigo 51, inciso VIII, em que o fornecedor mandatário abusa de um direito de representar o consumidor, causando-lhe prejuízo.

Há necessidade de demonstração do prejuízo, pois em determinados contratos, a denominada "cláusula-mandato", prevista no Código de Defesa do Consumidor como nula de pleno direito, é tida como válida, exceto prova em contrário. Um interessante exemplo de utilização da cláusula-mandato como válida, ocorre nos contratos de administração de cartão de crédito, nos quais a administradora do cartão prevê a possibilidade de representar os consumidores junto às instituições financeiras, para o fim de captar recursos que serão utilizados para financiar o saldo devedor dos consumidores, titulares de cartões de crédito. Mas, o fornecedor, a partir do momento em que abusa do direito que possui para representar o consumidor, por dolo ou culpa, o que é irrelevante às relações de consumo em que a responsabilidade do fornecedor é objetiva (exceção dos profissionais liberais) e contrata financiamento acima do valor médio de mercado, prevalecendo-se dessa previsão/posição contratual, torna nula referida cláusula e os negócios celebrados em razão dela.

Existe, mesmo que indiretamente, uma análise da conduta do fornecedor na utilização da cláusula-mandato em seu exclusivo benefício.[146] Assim, o abuso de

[146] O tema envolvendo a cláusula-mandato será tratado neste trabalho com maior minúcia no Capítulo 6, item 6.1 – Contratos de cartão de crédito.

direito pode, e deve, ser utilizado como útil instrumento na busca e constatação de cláusulas abusivas.

5.6.4 Nascimento das Cláusulas Abusivas

Apresentados os critérios para a constatação da ocorrência de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, o estudo pontual do momento exato do nascimento da abusividade contratual pode ser relevante quando de uma eventual revisão contratual.

Não é equivocado afirmar que o nascimento de uma cláusula abusiva ocorre a partir do momento em que inserida num instrumento contratual à disposição no mercado de consumo, todavia, existe a possibilidade desse contrato, mesmo estando à disposição no mercado de consumo, jamais gerar efeitos concretos por falta de aderentes dispostos a celebrar o instrumento. Certo também, mesmo que nenhum consumidor individualmente adira ao contrato viciado, os agentes legitimados pelo Código de Defesa do Consumidor, podem, ao tomar conhecimento do teor abusivo de uma cláusula contratual, propor a competente ação de caráter coletivo com a finalidade de corrigir o abuso por parte do fornecedor.

Ainda assim, concretamente, na hipótese de nenhum consumidor vir a celebrar o acordo com base no contrato mencionado, não há efeitos visíveis no mercado de consumo. Desse modo, não é equívoco dizer que a cláusula abusiva existe desde sua concepção quando da elaboração do contrato, fica incubada até que finalmente gere efeitos maléficos aos consumidores. Por outro lado, existe também a possibilidade do contrato que contém cláusulas abusivas jamais gerar efeitos, eis que durante toda a execução contratual o consumidor não ficou sujeito aos desígnios prejudiciais do contrato.

5.7 SISTEMA ADOTADO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Conforme já mencionado, o Código de Defesa do Consumidor adota o sistema aberto, em relação ao rol de cláusulas abusivas do artigo 51. O artigo é meramente exemplificativo, permitindo, além das cláusulas (situações) lá expressas, outras que venham a existir nas relações de consumo, facultando, especialmente ao juiz, ou intérprete, com muito mais facilidade, a subsunção do fato à norma. O objetivo do legislador quando da adoção do sistema aberto, era prever uma gama indeterminada de situações, diversamente do que ocorreria se adotasse um sistema fechado para a verificação das cláusulas abusivas, com base num rol taxativo, que deixaria os intérpretes da lei vinculados a um texto, possivelmente defasado num curto espaço de tempo. Diga-se de passagem que o sistema aberto do Código de Defesa do Consumidor é uma tendência atual dos legisladores. Numa sociedade dinâmica na qual as relações sofrem incessantes mudanças, torna-se impossível o acompanhar do direito positivo a essas mudanças.

Assentado o fato de que o Código de Defesa do Consumidor adotou o sistema aberto em relação às cláusulas abusivas, as cláusulas indicadas ao acaso no teor da Lei foram adotadas pelo legislador no escopo de proteger o consumidor das cláusulas abusivas mais comuns no mercado de consumo. Este é o sistema casuístico, pelo qual o legislador descreveu os fatos aos quais será aplicada Lei Protetiva. E não bastasse o sistema casuístico adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, o sistema genérico também se encontra na Lei, como, por exemplo, ocorre no artigo 51, inciso IV. Logo, com a cláusula geral adotada, decorrente do sistema genérico, há grande margem de manobra à interpretação do magistrado quando da aplicação da norma ao caso concreto.

Então, mediante cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado, a constatação da abusividade contratual dependerá, sempre, do juízo de valor do magistrado que não poderá se eximir da resposta jurídica ao caso por ausência de tipificação legal. O magistrado será, sim, o efetivo legislador e aplicador da lei nesses casos.

5.8 FORMAS DE CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

5.8.1 Controle Judicial

O Poder Judiciário é a palavra final sobre a nulidade de cláusulas contratuais e, por conseqüência, do próprio contrato de consumo, pois é o responsável pela concretude da lei mediante sentença que reconhecerá a nulidade da cláusula contratual, sendo sua natureza desconstitutiva ou constitutiva negativa, com efeitos *ex tunc*. O controle judicial pode ocorrer tanto em ações individuais, como em ações coletivas. Nas primeiras os efeitos são *intra partes*, nas segundas as decisões poderão ter efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*. Os efeitos *erga omnes* decorrem das ações em que são discutidos direitos difusos, e que com base no artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles transindividuais, indivisíveis, envolvendo indeterminadas pessoas em razão da mesma situação fática. Também são aplicáveis nas ações que envolvem direitos individuais homogêneos, mas que possuem mesma origem comum (artigo 81, inciso III). Já os efeitos *ultra partes* são aqueles aplicáveis nas ações coletivas onde o direito protegido é coletivo, ou seja, é um direito também transindividual, indivisível, envolve pessoas identificáveis, mas a ligação entre essas pessoas decorre da mesma relação jurídica base (artigo 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor).

Em razão dos efeitos atribuídos pelo Código de Defesa do Consumidor à coisa julgada das ações coletivas (artigo 103), fácil perceber a importância e responsabilidade da intervenção do Poder Judiciário quando da análise de eventuais cláusulas abusivas. O artigo 51 do Código fortalece esse poder controlador, ao deixar ao arbítrio do juiz a palavra final sobre cláusulas abusivas, conferindo-lhe o poder integrativo e completivo do contrato a ser analisado *sub judice*, mas não apenas de arbítrio além da concepção de liberdade de decisão, mas de integração limitada à natureza do contrato e sua realidade social de circulação de riquezas. Caso o artigo 51 não fosse exemplificativo, como é, a atuação do juiz ficaria restrita às condutas previstas em lei, muitas vezes impossibilitando-o de dar a prestação jurisdicional adequada, todavia, essa amplitude não significa que ele esteja livre dos trilhos da lei, pois, como sabemos se houver plena liberdade do magistrado para julgar sem vincular-se aos textos legais, desnecessário a norma, desnecessário o legislador. O Poder Judiciário teria mais relevância do que o Poder Legislativo, situação que violaria a previsão constitucional da tripartição dos poderes e o controle de freios e contrapesos (*checks and balances*) que esse sistema gera.

Pelo fato do Código de Defesa do Consumidor ser matéria de ordem pública e interesse social, conforme previsão em seu artigo 1º, há reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de que a apreciação de cláusulas abusivas pode ocorrer *ex officio*, ou seja, ainda que a parte interessada demande o fornecedor por entender que apenas uma cláusula do contrato é abusiva, pode o juiz, entendendo que outras cláusulas do instrumento serem passíveis de correção, declará-las nulas ou alterar seu teor. Todavia, alguns problemas surgem dessa faculdade atribuída ao magistrado, não podendo torná-lo absoluto na interpretação contratual, independentemente do interesse das partes desde que, sem violações legais, deve ser mantido.

A apreciação de cláusulas que imponham ao consumidor onerosidade excessiva ou vantagem exagerada ao credor, a teor do artigo 51, inciso IV, e § 1º, do referido diploma legal, por serem abusivas e atentatórias à boa-fé têm recebido o seguinte tratamento pelos tribunais:

> "AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ARRENDAMENTO MERCANTIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO SISTEMA PROTETIVO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC). NULIDADE DE PLENO DIREITO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO PELA COBRANÇA ANTECIPADA DO VALOR RESIDUAL. CARÊNCIA DE AÇÃO POSSESSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CAPITALIZAÇÃO E DE COBRANÇA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LIMITAÇÃO DOS JUROS MORATÓRIOS A 1% AO ANO. APELAÇÃO PROVIDA." (Apelação Cível Nº 70001183961, Des. Rel. Marco Antonio Bandeira Scapin, 14ª Câmara Cível – TJRS – j. 29.03.2001).

> "EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO BANCÁRIO. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 530 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

POSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DE MATÉRIA REFERENTE ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESCRIÇÃO, INDEPENDENTE DA DIVERGÊNCIA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. CONDIÇÕES DA AÇÃO. DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS. DISTINÇÃO ENTRE AS NOÇÕES DE INTERESSE PROCESSUAL E LEGITIMAÇÃO PARA AGIR NAS AÇÕES INDIVIDUAIS E NAS AÇÕES COLETIVAS. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA CARACTERIZADA, NOS TERMOS DO ARTIGO 82, IV DO DIPLOMA CONSUMERISTA. INTERESSE ADEQUAÇÃO SATISFEITO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A DEFESA DOS INTERESSES DEBATIDOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1º, II DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA C.C. ARTIGO 81 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA QUAISQUER ESPÉCIES DE AÇÕES OU PEDIDOS EM DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS, POR FORÇA DA REMISSÃO CONTIDA NO ARTIGO 21 DA LEI Nº 7.347/85. AFASTADA A ARGÜIÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADAS AS PRELIMINARES DEDUZIDAS. PRESCRIÇÃO. ARGÜIÇÃO SUSTENTADA COM BASE NO ARTIGO 26 DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. <u>MATÉRIA DOS AUTOS ATINENTE À DECLARAÇÃO DE ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E NÃO DE VÍCIOS DO PRODUTO/SERVIÇO, SEGUNDO O ARTIGO 51 DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO EX OFFICIO. QUESTÃO NÃO AFETADA PELA PRECLUSÃO.</u> ARGÜIÇÃO REJEITADA. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 3º, §2º DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. VOTO MINORITÁRIO DISTINGUINDO A INCIDÊNCIA DO REFERIDO DISPOSITIVO PARA OS CASOS DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS E SERVIÇOS BANCÁRIOS, E NÃO ÀS ATIVIDADES CREDITÍCIAS DO BANCO. VOTO CONDUTOR DETERMINANDO A APLICAÇÃO A

TODAS AS ATIVIDADES DO RECORRENTE. QUESTÃO ANALISADA À LUZ DOS PRECEDENTES QUE INSPIRARAM A REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 297 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DAS ATIVIDADES CREDITÍCIAS DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. EXTENSÃO SUBJETIVA DESSA APLICAÇÃO AOS CLIENTES DO BANCO, PESSOAS FÍSICAS, E À COLETIVIDADE DE PESSOAS, ATENDIDOS OS TERMOS DO ARTIGO 2º E SEU PARÁGRAFO ÚNICO E DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. DECLARAÇÃO DE ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. O PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA NÃO SERVIU DE ORIENTAÇÃO AOS DIPLOMAS QUE SUCEDERAM O CÓDIGO DE CIVIL DE 1916. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, NÃO POR CONSTAREM DE "CONTRATOS DE MASSA", MAS PELO CONTEÚDO ABUSIVO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DE CRÉDITOS DOS CLIENTES ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO PARA PAGAMENTO DE DÍVIDAS. SISTEMA DE AUTOTUTELA. AFETAÇÃO DE CRÉDITOS SEM QUALQUER ESPECIFICAÇÃO. DÉBITO AUTOMÁTICO EM CONTA CORRENTE. RESTRIÇÃO À DISPONIBILIDADE DO CLIENTE SOBRE O SALDO EM CONTA. POSSIBILIDADE DE SAQUE DE TODA A DISPONIBILIDADE EXISTENTE. INADMISSIBILIDADE ÀA VISTA DOS PRECEDENTES JURISPRUDÊNCIAIS QUE LIMITAM O DÉBITO EM CONTA A VALOR PERCENTUAL. HIPÓTESE DIFERENTE DA SITUAÇÃO ORDINÁRIA EM QUE O CORRENTISTA AUTORIZA O DÉBITO, POSTO QUE TEM DATA E ATÉ MESMO VALOR CERTO, PERMITINDO QUE ESTE PROGRAME SEUS GASTOS. SAQUE DE LETRAS DE CÂMBIO. DISPOSIÇÃO IMPONDO O ACEITE OBRIGATÓRIO AO CLIENTE E

> EVENTUAIS GARANTIDORES. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DÉBITO EM CONTA POUPANÇA. Dispositivo que permite a afetação do valor depositado, de forma extrajudicial, sobrepondo-se aos limites estabelecidos pelo artigo 649, X do Código de Processo Civil, para a penhora de créditos dessa natureza. Inadmissibilidade. Abusividade das cláusulas contratuais reconhecida. Embargos infringentes rejeitados". (TJSP; EI 1283795-5/02; Ac. 3637196; São Paulo; Décima Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Mário de Oliveira; Julg. 29/04/2009; DJESP 18/06/2009)

O reconhecimento dos tribunais da possibilidade análise *ex officio* das cláusulas abusivas também é encontrado no Superior Tribunal de Justiça, tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência pátria e a última instância sobre interpretação de legislação federal que não contrarie à Constituição da República 1988:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO E DECLARAÇÃO "EX OFFICIO" DA NULIDADE DE CLÁUSULA NITIDAMENTE ABUSIVA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, que autoriza a revisão contratual e a declaração de nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais abusivas, o que pode ser feito até mesmo de ofício pelo Poder Judiciário. Precedente. (REsp. 1.061.530/RS, afetado à Segunda Seção). 2. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 334991 / RS, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2001/0091951-0; Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (8185); T4 - QUARTA TURMA; JULGADO EM 10/11/2009; PUBLICAÇÃO: DJe 23/11/2009).

Todavia, ainda há no próprio Superior Tribunal de Justiça entendimento que veda a apreciação *ex officio* de cláusulas abusivas,

> "PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. DIREITOS DISPONÍVEIS. REVELIA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. APRECIAÇÃO EX OFICCIO. PRINCÍPIO DISPOSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. I - Ao dizer que as normas do CDC são 'de ordem pública e interesse social', o Art *1º da Lei nº 8.078/90* não faz indisponíveis os direitos outorgados ao consumidor - tanto que os submete à decadência e torna prescritíveis as respectivas pretensões. II - Assim, no processo em que se discutem direitos do consumidor, a revelia induz o efeito previsto no Art. 319 do Código de Processo Civil. III - Não ofende o Art *320, II do CPC*, a sentença que, em processo de busca e apreensão relacionado com financiamento garantido por alienação fiduciária, aplica os efeitos da revelia. IV - Em homenagem ao método dispositivo *(CPC, Art. 2º*), é defeso ao juiz rever de ofício o contrato para, com base no *Art. 51, IV, do CDC* anular cláusulas que considere abusivas (ERESP 702.524/RS). V – Ação rescisória improcedente". (STJ; REsp 767.052; Proc. 2005/0117282-0; RS; Terceira Turma; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; Julg. 14/06/2007; DJU 01/08/2007; Pág. 459).

É certo que a apreciação de toda a qualquer cláusula abusiva *ex officio* tornaria inaplicáveis as previsões de prescrição e decadência, tornando as matérias relacionadas às cláusulas abusivas nos contratos de consumo imprescritíveis, superando, até mesmo a própria coisa julgada, relevante instrumento de pacificação social. A prudência aliada ao dever do magistrado de julgar o feito nos limites da lide proposta, conforme previsão do artigo 128 do Código de Processo Civil, deve prevalecer.

A matéria de consumo é cognoscível *ex officio*, mas ainda que seja facultado ao juiz decidir além do pedido elaborado pelo autor, num verdadeiro julgamento

extra petita, praticar tal ato sem dar a oportunidade do requerido manifestar-se nos autos em favor de determinada cláusula, é violar o direito de defesa do fornecedor. Por analogia, é possível avocar o entendimento do professor Luiz Antonio Rizzatto Nunes sobre a inversão do ônus probatório que, em seu entender, é uma exceção à regra do artigo 333, do Código de Processo Civil e, portanto, cabe ao magistrado alertar o fornecedor da possibilidade de inversão do ônus da prova, dando-lhe a oportunidade de produzi-la. Pois bem, dada a oportunidade e esta não aproveitada pelo fornecedor, cabe ao magistrado julgar a lide com fundamento na inversão do ônus probatório prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Pode-se alegar que o juiz ao alertar a parte da possibilidade da inversão do ônus probatório no caso concreto, estaria prejulgando o feito, pois alertaria o fornecedor de que o fato controvertido só poderá ser objeto de prova por parte dele e, caso não a produza, assumiria automaticamente com a inversão e com o julgamento da demanda contrariamente aos seus interesses, entretanto, por ser a inversão do ônus probatório uma regra excepcional, a fim de não surpreender o fornecedor, deve, sim, o magistrado alertá-lo, pois é possível que o fornecedor tenha produzido todas as provas que entenda pertinentes ao caso, porém, insuficientes para o juiz resolver o ponto controvertido da lide. Assim, possível ao juiz fixar o fato controvertido da lide e alertar que, a ausência de prova, por parte do fornecedor, ou mesmo do consumidor conforme o caso, o obriga a aplicar a inversão, eis que não é possível avocar o *non liquet*.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à análise das cláusulas abusivas. O magistrado deve dar chance ao interessado de manifestar-se sobre cláusula que repute abusiva, mas nem sequer foi requerida sua declaração de nulidade na petição inicial. Preferencialmente, até o despacho saneador em que os pontos controvertidos devem ser dirimidos e o juiz, via de regra, deve saber com razoável segurança os contornos da lide. Após este momento processual, caberia à parte propor uma nova ação, incidental que seja, mas não caberia nem mesmo ao magistrado singular ou de segundo grau apreciar outras cláusulas além daquelas arroladas na petição inicial e muito menos à própria parte interessada alegar em sede recursal, pois lhe faltaria interesse de agir. A possibilidade de revisão de cláusulas abusivas por parte da segunda instância poderia ocorrer se a declaração de nulidade da cláusula debatida na instância ordinária viciar, ou seja, tornar

obrigatória a declaração de nulidade de outra cláusula, ainda que não tratada na petição inicial, mas que por interpretação lógica, sua exclusão torna-se inafastável e não tenha outra solução que a declaração de nulidade, devendo o julgador *a quem* fundamentar detidamente a questão, sob pena de violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

Outra característica que merece atenção quando do controle judicial *ex officio* das cláusulas abusivas é que o autor, via de regra, é representado por advogado, cabendo à parte e seu patrono decidirem os limites da lide. Nada impede que um consumidor discuta judicialmente cláusula de multa que repute abusiva em seu contrato de cartão de crédito, mas não faça questão de discutir uma cláusula-mandato no mesmo contrato, pois tem o hábito de financiar seu saldo devedor, tem consciência de seu funcionamento e nem sequer teria condições de, afastada a cláusula-mandato pelo magistrado *ex officio*, arcar com suas despesas à vista. Existem casos que a ausência de um advogado poderia permitir maior poder de ingerência judicial com fundamento no fato da matéria ser de ordem pública e interesse social, como ocorre nos casos de até 20 (vinte) salários mínimos em que a Lei n. 9.099/95 prevê a faculdade de advogado[147]. Nessas hipóteses, verificando o magistrado abusividade além do requerido na petição inicial, muitas vezes redigidas insuficientemente, quiçá por estudantes de direito, sem a experiência adequada que a militância do dia a dia traz, pode, em nosso entender apreciar cláusulas que não foram requeridas diretamente pelo consumidor, contudo, que tenham alguma relação com o pedido inicial sob pena de fugir completamente do objeto da causa e cercear o direito de defesa do fornecedor.

A cláusula de eleição de foro, semelhante às demais cláusulas contratuais de consumo, quando estiverem redigidas em prejuízo do consumidor, devem ser declaradas nulas. Porém, além da previsão do Código de Defesa do Consumidor que delimita o local onde será proposta a ação envolvendo relação de consumo, o Código de Processo Civil, em razão da nova redação trazida pela Lei n. 11.280/2006 estipula que “a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de

[147] A previsão da Lei n. 9.099/95 que faculta a utilização de advogados para causas até 20 (vinte) salário mínimos, embora permita à população carente o acesso ao Poder Judiciário sem o custo de um advogado, é certo também que a atuação perde em qualidade, especialmente se a parte contrária é litigante habitual.

domicílio do réu". Em relação de consumo, em decorrência do princípio da facilitação da defesa do consumidor, o reconhecimento *ex officio* da nulidade de cláusula de eleição foro em benéfico do fornecedor é pacífico:

> "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONTRATO DE ADESÃO. BUSCA E APREENSÃO. ELEIÇÃO DO FORO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. C. DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DESPROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO ADVINDA DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Contrato de adesão que se subsume às normas do Código de Defesa do Consumidor. Foro de eleição, cláusula abusiva, nos termos do art. 51, do referido diploma legal. Prevalência do foro privilegiado do consumidor. Incompetência absoluta reconhecível *ex officio*, em virtude da natureza pública da norma. Agravo improvido. Sentença mantida, para que se determine a remessa dos autos ao juízo competente". (TJRJ; AI 254/1999; Rio de Janeiro; Décima Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Carlos Guimarães; Julg. 24/03/1999)

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CIVIL. CARTA PRECATÓRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. 1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o juiz reconhecer a sua incompetência ex officio. 2. Pode o juiz deprecado, sendo absolutamente competente para o conhecimento e julgamento da causa, recusar o cumprimento de carta precatória em defesa de sua própria competência. 3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara Cível

> de Cruz Alta - RS, o suscitante". (STJ; CC 48647; RS; Segunda Seção; Rel. Min. Fernando Gonçalves; Julg. 23/11/2005; DJU 05/12/2005; Pág. 215)

O tema está pacífico no que se refere às relações de consumo, todavia, no que tange à cláusula de eleição de foro em matérias desvinculadas ao direito do consumidor, há também a possibilidade de reconhecimento de nulidade *ex officio*.

Na legislação de processo civil, a nova redação do artigo 112, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pode dar ao intérprete a certeza de que havendo previsão de foro em contrato de adesão diversa do real domicílio do réu, deve o magistrado anulá-la *ex officio*, contudo, essa não parece ser a solução mais adequada, pois não sendo contrato de consumo, a cláusula de eleição de foro, embora inserida unilateralmente, pode trazer benefícios processuais ao aderente. E, mesmo podendo o juiz apreciar *ex officio* tal cláusula, trata-se de matéria de competência relativa que pode ser convalidada pelas partes. Ainda assim, cabe ao magistrado analisar com cautela o dispositivo, pois se aplica com a recente redação do artigo 112 um preceito de direito material em norma processual, o que se pode afirmar por interpretação lógica, que o diploma processual e suas regras devem prevalecer.

Cabe ao magistrado permitir à parte adversa que se manifeste ou até mesmo tomar a decisão pelo reconhecimento *ex officio* da incompetência, mas desde que haja claro e evidente prejuízo ao réu na defesa dos seus interesses, sob pena de sua decisão interferir em direito disponível, no caso, o direito processual. Nesse sentido já existe manifestação dos tribunais:

> "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONSÓRCIO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EX OFFICIO. ADMISSIBILIDADE, FRENTE À DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PREJUÍZO DA AMPLA DEFESA DO RÉU. Não se justifica a manutenção da cláusula de foro de eleição, na medida em que resultam evidentes as dificuldades para o exercício da ampla defesa. Inaplicabilidade da Súmula nº 33 do STJ. Recurso improvido, mantendo-se a r.decisão de Primeiro

> Grau". (TJSP; AI 990.10.093329-9; Ac. 4391315; Santo André; Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Carlos Nunes; Julg. 22/03/2010; DJESP 16/04/2010)

> "AÇÃO MONITÓRIA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES E MÉDICOS. FORO DE ELEIÇÃO ABUSIVIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. DECLINAÇÃO EX OFFICIO. ADMISSIBILIDADE. A análise da nulidade da cláusula de eleição de foro deve ser adotada frente às circunstâncias de cada caso concreto, não podendo o Juízo emitir conclusão para toda e qualquer hipótese de contrato de adesão protegido pelo Código de Defesa do Consumidor; apenas situações excepcionais podem comportar o reconhecimento 'ex officio' da nulidade da cláusula eletiva de foro de, de modo a ensejar a modificação da competência. Agravo não provido. (TJSP; AI 990.10.074727-4; Ac. 4462047; São Paulo; Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Irineu Pedrotti; Julg. 03/05/2010; DJESP 17/05/2010).

Por essa razão, cabe o juiz analisar todos os detalhes do caso concreto antes de proferir decisão declinatória de competência, sendo sua decisão *ex officio* um ato de exceção.

5.8.2 Controle Administrativo

O controle administrativo de cláusulas abusivas é realizado pelos Procons (estaduais e municipais) e no âmbito federal pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão ligado à Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça. No âmbito federal mencionaremos apenas o DPDC, em que pese o fato das agências reguladoras de mercados específicos, muitas vezes, atuarem em benefício dos consumidores, a atuação das agências reguladoras tem seu foco mais direcionado à regulação do mercado do que a proteção direta do consumidor, conseqüência secundária.

Seja no nível federal, estadual ou municipal, esses órgãos administrativos são responsáveis por fiscalizar e aplicar sanções administrativas, desde o emprego de uma multa até a apreensão do bem de consumo eventualmente causador de danos aos consumidores. Os órgãos de proteção e defesa do consumidor estaduais e municipais não estão vinculados ao DPDC, havendo grande descentralização no sistema de controle administrativo, o que pode gerar diversos problemas práticos, como de fato ocorre, por exemplo, na ausência de coordenação e solução dos conflitos administrativos entre os órgãos que fazem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC.[148]

Mesmo com a possibilidade de o DPDC avocar os processos administrativos para dirimir conflitos de competência ou atuar quando os interesses envolvidos superarem a competência estadual, diversas questões, pela ineficiência prática do SNDC, surgem. Marcelo Gomes Sodré cita como exemplo de conflito, entendimentos diversos entre Procons estaduais sobre a rotulagem de pão que contem glúten; a partir do momento em que o fornecedor atende um Procon estadual, poderá ser punido pelo entendimento do outro Procon estadual ser diverso daquele? O próprio autor dá como uma solução parcial a discussão judicial, o que demonstra que o SNDC não atende, ao menos por completo, os anseios dos agentes das relações de consumo.[149] Há também a problemática da aplicação das sanções administrativas que, pelo atual Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, permite com que o fornecedor seja apenado com duas sanções administrativas, de órgãos distintos, mas, pelo mesmo fato.

O Sistema Nacional não dá uma resposta objetiva para essas situações, em que pese o Decreto Federal n. 2.181/97 prever a possibilidade do DPDC dirimir eventual conflito de competência:

> "Art. 5º Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este decreto e à

[148] SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do sistema nacional de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 194-196.
[149] SODRÉ, Marcelo Gomes, op. cit., p. 282-284.

> legislação das relações de consumo. Parágrafo único. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas de direito público distintas, para a apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pelo DPDC, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor – CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica".

Mesmo na eventualidade do DPDC avocar o processo administrativo, qual a solução que poderia dar ao caso, se qualquer intervenção direta do órgão fere a atuação do outro ente federativo?[150] Contudo, em que pese o DPDC ter a *possibilidade* de avocar os processos administrativos nas situações mencionadas, essa faculdade, em razão dos vícios apresentados não é utilizada pelo órgão, gerando muitas vezes punições ao fornecedor/administrado em duplicidade pelo mesmo fato, não restando alternativa senão a busca do Poder Judiciário para o fim de cassar o *bis in idem*. Eis uma característica prejudicial do sistema de controle administrativo de cláusulas abusivas, a possibilidade de ocorrer o *bis in idem*, pois, o fornecedor em razão de uma cláusula considerada abusiva poderá receber uma sanção por parte de um órgão de proteção e defesa do consumidor municipal, outra pelo órgão estadual e ainda pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC.

Por certo que quando da apreciação judicial de casos semelhantes ao mencionado, o *bis in idem* será afastado, não obstante, esse vício do sistema obriga a propositura de medida judicial, encarecendo o custo do fornecedor que será repassado ao consumidor final, além de retardar as soluções dos conflitos entre consumidores e fornecedores, afastando-se, neste aspecto, o controle administrativo da harmonização das relações de consumo expressa no artigo 4º, *caput*, inciso III, da Lei Protetiva. Por esse motivo, Marcelo Gomes Sodré, em sua tese de doutoramento, tece severa crítica ao *denominado* Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, apresentando as diversas incongruências do Sistema Nacional, propondo a utilização das instâncias superiores como palco de debates, com o

[150] SODRÉ, Marcelo Gomes, op. cit., p. 283.

objetivo de uniformização dos temas mais polêmicos, dando a *coerência* necessária à existência de um Sistema Nacional que legitime a construção de soluções coletivas.[151]

Também no que tange ao controle administrativo, cabe à Secretaria de Direito Econômico (SDE) divulgar uma lista com as cláusulas abusivas mais comuns relatadas pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor, em complementação à relação exemplificativa do artigo 51 (e artigo 56 do Decreto Federal n. 2.181/97). Algumas portarias foram publicadas pela Secretaria de Direito Econômico - SDE[152], mas desde 2002 nenhuma nova portaria foi publicada, talvez, em razão de serem meras recomendações, na verdade normas complementares, que, na prática, necessitam, em última análise, da avaliação e convalidação por parte do Poder Judiciário.

A apuração de cláusulas abusivas no âmbito administrativo deve ocorrer mediante a instauração de processo administrativo, garantindo ao fornecedor (administrado) todas as garantias expressas na Constituição da República de 1988, especialmente o direito ao devido processo legal e seus corolários (artigo 5º, incisos LIV e LV).

Ainda no tocante ao controle administrativo, relevante a atuação do Ministério Público, apesar do veto ao § 3º do artigo 51 que permitia à instituição o controle administrativo abstrato prévio por meio de inquérito civil, cuja decisão teria efeito *erga omnes*. Não obstante o veto, com o qual reiteramos a concordância, pelo fato do § 3º atribuir decisão de caráter geral ao Ministério Público, função intrínseca do Poder Judiciário e, ainda, que não faz parte de suas funções institucionais previstas na legislação brasileira, pode, o Ministério Público, constatada a abusividade em cláusula contratual, mediante inquérito civil instaurado, propor a competente medida judicial para o fim de declarar a nulidade de cláusula que ofenda os princípios do Código de Defesa do Consumidor.[153]

---

[151] SODRÉ, Marcelo Gomes, op. cit., p. 283-284.

[152] Portaria n. 4, de 13 de março de 1998; Portaria n. 3, de 19 de março de 1999; Portaria n. 5 de 27 de agosto de 2002. O inteiro teor das portarias encontra-se no Anexo.

[153] Razões do veto ao § 3º do artigo 51: "Tais dispositivos transgridem o art. 128, § 5º, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições e da organização do Ministério Público. O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser

5.8.3 Controle Social

O controle social das cláusulas abusivas é aquele realizado pelas associações de defesa dos consumidores, como entes legitimados para tal fim, com supedâneo no artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, legitimadas pelo próprio Código, as associações podem propor ações coletivas que atinjam os mesmos efeitos à coisa julgada mencionados nos itens do Controle Judicial e Administrativo, além de poder celebrar convenção coletiva de consumo (artigo 105). Por isso, também integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Trata-se permitir a incentivar a participação da sociedade civil no desenvolvimento da Política Nacional de Relações de Consumo, que nos dizeres de Kazuo Watanabe, é *"... uma forma eficiente de evitar o paternalismo estatal exagerado na proteção do consumidor'*.[154]

---

confiado ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o Constituinte imprimiu a essa instituição (CF, arts. 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, § 4º, do Projeto. Vetado o § 3º do art. 51, impõe-se, também, vetar o § 5º do art. 54".

[154] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit., p. 822.

6. ANÁLISE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS DIVERSOS CONTRATOS DE CONSUMO

A simples conceituação do que seria uma cláusula abusiva, por mais completa que possa parecer, sempre encontrará sua particularidade quando do momento da análise do conceito com o contrato, em sua concretude. Essa análise, que deve ficar a cargo do operador do direito, demonstrará que, em diversas vezes, o conceito de abusividade contratual não será aplicado no caso concreto, tanto pela ausência de algumas características determinantes da abusividade da cláusula, como pela existência de todas essas características, mas, que pela natureza do contrato em estudo, acaba por afastar essa aparente ilegalidade. Por esse motivo que se faz relevante a menção dos contratos mais comuns no mercado de consumo, e um breve estudo também de suas cláusulas, algumas, consideradas abusivas, e outras não, a despeito do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

6.1 CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO

Os contratos de cartão de crédito, em razão de sua crescente importância no mercado de consumo, como um inovador meio de pagamento à disposição das mais variadas classes sociais, merecem essa análise. Os números dos cartões de crédito no Brasil são impressionantes. De acordo com dados da Associação Brasileira das Empresas Administradoras de Cartões de Crédito (ABECS) coletados em 2007, existem no Brasil cerca de 413 milhões de cartões. Desses, 87 milhões são cartões de crédito, 195 milhões de cartões de débito e 132 milhões de cartões vinculados a estabelecimentos comerciais, que somados geraram (em 2007) um crescimento de 14%. O valor de faturamento das empresas chegou a 310 bilhões de reais.[155]

Nos contratos de cartão de crédito, a relação é plurilateral, ou seja, envolve diversos agentes: a administradora de cartão de crédito (ou emissora), o credenciador dos estabelecimentos comerciais (também denominado de *aquire*), o estabelecimento comercial credenciado e, por fim, o consumidor. As denominadas *bandeiras* ou *franqueadoras* são as empresas que cedem à emissora a utilização de

[155] http://www.abecs.org.br/arquivos%20excel/Mensal_2007_Consolidado.pdf - acesso em: 17 jan. 2008.

sua marca (v.g. visa, mastercard etc.), permitindo que o cartão da emissora possa ser aceito em diversos estabelecimentos comerciais que façam parte de sua rede comercial.

A emissora é a responsável pela aprovação dos consumidores que terão acesso, mediante o cartão, a um limite de crédito previamente aprovado para que possam adquirir bens de consumo nos estabelecimentos credenciados pela empresa credenciadora. As compras realizadas pelo consumidor titular do cartão de crédito e aprovada pelo sistema do cartão, obriga a emissora do cartão a assumir o custo das compras realizadas para, após o pagamento das compras ao estabelecimento comercial, requerer, junto ao próprio consumidor, o adimplemento desta dívida. A compra realizada com o cartão de crédito deve ser considerada aquisição de pagamento à vista, com a extinção imediata da obrigação (pagamento *pro soluto*), não podendo, desse modo, o consumidor ser destinatário de preços diferenciados para pagamento em dinheiro ou mediante àquele meio de pagamento. A diferenciação de preços entre aquisições realizadas em dinheiro ou em cartão de crédito deve ser considerada prática abusiva, cometida pelo fornecedor.[156]

O cartão de crédito fica em poder do titular que, se entender cabível, poderá ceder parte de seu crédito a outras pessoas mediante a emissão de um cartão adicional e, como a solicitação e uso dos cartões adicionais dependem de autorização do titular do cartão, este continua sendo o responsável pelas dívidas contraídas pelo cartão adicional, conforme previsão contratual.

Em relação às cláusulas dos contratos de cartão de crédito, algumas merecem estudo mais aprofundado sobre sua natureza e reflexos no mercado de consumo, como a cláusula-mandato. A cláusula-mandato pode ser considerada uma das violações mais relevantes nos contratos de consumo, todavia, em razão da própria natureza do cartão de crédito, referida cláusula, taxada de abusiva, teve sua interpretação renovada quando o contrato em questão é de *cartão de crédito*. Como uma empresa administradora de cartão de crédito não tem autorização do Banco Central - BACEN[157] para financiar diretamente seus clientes, conforme veda sua

---

[156] Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já exarou entendimento, REsp 1.133.410.410, 3ª Turma, Min. Rel. Massami Uyeda, j. 16.03.2010.

[157] A Circular de n. 2.044, de 25.9.1991, expressa em seu artigo 3º: “Esclarecer que é vedado às empresas administradoras conceder financiamento direto aos usuários de cartão de crédito,

Circular de n. 2.044, de 25.9.1991, que expressa em seu artigo 3º que "é vedado às empresas administradoras conceder financiamento direto aos usuários de cartão de crédito, relativamente à parcela da fatura mensal não amortizada pelo mesmo, por ser atividade privativa de instituições financeiras", precisa buscar capital no mercado financeiro, em nome do consumidor, sempre que este decidir financiar seu saldo devedor. E como a empresa administradora de cartão de crédito não pode financiar diretamente seus consumidores, a captação de recursos se dá mediante a cláusula-mandato em que o consumidor outorga poderes à emissora, para que esta, em seu nome, busque capital no mercado financeiro, conforme o modelo indicado:

> "Pelo presente instrumento, o TITULAR outorga à EMISSORA mandato especial para representá-lo junto a toda e qualquer instituição financeira, incluídos nesse mandato os poderes para obter, em nome e por conta do outorgante, financiamento por valor não excedente ao do saldo devedor apurado à conta do TITULAR, podendo a EMISSORA, para tanto, negociar e ajustar prazos, acertar condições e o CUSTO DO FINANCIAMENTO e demais encargos da dívida, cobrados pelas instituições financeiras, abrir contas correntes em BANCOS ASSOCIADOS e assinar contratos de abertura de crédito ou instrumentos de qualquer natureza, necessários para o financiamento que será utilizado única e exclusivamente para os fins e na forma prevista neste contrato".

Por conseqüência da vedação do Banco Central que proíbe as administradoras de cartão de crédito financiar diretamente seus associados, torna-se comum a discussão judicial com o escopo de desconsiderar a cláusula-mandato do contrato, sob o fundamento da Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, como as administradoras não podem financiar diretamente os consumidores, nem sempre é inócua e abusiva a existência dessa cláusula contratual.

De todo o modo, cabe atentar para o fato de que a aplicação da cláusula-mandato não é compulsória, sendo utilizada apenas quando o consumidor decide,

---

relativamente à parcela da fatura mensal não amortizada pelos mesmos, por ser atividade privativa de instituições financeiras".

dentro do espaço de discernimento que lhe compete, não pagar o valor total de sua fatura, assumindo o ônus do financiamento, ou o vulgarmente denominado, "crédito rotativo". Explica-se, a inserção da cláusula-mandato no contrato é unilateral, mas seus efeitos apenas serão externados se o consumidor adotar o financiamento do seu saldo devedor. Caso o consumidor opte pelo pagamento integral da fatura de seu cartão, prescindirá do uso do mandato e não arcará com os encargos do financiamento.

Muito se debateu e ainda hoje se debate sobre a validade ou não da cláusula-mandato nos contratos de cartão de crédito, especialmente pela edição da Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça que veda o uso da cláusula-mandato, sob pena de tornar nulo o negócio jurídico celebrado.[158] Todavia, deve-se levar em consideração que a edição da Súmula 60 teve como motivação o uso por determinados fornecedores que, como forma de reforçar suas garantias, inserem nos contratos celebrados com os consumidores a possibilidade de assinarem notas promissórias[159], dentre outros títulos que dariam ao credor o benefício de propor diretamente a execução do título, ação muito mais célere do que a propositura de uma ação de conhecimento. Com fundamento nesses fatos que o Superior Tribunal de Justiça criou a mencionada súmula:

> "É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no interesse exclusivo deste".[160]

Mas esses fatos não ocorrem na aplicação da cláusula-mandato celebrada nos contratos de cartão de crédito, a qual tem finalidade única e específica de captar recursos para financiar o consumidor, quando este, e unicamente nesta hipótese, opta por financiar suas compras deixando de pagar o valor total da fatura. Porém,

---

[158] No mesmo sentido do STJ, TJRS, AP. 70000504266, 19ª Câm. Cível, Des. Mário José Gomes Pereira.

[159] Confirmando o método adotado pelas instituições financeiras de facilitar eventual ação de execução, o Superior Tribunal de Justiça editou duas súmulas: Súmula 233: "O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, não é título executivo"; Súmula 258: "A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão do título que a originou".

[160] Nesse sentido, o TJRS já exarou entendimento de que é nula a cláusula que impõe unilateralmente representante para emitir ou avalizar notas promissórias pelo consumidor (Ap. 193051216, 7ª Câm. Civ., Rel. Juiz Antonio Janyr Dall' Agnol Júnior, j. 19.05.1993; Ap. 192023885, 7ª Câm. Civ. Rel. Juiz Araken de Assis, j. 18.3.1992). No STJ, REsp 150.667, 4ª Turma, Min. Rel. Asfor Rocha, j. 21.05.1998 e REsp 2.266, 4ª Turma, Min. Rel. Athos Carneiro, j. 6.08.1991.

atualmente, mesmo ainda não havendo pacificação sobre o tema no âmbito doutrinário[161], o Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de atribuir validade à cláusula-mandato, eis que intrínseca à sobrevivência da administradora de cartão de crédito e quando utilizada de forma legítima.[162]

Não se pode negar que o consumidor neste caso possui um dispositivo de crédito à sua disposição que, se bem utilizado pode lhe trazer vantagens, como a postergação do pagamento dos bens adquiridos assim como, inversamente, pode lhe trazer diversos transtornos quando não empregado de maneira correta pelo consumidor. Por certo que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça não invalidou a Súmula 60 por ele editada, muito menos a previsão do artigo 51, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, apenas ressalvou sua inaplicabilidade nessa espécie de contrato[163] e como a legislação brasileira não faz essa ressalva referente à cláusula-mandato nos contratos de cartão de crédito, coube à jurisprudência definir a abrangência de sua validade. Isso não isenta a administradora de cartão de crédito de cumprir os deveres oriundos da outorga de um mandato, como o de aplicar toda a diligência habitual na execução, agindo sempre no interesse do mandante, sem lesá-lo (artigo 667, *caput*, do Código Civil), e o próprio consumidor poderá, como de fato por vezes acontece, propor a competente ação de prestação de contas a fim de eventualmente receber esclarecimentos sobre o mandato outorgado (artigo 668 do Código Civil). O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a ação de prestação de contas é o instrumento correto para averiguar se o mandato outorgado à administradora de cartão de crédito foi bem exercido:

---

[161] CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 254-255; SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho e Silva, op. cit., p. 148-150 e Nelson Nery Júnior, apesar de reconhecer a validação jurisprudencial da cláusula-mandato, o autor opina por sua nulidade, pois afirma que há conflito de interesses, não sendo necessário um real conflito de interesses, "basta a possibilidade de existir" (GRINOVER, Ada Pellegrini et al., op. cit., p. 582-586).

[162] A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento pela validade da cláusula-mandato em contrato de cartão de crédito (REsp 699.181, Min. Rel. Fernando Gonçalves, j. em 24.05.05, por v.u.). Validando a cláusula-mandato: TJDF, 3ª Turma Cív., Ap. Cív. 2003.01.1.082512-2, rel. Des. Mário-Zam Belmiro Rosa, j. 29.09.07.

[163] O inciso VIII, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor veda a cláusula-mandato ao considerar nulas as cláusulas que "imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor".

> "No contrato celebrado pelo titular do cartão de crédito com a sua administradora, recebe esta um mandato para obter no mercado o financiamento das aquisições feitas com pagamento diferido ou para suportar eventual inadimplência do devedor. Portanto, o mandante e usuário do cartão pode pretender conhecer de que modo foram cumpridos os poderes outorgados ao mandatário para a obtenção do financiamento, uma vez que esse custo lhe será repassado".[164]

A bem da verdade, é obrigação da administradora de cartão de crédito indicar, discriminadamente, os custos que estão sendo repassados ao consumidor, sendo desnecessária a própria propositura da ação de prestação de contas e, nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça exarou entendimento, quando do julgamento do REsp 486.011 - RS, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior.[165] Para o Ministro, embora reconhecendo que a administradora de cartão de crédito não cobra juros, apenas os repassa, imputa à administradora a obrigação da indicação discriminada dos valores repassados ao consumidor quando do financiamento, pois no caso concreto ora indicado, a administradora "em nenhum momento comunicou ao seu cliente a composição das parcelas embutidas na cobrança mensal, tanto que apenas com a prestação de contas judicial é que tais aspectos ficaram esclarecidos".[166]

Expressa a violação ao direito de informação do usuário de cartão de crédito, mas que não invalida o repasse que a administradora realiza ao consumidor, quando este opta pelo financiamento junto às instituições financeiras, desde que bem exercido o mandato outorgado.

Atualmente, nas próprias faturas de despesas recebidas pelos consumidores, já consta a taxa de juros a ser cobrada no mês vigente e a taxa a ser cobrada no

---

[164] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: CJF, 2003. p 67). Tratando sobre o mesmo assunto: REsp 457.055 – RS, 4ª Turma, Min. Rel. Jorge Scartezzini, j. 14.11.2006 e REsp 522.491 – RS, 2ª Seção, Min. Rel. César Asfor Rocha, j. 8.10.2003. Seguindo o entendimento do STJ sobre a necessidade e cabimento da propositura da ação de prestação de contas para averiguar a utilização adequada da cláusula-mandato: TJSP, 21ª Câm. Dir. Priv., Ap. Cív. 7.147.766-2, rel. Des. Silveira Paulilo, rel. Des. Designado Itamar Gaino, j. 22.09.2007; TJSP, 20ª Câm. Dir. Priv., Ap. Cív. 7.024.842-7, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 22.05.2007 e TJRS, 6ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70001151026, rel. Des. João Pedro Freire, j. 13.06.2001.

[165] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, op. cit., p. 68-69.

[166] Ibidem.

próximo mês, cumprindo o determinado no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor e o expresso no Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre as emissoras e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC[167], havendo claro reconhecimento do Judiciário a este respeito. Ressalte-se que a indicação do percentual de juros cobrados dos consumidores e previamente informados em fatura, não significa que todas as administradoras de cartão discriminam o desmembramento da composição total dos juros, ou seja, o que são efetivamente os juros cobrados pelas instituições financeiras, a taxa de administração e a garantia do empréstimo exigida pelo Banco Central.

Poder-se-á alegar, eventualmente, que a administradora ao prever a taxa de juros do próximo mês na fatura enviada ao consumidor, estaria deixando expresso que não busca no mercado o melhor percentual de juros, eis que já os pré-limita. Entretanto, mesmo que se adote esse entendimento, a previsão elaborada pelo fornecedor deve ser criteriosa ao indicar a média da taxa dos juros cobrados pelas instituições financeiras, obrigando-se, desde a indicação prévia dos valores de juros para o próximo mês, a cumprir o ofertado. Haverá abusividade se a taxa de juros cobrada do consumidor for superior à média do mercado, análise que deve ser realizada no caso concreto[168], mas se no momento da captação, a administradora constatar no mercado financeiro um percentual de juros inferior do ofertado ao consumidor na fatura, deverá repassar o custo mais baixo ao consumidor, pois agir no interesse do mandante é uma das obrigações legais do contrato de mandato. Desse modo, caso haja qualquer alteração econômica instantânea que faça os juros cobrados pelas instituições financeiras, por exemplo, triplicarem, o indicativo máximo comunicado pela administradora, a vincula perante o consumidor, conforme prevê o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, ressalvado o direito de o consumidor receber a devida prestação de contas em razão do mandato outorgado e das obrigações a ele inerentes, pode-se afirmar que a cláusula-mandato nos contratos de administração de cartão de crédito, tem validade, exceto prova em contrário.

Outro debate envolvendo contratos de cartão de crédito refere-se à capitalização de juros, ou anatocismo. Mais adequado aqui o termo anatocismo, eis

[167] O inteiro teor do Termo de Ajustamento de Conduta encontra-se no Anexo.
[168] REsp 544.812 – RS, 4ª Tuma, Min. Rel. Aldir Passarinho Junior.

que exprime com maior exatidão o significado de cobrança de juros sobre juros, enquanto que o termo capitalização, também pode ser utilizado para contratos de capitalização, que não possuem relação com o contrato em estudo.[169] Anatocismo, na definição de De Plácido e Silva "vem do latim anatocismus, de origem grega, significando usura, prêmio composto ou capitalizado. Desse modo, vem significar a contagem ou cobrança de juros sobre juros".[170] Para Maria Helena Diniz, anatocismo é a "cobrança de juros sobre o juro vencido e não pago, que se incorporará ao capital desde o dia do vencimento".[171]

Sendo a capitalização a cobrança de juros sobre juros, abrangendo o capital inicial, resta saber se sua incidência encontra amparo na legislação brasileira. No Código Civil de 1916 existia a previsão de capitalização no artigo 1.261, com a seguinte redação:

> "Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (artigo 1.062), com ou sem capitalização".

O Código Civil de 1916 já previa a possibilidade do anatocismo e não delimitava sua abrangência, já o Código Civil de 2002, além de validar a existência legal do anatocismo no ordenamento jurídico, limitou expressamente sua incidência:

> "Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos os juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual".

Expressa a permissão de capitalização anual, impossibilitadas, portanto, estariam as administradoras de cobrarem juros sobre juros do consumidor, mas sem entrar no mérito da existência ou não de juros sobre juros nos contratos de cartão de crédito, por ser matéria probatória a ser analisada no caso concreto, a Medida Provisória de n. 2.170-36 de 2001 (última reedição da Medida Provisória n. 1.963-17

---

[169] O contrato de capitalização, ou título de capitalização, será abordado no Capítulo 6, item 6.3 deste trabalho.
[170] SILVA, De Plácido e, op. cit., p. 62.
[171] DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 195.

de 31 de março de 2000), valida essa cobrança.[172] Independentemente das diversas críticas que a medida provisória possa sofrer, especialmente por ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal[173], a Medida Provisória de n. 2.170-36 de 2001, em seu artigo 5º, permite a cobrança de juros sobre juros em período inferior ao anual:

> "Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

Demonstrada a possibilidade da cobrança de juros sobre juros, cabe agora debater a possibilidade de uma administradora de cartão de crédito utilizar essa forma de cobrança pela razão de não ser uma instituição financeira, ou seja, não pode financiar seus clientes sem buscar capital no mercado financeiro mediante cláusula-mandato, enquanto que uma instituição financeira *stricto sensu*, pode, com dinheiro próprio, financiar seus clientes titulares de cartão de crédito. A interpretação restritiva da natureza jurídica das administradoras de cartões de crédito, financeiras ou não, obrigaria as não financeiras a respeitarem o limite legal de juros. O que faticamente é impossível, pois as administradoras de crédito não financeiras, por determinação legal, não financiam diretamente seus consumidores, apenas realizam a intermediação com as efetivas instituições financeiras, como já explanado. Não obstante essa realidade, o Superior Tribunal de Justiça estendeu o conceito do que seria uma instituição financeira, afastando a aplicação do Decreto n. 22.626, de 1933[174], às administradoras, e pacificando essa interpretação mediante a edição da Súmula 283, *in verbis*:

> "As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros

---

[172] A Medida Provisória n. 2.170-36 está perenizada pelo artigo 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001.

[173] ADIN n. 2.316 – DF. O julgamento da ação cautelar ainda está em curso, com votos proferidos pelos Ministros Sydney Sanches e Carlos Velloso, ambos pela suspensão da eficácia do artigo 5º, *caput*, e parágrafo único, da Medida Provisória n. 2.170-36, de 23 de agosto de 2001.

[174] Sobre contratos usurários: GOMES, Orlando, *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 158-159.

> remuneratórios por ela cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura".

Ora, por esse motivo é possível defender-se a tese de que não existe limitação a ser seguida pelas administradoras de cartão de crédito, seja pelo entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça seja em razão da Medida Provisória n. 2.170-36, de 2001. Cabe, entretanto, uma crítica ao entendimento sumulado, pois o Superior Tribunal de Justiça iguala, de forma equivocada, uma administradora de cartão de crédito a uma instituição financeira. Desnecessária a edição da Súmula, pois não são as administradoras de cartão de crédito que determinam o patamar de juros cobrados, mas sim, as efetivas instituições financeiras, que definem o percentual cobrado no mercado.

Uma interpretação gramatical da Súmula permite que uma administradora de cartão de crédito possa financiar diretamente seus consumidores, sem que tenha qualquer autorização e fiscalização do Banco Central, o que não seria admissível. Deveria sim, o Superior Tribunal de Justiça editar uma súmula que afirmasse a validade dos juros repassados ao consumidor, quando o mandato decorrente de cláusula contratual (cláusula-mandato) tivesse sido escorreitamente utilizado, como anteriormente mencionado. No mesmo sentido, Márcio Mello Casado menciona o equívoco da Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça ao equiparar as administradoras de cartão de crédito, que não fazem parte do sistema financeiro nacional, às instituições financeiras, entretanto, por esse entendimento, afirma que as administradoras de cartão de crédito não poderiam exigir juros capitalizados ou em patamares acima de 12% ao ano, esquecendo-se do fato de as administradoras apenas repassarem os juros cobrados pelas instituições financeiras, ou seja, não cobram, efetivamente, juros acima de 12% ao ano.[175]

Ainda na questão da capitalização, levando-se em conta que uma administradora de cartões de crédito (instituição financeira *lato sensu* se comparada a uma instituição financeira emissora de cartões) pode cobrar juros sobre juros, de forma mensal, em face do advento da Medida Provisória n. 2.170-36/01, a possibilidade do anatocismo apenas é possível quando expressa no contrato, em respeito ao direito à informação do consumidor. O Superior Tribunal de Justiça já

---

[175] CASADO, Márcio Mello, op. cit., p. 253-254.

exarou entendimento de que a capitalização mensal de juros pode ocorrer, ressalvadas algumas circunstâncias:

> "Sob o ângulo infraconstitucional, a eg. Segunda Seção deste Tribunal Superior já proclamou o entendimento de que, nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001), admite-se a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada".[176]

E a previsão de capitalização no contrato apenas valerá após o advento da Medida Provisória n. 2.170-36/01, isso até que o Supremo Tribunal Federal aprecie definitivamente a ADIN n. 2.316 – DF que trata da constitucionalidade da referida Medida Provisória. Vale lembrar que os votos prolatados têm relação com o pedido liminar na ADIN n. 2.316 – DF, logo, não há falar em inconstitucionalidade da aludida ADIN, eis que decisão dos votos não produziu efeito imediato, uma vez que, segundo o artigo 10 da Lei n. 9.868/99, a medida cautelar na ADIN é concedida por julgamento da maioria absoluta dos membros do Tribunal, o que ainda não ocorreu, sendo plenamente aplicável, até o presente momento, a capitalização de juros, em período inferior ao anual. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior, pacificou seu entendimento no que se refere à capitalização em período inferior ao anual, antes da edição da Medida Provisória n. 2.170-36/01:

> "No caso específico dos autos, como o contrato é anterior à Medida Provisória n. 1.963, na linha do precedente da colenda 4ª Turma, no Recurso Especial n. 629.487/RS, da relatoria do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, embora entendendo válida a medida provisória e possível capitalização em período inferior a um ano, tenho que na espécie ela não tem incidência retroativa".[177]

---

[176] AgRg no REsp 683.462 – RS, Min. Rel. Jorge Scartezzini, j. em 28.06.2004.
[177] REsp 602.068 – RS, Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 22.09.2004.

Até o momento, as principais cláusulas envolvendo o contrato de administração de cartão de crédito, em que pesem os entendimentos contrários, não podem ser taxadas indistintamente de abusivas, em razão dos argumentos expostos, porém, dos atuais contratos de cartão de crédito, uma cláusula, repetida à exaustão em praticamente todos os contratos é motivo de discussão, por ser considerada, em determinados casos, abusiva e, conseqüentemente, nula. Trata-se da cláusula que exime a administradora de toda e qualquer ocorrência decorrente de perda, extravio, furto ou roubo até a comunicação por parte do consumidor titular e responsável pelo cartão de crédito. Assim, se um consumidor perde seu cartão de crédito em plena via pública e um terceiro de má-fé encontre esse cartão e resolva utilizá-lo em benefício próprio, até que o titular do cartão se dê conta da perda e comunique a empresa emissora, é considerado responsável.

Apresenta certo abuso a cláusula ao onerar demasiadamente o consumidor (artigo 51, inciso IV, § 1º do Código de Defesa do Consumidor), se considerar que o terceiro de má-fé apenas poderá adquirir mercadorias se o estabelecimento comercial ao qual se dirigir, não solicitar a documentação de identificação pessoal do comprador (RG) no momento da compra, então, o estabelecimento estaria, além de descumprir o contrato celebrado com o credenciador de estabelecimentos - que prevê dentre as obrigações do estabelecimento averiguar a identidade do portador do cartão de crédito -, está a causar prejuízo direto ao consumidor titular do cartão perdido, extraviado, furtado ou roubado. Para o consumidor, entretanto, não há relevância no contrato entre o estabelecimento e a credenciadora, efetuada qualquer compra com seu cartão de crédito que não estava em sua posse, ele não pode ser responsabilizado por compras que não realizou. Por certo, também, que existem verdadeiras quadrilhas de fraudadores de cartões de crédito, além de casos, em que o próprio consumidor de má-fé pode realizar uma *auto-fraude*, mas a administradora como responsável pela administração do sistema de cartão de crédito deve ter como intrínseco o aperfeiçoamento da segurança. O Superior Tribunal de Justiça já declarou que a cláusula que onera o consumidor até o momento do comunicado de perda, extravio, furto ou roubo de seu cartão de crédito é abusiva, devendo ser declarada nula de pleno direito.

> "São nulas as clausulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento (data e hora) da comunicação do furto. Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a eqüidade, pois as administradoras têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões".[178]

Sem ignorar a posição do Superior Tribunal de Justiça, uma interpretação do mencionado acórdão, pode, em determinados casos, dar uma espécie de solução, ou melhor, uma forma do fornecedor se eximir de despesas realizadas por terceiro de má-fé ou pelo próprio consumidor. Primeiro provar mediante a elaboração de perícia grafotécnica que a assinatura do comprovante de venda, mesmo que diversa da constante no verso do cartão de crédito, corresponda à assinatura do próprio consumidor. Ou seja, provar que o próprio consumidor realizou as despesas e agora está a alegar que não foi ele que as realizou, responsabilizando-o por sua culpa exclusiva. Ainda sem perder de vista o acórdão do Superior Tribunal de Justiça acima mencionado, também estaria isento o fornecedor se provasse que o responsável pelas compras foi um terceiro, de forma exclusiva e, não havia como o estabelecimento comercial constatar que o portador do cartão não era o efetivo titular, o que pode eximir o fornecedor por eventuais danos morais a serem pleiteados pelo consumidor lesado, mas jamais poderá deixar de assumir o ônus das despesas indevidas, pelo fato de nascerem nulas, ou seja, celebradas por pessoa diversa da titular do cartão de crédito. Convalidar tal negócio jurídico e repassar seu ônus ao consumidor seria afastar o princípio do risco negocial do fornecedor, algo impensável nas relações de consumo.

Levando-se em conta que *a priori* compras não realizadas pelo consumidor titular do cartão de crédito não lhe serão imputadas, exceto demonstração de culpa exclusiva do próprio consumidor, em que pese o respeito ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, referida cláusula que impõe ao consumidor obrigação de fazer positiva na relação contratual, não podemos concordar com sua denominação de abusiva, pelo fato do termo prever nada mais do que um dever do

---

[178] REsp 348.343 - SP, 3ª Turma, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, j. em 14.02.2006, por v.u.

consumidor. Em qualquer relação comercial o princípio da boa-fé deve pautar a atitude das partes e o próprio objeto da relação negocial, logo, seja o fornecedor de um lado, como o consumidor de outro, ambos esperam que seu respectivo parceiro comercial aja com a mínima diligência que o tipo do contrato requer. Por conseguinte, se o consumidor conta com a segurança dos serviços prestados pelo fornecedor, este também supõe que seu parceiro comercial, o consumidor, possa auxiliá-lo a cumprir tal mister, como é comum ocorrer quando da perda de um talonário de cheques por parte do correntista de um banco, sendo sua primeira atitude sustá-los junto à instituição bancária e realizar boletim de ocorrência, com o objetivo de evitar que terceiros, o banco e o próprio correntista tenham prejuízos inesperados. Nada de diferente ocorre na contratação de um crédito, pois como instrumento de valor monetário que é, equivalendo a um cheque, sua perda pode causar transtornos não apenas ao fornecedor emissor do cartão, mas ao próprio consumidor titular, fato que torna mediana a atitude pautada na boa-fé de que este comunicará, assim que possível, o fornecedor do evento, sob pena de, em caso de clara desídia do consumidor e, apenas neste caso, ser responsabilizado pela demora ou até mesmo ausência de comunicação da perda, extravio, furto ou roubo do cartão de crédito. É certo também mencionar que se não houve desídia do consumidor em casos de perda, extravio, furto ou roubo do cartão de crédito e a compra foi realizada por terceiros, o titular do cartão de crédito não será responsabilizado, pois a aquisição de bens está viciada, nula de pleno direito.

Não se pretende defender a posição do fornecedor, muito menos a do consumidor, busca-se apenas analisar tal cláusula como impositiva de um dever intrínseco ao contrato celebrado. Inadmissível esperar outro comportamento do consumidor quando da perda, extravio, furto ou roubo de cartão de crédito além da comunicação imediata ao seu parceiro comercial, como forma de proteção ao mercado de consumo e além disso, como obrigação vinculada ao princípio da boa-fé. A imposição de obrigação de fazer ao consumidor tem prevalecido no entendimento jurisprudencial e na doutrina como abusividade, mas levanta-se a questão de que tal cláusula expressa apenas o dever de boa-fé do consumidor, devendo ser equiparada a uma genuína cláusula geral de boa-fé, posto que expressa no contrato, sua indicação é plenamente desnecessária em razão de externar um comportamento razoável que se espera de um parceiro comercial.

Externar referida cláusula no instrumento contratual não a torna abusiva, dando ao fornecedor um direito potestativo limitado à constatação de desídia do consumidor quando as despesas com o cartão de crédito não foram por ele realizadas, mas sim por terceiro que, na hipótese da emissora do cartão ter sido comunicada em tempo hábil, poderia evitar transtornos, por essa razão, apesar de ser interpretação minoritária, alguns tribunais e colégios recursais têm interpretado a cláusula de contrato que impõe ao consumidor a obrigatoriedade de informar perda, extravio, furto ou roubo do cartão de crédito, como um dever do consumidor, sob pena de ser responsabilizado pelas despesas. A diligência do consumidor com o cartão de crédito também deve ser observada no caso concreto, pois não seria razoável um consumidor comunicar o furto ou perda de seu cartão 30 (trinta) dias após o evento; podendo ser interpretada a cláusula de comunicação obrigatória ao fornecedor de perda, extravio, furto ou roubo, como um mandamento de boa-fé e conduta diligente por parte do consumidor. [179]

> "CARTÃO DE CRÉDITO. FURTO. Comunicação feita quase quarenta dias depois, quando já efetuados gastos não reconhecidos. Dupla negligência do próprio autor, que não guardou adequadamente seu cartão e nem se deu conta de que lhe fora surrupiado. Descumprimento da obrigação assumida em cláusula contratual que impõe o dever de comunicar imediatamente o furto, roubo ou extravio do cartão. Inexistência de abusividade nessa disposição, que inclusive serve à proteção do próprio usuário. Ação declaratória de inexistência de débito improcedente. Recurso não provido.[180]

---

[179] 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal – Relator Teófilo Rodrigues Caetano Neto – Ap. Cív. n. 2005.09.1.008629-4, j. 22.11.2005; TJRS; RCiv 71002393346, Relª Desª Fernanda Carravetta Vilande, j. em 07/04/2010; TJMG; APCV 1.0024.04.291012-5/0011; Belo Horizonte; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Cabral da Silva; Julg. 24/11/2009; TRF 4ª Região; AC n. 2003.71.02.004162-1/RS, Rel. Desª Federal Marga Inge Barth Tessler, j. em 24.09.2009. Nos Estados Unidos, Margaret C. Jasper a respeito dos cartões perdidos ou furtados: "When an individual loses cash, it's gone and there is nobody to look to for reimbursement. Due to federal legislation in this area, the does not hold true with the loss or theft of a credit card, and unauthorized charges made to the lost or stolen card. Nevertheless, virtually all credit card issuers attempt to shift the risk of unauthorized purchases to the cardholder until he or she gives the issuer written notice of the loss, theft or unauthorized use of the card" (JASPER, Margaret C. *Credit cards and the law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 43).

[180] TJSP; AC n. 7.325.548-4, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. em 12.02.2009.

Evidente, em nosso entender, que boa-fé no caso está intimamente relacionada ao dever de cooperação entre as partes contratuais. Os deveres de guarda do cartão e de imediata comunicação, quando possível, de perda, extravio, furto ou roubo, acompanham essa mesma linha de raciocínio, a busca pelo equilíbrio contratual; por outro lado, não cabe à administradora do cartão de crédito utilizar a cláusula como forma de eximir-se de despesas existentes com fraudes ou roubos (quando o consumidor pode estar impossibilitado de comunicar o evento), cabe uma análise caso a caso, fato este que ainda parece não ter sido percebido pela jurisprudência. À administradora do cartão de crédito, por seu turno, tem a obrigação de investir em instrumentos que evitem prejuízos aos consumidores, pois se estes ocorrerem, a responsabilidade do fornecedor será objetiva, especialmente sobre as despesas realizadas após a comunicação de perda, extravio, roubo, furto ou fraude do cartão de crédito.

Não há onerosidade excessiva do consumidor se há observância do dever de guarda e comunicação, trata-se de mera conduta que, conforme dito, dispensa, inclusive positividade contratual. A desnecessidade da cláusula em contrato pode trazer o significado de que sua redação pode se melhorada, positivando o dever geral de cautela do consumidor com o seu instrumento de crédito (cartão de crédito) e devendo comunicar imediatamente a perda, extravio, furto, roubo ou fraude de seu cartão de crédito sob pena de, provada a desídia do titular, arcar com suas despesas decorrentes, como ocorre em determinados julgados. Não se pode taxar de abusiva cláusula que apenas determina no contrato o dever que o consumidor tem de agir com boa-fé, excluída tal cláusula, permitido está ao consumidor em perder seu cartão de crédito em via pública sem preocupar-se com quem possa utilizá-lo, pois caberá ao sistema de cartão de crédito reprimir o uso abusivo por terceiro, ou ainda, adotada tal tese, um correntista poderia simplesmente perder seu talonário de cheques e sequer comunicar o evento à instituição financeira responsável, já que cabe ao banco avaliar sempre a assinatura e os documentos do correntista sacado. Ambas as partes devem buscar colaborar na relação contratual, dentro do princípio de colaboração que deriva diretamente do principio da boa-fé, havendo divergência de interpretação da cláusula debatida nos tribunais estaduais:

“INDENIZATÓRIA. FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INEXISTÊNCIA DE SEGURO POR PERDA OU ROUBO. CARTÃO BLOQUEADO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. I. Não restou comprovada a comunicação à instituição demandada acerca do furto do cartão de crédito por ela administrado, fato que poderia impedir as transações ora impugnadas. II. Boletim de ocorrência juntado que não noticia o furto do cartão em questão. III. À ré, não pode ser imposta a responsabilidade pelas compras realizadas antes desse marco, diante da inviabilidade de tomar atitudes quando ignorava a ocorrência, independentemente do fato de o cartão ainda estar desbloqueado, mormente porque subtraído juntamente com outros documentos pessoais, facilitando o desbloqueio. IV. Utilização fraudulenta, por terceiros, que não reflete falha do serviço, já que a fraude decorreu diretamente do furto, não podendo ser imputada à instituição financeira, inviabilizando a desconstituição dos débitos. V. Descabe falar em conduta ilícita, ante a inclusão do nome do autor nos cadastros negativos de crédito, pois o débito foi contraído em momento de utilização fraudulenta, da qual não tinha conhecimento a demandada. RECURSO PROVIDO”. (TJRS; RCiv 71002393346, Relª Desª Fernanda Carravetta Vilande, j. em 07/04/2010, DJERS em 14/04/2010)

“CARTÃO DE CRÉDITO. PERDA. COMUNICAÇÃO TARDIA À ADMINISTRADORA. COMPRAS REALIZADAS POR TERCEIRO ANTES DA COMUNICAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO TITULAR DO CARTÃO. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. Se o cartão de crédito foi perdido, roubado ou furtado, cumpre ao seu titular comunicar imediatamente a administradora, sob pena de responder pelas compras efetuadas no período compreendido entre a perda/furto/roubo e sua comunicação. Recurso não

> provido". (TJMG; APCV 1.0024.04.291012-5/0011; Belo Horizonte; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Cabral da Silva; Julg. 24/11/2009; DJEMG 18/12/2009)

> "DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CARTÃO DE CRÉDITO. EXTRAVIO/FURTO. DANO MORAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. UTILIZAÇÃO POR TERCEIROS. COMUNICAÇÃO TARDIA. 1. A Cláusula Quinta do contrato ajustado com a CEF, prevê que, *"5.1 Os PORTADORES obrigam-se a informar à EMISSORA o extravio, o furto ou o roubo do CARTÃO, imediatamente após a ocorrência, respondendo, até o momento da comunicação pelo uso indevido do CARTÃO por terceiros. A partir da obtenção do código comprobatório dessa comunicação, fornecido pela EMISSORA, o TITULAR se exonera da responsabilidade civil pelo uso fraudulento do CARTÃO por terceiros, hipótese em que as eventuais perdas ocorridas a partir do momento da comunicação, serão assumidas totalmente pela EMISSORA."* 2. Não havendo comprovação nos autos de que a autora tenha comunicado o extravio ou furto do cartão em momento anterior à ocorrência dos débitos tidos como indevidos, não se pode imputar a responsabilidade à emissora do cartão". (TRF 4ª Região; AC n. 2003.71.02.004162-1/RS, Rel. Desª Federal Marga Inge Barth Tessler, j. em 24.09.2009)

Mesmo com essa breve digressão sobre a cláusula excludente de responsabilidade do fornecedor até a comunicação da perda, extravio, furto ou roubo por parte do consumidor, o entendimento majoritariamente adotado pelos tribunais segue o caminho traçado pelo Superior Tribunal de Justiça, declarando sua nulidade, sem observar que sua aplicação deve ser analisada ao caso concreto, interpretação que não pode ser feita pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em face da Súmula n. 7, que impede reexame de prova, o que o deveria determinar que a validade da cláusula deve ser apurada pelo Tribunal *a quo*, o único que possui melhores condições de avaliar a prova e competência se houvesse aplicação de maneira indistinta da Súmula de impedimento.

Outra cláusula comum nos contratos de cartão de crédito são as que determinam um prazo para reclamação administrativa inferior ao prazo legal para lançamentos de despesas em fatura que não foram realizadas pelo consumidor. Assim, se o contrato de administração estipula prazo de 20 (vinte) dias para que o consumidor reclame de eventual lançamento indevido em sua fatura de cartão de crédito, sob pena considerar válido o lançamento realizado, obrigando-se a adimpli-lo, nula é esta cláusula.

O Código de Defesa do Consumidor prevê em seu artigo 26 a possibilidade de o consumidor protestar por eventual vício no produto ou na prestação de serviços, isso dentro do prazo de 30 (trinta) dias para produtos ou serviços não duráveis e no prazo de 90 (noventa) dias para produtos ou serviços duráveis. Dessa forma, se há qualquer lançamento em fatura que o consumidor repute não ser de sua autoria, poderá, dentro do prazo de 90 (noventa) dias reclamar junto à administradora, constituindo seu direito nos termos do § 2º, inciso I, do artigo 26. Inclusive, o prazo estipulado administrativamente é complementar ao prazo legal se o analisarmos em conjunto com o artigo 50 do Código de Defesa do Consumidor, pois o prazo extrajudicial ofertado é uma forma de garantia por reclamações decorrentes de vícios encontrados no serviço, obrigando, por decorrência lógica, a majoração do prazo para impugnação de 90 (noventa) para 110 (cento e dez) dias.

Após a celebração do Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC em 1998[181], outras cláusulas consideradas abusivas foram regularizadas pelas administradoras de cartões de crédito, podendo destacar: a) as cláusulas que estipulavam multa moratória superior ao limite de 2%, após a publicação da Lei 9.298/96 que alterou a redação do § 1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor e b) cláusulas que estipulavam a cobrança de honorários advocatícios em cobrança extrajudicial, sem que o mesmo direito fosse resguardado ao consumidor.

As administradoras que, eventualmente, não respeitaram o Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta de 1998, ainda em vigor, poderão ser punidas com as sanções (multas) previstas no instrumento de acordo, como também

[181] Anexo.

ser processadas individual ou coletivamente para se adaptarem aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

6.2 CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

No contrato de alienação fiduciária, o consumidor (fiduciante) adquire a posse direta de um bem, cuja propriedade permanece do fiduciário (instituição financeira), que apesar da tradição de fato do bem tem direito real sobre a coisa até o pagamento total do contrato de financiamento com a instituição financeira fiduciária. A instituição financeira fiduciária arca com custo do bem junto ao fornecedor do bem, mas torna-se credora do consumidor. O consumidor com a posse direta do bem torna-se depositário[182] deste e, com o pagamento total do valor financiado, resolve-se o direito sobre o bem existente em favor da instituição financeira, adquirindo o consumidor a propriedade plena e não apenas sua posse direta. Na hipótese de inadimplemento, o credor poderá propor a competente ação de busca e apreensão do bem que está somente sob a posse direta do consumidor.

O ônus assumido pelo depositário do bem poderia lhe causar a prisão civil na hipótese de tornar-se um depositário infiel, havendo a edição de súmula pela validade da prisão civil, contanto que o depositário assumisse expressamente este ônus. Nesse sentido a Súmula 304 do Superior Tribunal de Justiça foi editada: “É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial”. Todavia, a prisão civil do depositário infiel não tem sido mais acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, flexibilizando a interpretação do texto constitucional (artigo 5º, LXII, da Constituição Federal), proibindo a prisão por dívida civil, exceto no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Então, consolidou-se a ilegalidade da prisão civil por dívida quando do julgamento HC 87.585 – TO, Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, j. 3.12.2008; RE 349.703 - RS, Pleno, Min. Rel. Carlos Britto, j. 3.12.2008 e RE 466.343 - SP, Pleno, Min. Rel. Cézar Peluso, j. 3.12.2008, revogando, por conseqüência, a Súmula 619: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

---

[182] .

Acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que as convenções e os tratados internacionais que tratem sobre direitos humanos possuem status de norma supralegal, o Superior Tribunal de Justiça, em sua terceira turma, também pacificou a questão no julgamento do HC 122.251 - DF, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 17.02.2009, portanto: "por ter o Brasil aderido ao Pacto de São José da Costa Rica, que permite a prisão civil por dívida apenas na hipótese de descumprimento inescusável de prestação alimentícia, não é cabível a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a natureza do depósito" (HC 120.902 – SP, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 24.03.2009)

Pacificada a questão do depositário infiel, na precisa análise de Moreira Alves, o contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia:

> "... transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem, de acordo com a lei civil e penal".[183]

Neste tipo de contrato, são comuns algumas cláusulas abusivas, como a que prevê a perda total das prestações pagas pelo consumidor em benefício do credor. A perda total das prestações pagas pelo consumidor é nula de pleno direito, já que onera em demasia o consumidor e privilegia o fornecedor que além de ter o bem como forma de recompor seus prejuízos, possuiu as parcelas já quitadas pelo consumidor. Assim, um contrato, por exemplo, de 24 (vinte e quatro) parcelas, no qual o consumidor já pagou 22 (vinte e duas), mas ficou inadimplente em relação às duas restantes, além do consumidor perder o valor pago, perderia ainda o bem, o que certamente geraria um enriquecimento sem causa ao fornecedor quando de sua venda extrajudicial.

Ao mesmo tempo em que não é justo ao consumidor sofrer pela perda total das parcelas pagas e do próprio bem, não seria justo ao fornecedor ver o contrato de alienação fiduciária em garantia inadimplido e retomar um bem já em uso,

---

[183] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 37.

desgastado. Desta feita, a retenção parcial de algumas parcelas a título de indenização ao fornecedor se faz necessária, mas certamente não a perda total das parcelas em prejuízo do consumidor, que certamente não participou da elaboração do teor do contrato de alienação fiduciária (artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor).

Outra cláusula considerada abusiva nos contratos de alienação fiduciária é a que prevê pagamento de pelo menos 40% do valor financiado como forma de validar a eventual purgação da mora, na verdade, transcrição do § 1º do artigo 3º do Decreto-lei n. 911/69. A abusividade desta cláusula decorre da alegada revogação da previsão do Decreto-lei n. 911/69, em razão do advento do Código de Defesa do Consumidor que teria disciplinado a matéria nos artigos 6º, inciso VI, e artigo 53. Todavia, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de refutar a abusividade da cláusula sob o fundamento de que as previsões do Código de Defesa do Consumidor não têm relação específica com o Decreto que regulamenta a alienação fiduciária, devendo prevalecer a lei especial.[184] Em razão da interpretação mencionada, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão na Súmula 284:

> "A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado".

A Súmula 284 alterou o entendimento anterior de que a determinação do artigo 3º, § 1º, do Decreto-lei n. 911/69, foi derrogada pelo Código de Defesa do Consumidor.[185] De todo o modo, a mora purgada é interessante ao credor, sendo que o objetivo do fornecedor é a manutenção do contrato, logo, havendo a purgação da mora, mesmo com a alteração da redação do Decreto-lei 911/69 pela Lei n. 10.931/04, inadmissível o não restabelecimento do *status quo ante*. A Portaria de n. 4, de 13 de março de 1998 (Anexo), em seu item 3, possuiu a mesma previsão, considerando nula a cláusula que não restabeleça os direitos do consumidor após a purgação da mora. Os tribunais também vêem pacificando a questão: TJDF, 6ª

---

[184] REsp 567.890 – MG, 4ª Turma, Min. Rel. Aldir Passarinho Júnior, j. 18.11.2003; REsp 129.732 – RJ, 3ª Turma, Min. Rel. Barros Monteiro, j. DJU 03.05.1999.

[185] REsp 157.688 - RJ, 4ª Turma, Min. Rel. Barros Monteiro, j. em 19.05.1998; REsp 129.732 – RJ, 3ª Turma, Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 24.11.1998.

Turma Cív., Ag. Inst. 2007002013288, rel. Des. José Divino de Oliveira, j. 23.01.2008; TJSP, AI 883007009, 3ª C. Cív., rel. Des. Jesus Lofrano, j. 15.03.2005; TJSP, Ag. Inst. 882652000, 10ª C. Cív., rel. Des. Soares Levada, j. 16.02.2005.[186]

A cláusula de eleição de foro no domicílio do fornecedor para dirimir eventuais conflitos, antes de ser uma cláusula abusiva nos contratos de alienação fiduciária em garantia, é típica de diversos tipos de contratos onde é possível encontrá-la: contratos de cartão de crédito, contratos de arrendamento mercantil, contratos de planos de saúde, dentre outros. O foro do autor da ação de responsabilidade em face do fornecedor, a despeito das previsões contratuais, é escolha exclusiva do consumidor. Relevante é que sendo o contrato de alienação fiduciária ou não, sempre que existir no contrato, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, cláusula de eleição de foro estipulando o domicílio do fornecedor, esta cláusula deve ser considerada nula de pleno direito.

6.3 CONTRATOS DE PLANOS DE CAPITALIZAÇÃO

O contrato de capitalização, mesmo sofrendo grande repreensão por parte do Judiciário e dos Órgãos Administrativos, em decorrência de determinadas condutas interpretadas como abusivas, devem, antes de tudo, sofrer uma análise iniciada num ambiente macro-econômico, para a partir de então, adentrar na análise pontual de suas cláusulas contratuais. Desse modo, analisar-se-á num primeiro plano, o surgimento dos contratos de capitalização, sua finalidade social, suas características e, por fim, seus reflexos no mercado de consumo.

6.3.1 O Surgimento dos Contratos de Capitalização e sua Finalidade Social

A primeira norma que disciplinou a modalidade contratual da capitalização foi publicada em 1933, o Decreto-lei n. 22.456, que posteriormente foi revogado pelo

---

[186] Sobre a possibilidade de purgar a mora, independentemente da alteração de redação do artigo 3º, § 1º, do Decreto-lei 911/69 pela Lei n. 10.931/04, omissa quanto à possibilidade do devedor purgar a mora: TJMG, 9ª Câmara Cív., Ap. Cív. 2.0000.00.519231-4/000, rel. Dês. Fernando Caldeira Brant, j. 28.10.2005; TJMG, 4ª Câmara Cív., Ag. Inst. 1.0701.07.182477-8/001, rel. Dês. Valdez Leite Machado, j. 24.05.2007;

Decreto-lei n. 261, de 28.02.1967, ainda hoje em vigor. Assim, já nas décadas de 1930 e 1940 o título de capitalização teve grande difusão e, em que pese à retração a partir da década de 1950, retomou sua ascendência em razão da recente estabilização financeira que permitiu ao cidadão comum, melhor organização de suas finanças e o resgate de valores sem muita desvalorização se comparado com a inflação real do período.[187] Isso sem contar o papel do título de capitalização na economia do país, eis que além da movimentação financeira direta gerada pelas contribuições dos consumidores, há o pagamento de prêmios, tributos etc. Mas o papel mais relevante do título de capitalização decorre do aporte financeiro das reservas recolhidas e aplicadas como instrumento de fomentação.

De fato, os recursos gerados nos contratos de capitalização, em sua grande maioria, são aplicados em títulos públicos pelo prazo do plano de capitalização vigente e, como é de conhecimento notório, o investimento em títulos públicos acaba sendo utilizado como financiador do Estado, seja na execução de obras de infra-estrutura ou para o próprio pagamento da dívida estatal. Esse fomento ao desenvolvimento nacional é bem explicado por Roberto Campos:

> "Um elemento adicional incluído na lei foi a obrigatoriedade, tese controvertida à época, de as empresas privadas de seguro e capitalização depositarem no BNDE até 25% de suas reservas técnicas. Este dispositivo foi substituído pelo compromisso de aplicarem, em projetos definidos como prioritários pelo BNDE, pelo menos 60% dos recolhimentos a que estavam obrigados".[188]

Expresso, portanto, que o título de capitalização não pode ser interpretado pelo aplicador da lei como um mero contrato em que o subscritor é simplesmente o investidor de um plano e, muito menos confundido com a *caderneta de poupança* bancária, mas sim como um instrumento de economia popular que permite ao aderente resgatar o capital formado durante o período de contribuição e que possui grande reflexo no desenvolvimento social do País. A importância dos contratos de

---

[187] CAVALCANTI, Flavio de Queiroz Bezerra. *Títulos de capitalização*. São Paulo: MP Editora, 2007, p. 12-13.
[188] CAMPOS, Roberto. *A lanterna da popa: v. 1: Memórias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Top Books, 2001. p. 192.

capitalização na economia é compatível com a atenção dada pelo Estado à sua fiscalização e positivação de normas. O simples fato de, na década de 30, existir legislação que regulamentava esse instrumento, demonstra sua importância e influência econômica na máquina estatal. A propósito, a formação de capital (poupança) era e ainda é essencial ao desenvolvimento do capitalismo, obrigando o Estado a intervir no mercado, por exemplo, produzindo leis que garantissem esta capitalização, novamente ampliando as funções estatais na economia e, conseqüentemente, no de consumo.[189]

6.3.2. Características do Contrato de Capitalização

O contrato de capitalização, embora seja um instrumento de economia popular, uma espécie de poupança como supramencionado, não pode ser confundido com a *caderneta de poupança*, bastante difundida na cultura econômica da população brasileira, pois, possui características diversas que o transforma em outra espécie de contrato. Com o contrato de capitalização há o efetivo ato de poupar, de capitalizar do consumidor, sendo este basicamente o único ponto de semelhança e relevante com a caderneta de poupança bancária. Além do poupar, o consumidor que participa de um plano de capitalização já tem o período de contribuição previamente determinado, período este em que arcará com o pagamento das parcelas para que, ao final do plano, proceda ao seu resgate com a respectiva correção monetária. Difere ainda da caderneta de poupança pela própria remuneração dos valores aplicados, em regra, inferiores à remuneração da primeira. Outros pontos que deixam o contrato de capitalização cada vez mais distante da caderneta de poupança é a possibilidade de o consumidor ser sorteado durante o adimplemento do plano, o que por vezes antecipa o valor que o consumidor está capitalizando. E o desconto de parte do capital acumulado, quando da desistência do aderente antes do término do plano, como forma de desestimular a retirada prematura dos consumidores.

A denominação *aderente* é corretamente aplicável ao contrato de capitalização, um contrato de adesão no qual não há possibilidade do consumidor discutir

---

[189] Cf. GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 21.

nenhuma de suas cláusulas nos efetivos termos do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode ignorar que os sorteios realizados no contrato de capitalização servem de atrativo aos consumidores e tornam o contrato com duas características concomitantes, apesar de díspares, a comutatividade e a aleatoriedade. A comutatividade é o próprio contrato de capitalização no qual o consumidor aderente participa do plano e sabe que ao final perceberá os valores recolhidos junto à empresa de capitalização com correção previamente estipulada. A característica aleatória liga-se ao sorteio em que o aderente participará, podendo, aleatoriamente, vir a ser sorteado. Muitos consumidores utilizam o contrato de capitalização como uma forma de aquisição de determinados bens, pelo fato de não terem condições de adquiri-los em estabelecimentos comuns de varejo, em razão da impossibilidade da obtenção de crédito. Como alguns planos de capitalização permitem ao consumidor, ao final do plano, resgatar o valor capitalizado ou utilizá-lo na compra de um bem (eletrodomésticos, equipamentos eletrônicos, motocicletas, automóveis etc.), esta acaba sendo uma forma de aquisição de bens, sem comprovação de renda ou de situação positiva nos bancos de dados de consumidores, basta ao consumidor contribuir em dia com o plano. No Anexo III, da Circular n. 365, de 27.05.2008, há previsão expressa da possibilidade do aderente adquirir bens ao final do plano de capitalização:

> "Art. 1º Define-se como Modalidade Compra-Programada o Título de Capitalização em que a sociedade de capitalização garante ao titular, ao final da vigência, o recebimento do valor de resgate em moeda corrente nacional, sendo disponibilizada ao titular a faculdade de optar, se este assim desejar e sem qualquer outro custo, pelo recebimento do bem ou serviço referenciado na ficha de cadastro, subsidiado por acordos comerciais celebrados com indústrias, atacadistas ou empresas comerciais".

A possibilidade de o consumidor aderente utilizar o valor capitalizado para adquirir algum bem de consumo, antes não prevista expressamente pela SUSEP, mas aceita, gerou diversos problemas em razão de publicidade enganosa utilizada

no mercado de consumo como forma de induzir o consumidor a adquirir um título de capitalização com a falsa certeza de que ganharia o bem de consumo ou uma carta de crédito para adquiri-lo num prazo irreal, desconsiderando as informações constantes do contrato. Esse período abalou a confiança do mercado de consumo perante às empresas de capitalização e os corretores de capitalização, responsáveis autônomos pela venda dos títulos, conforme será tratado adiante.

O contrato de capitalização, como já mencionado, obriga o aderente a contribuir durante determinado período com condições, nesse ínterim, de ser sorteado e resgatar antecipadamente o valor que seria capitalizado. Mas é certo também, que a empresa de capitalização, como garante ao consumidor o resgate futuro dos valores recolhidos com atualização previamente estipulada, necessita de elaborar cálculos matemáticos com o escopo de reservar capital suficiente para garantir a retirada futura do consumidor, arcar com os sorteios e ainda conseguir sua remuneração. A reserva de capital suficiente ocorre com o desconto de parte da contribuição que será vinculado à formação do capital para o futuro resgate ao término do plano. Se houver a retirada do consumidor antes do término do contrato, haverá a aplicação da tabela de descontos aprovada pelo órgão regulamentador e fiscalizador, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. A tabela de descontos, antes do debater acerca da existência ou não de abusividade em seus percentuais, a *priori*, é um método de evitar que o consumidor desista do plano e afete os cálculos e projeções matemáticas, que numa hipótese extrema, pode chegar a afetar todos os envolvidos no respectivo plano de capitalização. Adiante, a tabela de descontos será estudada em maior profundidade e, se existe abusividade em sua instituição pelas empresas de capitalização, mesmo sendo convalidadas pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

Outra parte da contribuição recolhida é dirigida ao sorteio, sendo responsável pelo custeio dos prêmios ofertados aos consumidores, que poderão ser bens à disposição no mercado de consumo ou em espécie. Por fim, a empresa de capitalização percebe parte da contribuição paga pelos consumidores a título de remuneração pela prestação de seus serviços.

Todas as destinações originárias das contribuições dos consumidores supracitadas são controladas pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP,

em razão da obrigatoriedade do respeito aos limites mínimos que devem ser observados para não violar a provisão matemática que se torna necessária elaborar, visando à viabilidade econômica do plano de capitalização. A fiscalização da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP aos títulos de capitalização decorre do Decreto-lei n. 261, de 28.02.1967 que regulamenta as sociedades de capitalização e do Decreto-lei n. 73, de 21.11.1966 que atribui algumas atividades da SUSEP em relação às empresas de capitalização.[190] A SUSEP, exercendo a competência legal atribuída pelos normativos supramencionados, editou a Circular n. 130, de 18.05.2000, recentemente revogada pela Circular n. 365, de 27.05.2008, que estabelece as normas de contratação de títulos de capitalização.[191]

Logo, é clara a percepção de que o contrato de capitalização é um contrato regulado[192], e suas condições gerais, que integram os contratos de adesão, são regulamentadas pela SUSEP, por força dessa legislação. A regulamentação da SUSEP não afasta a natureza adesiva do contrato de capitalização, mas certamente auxilia na redução da fragilidade dos aderentes - caso não houvesse regulação a respeito do tema - situação a ser observada pelo magistrado ou pelo órgão administrativo de proteção e defesa do consumidor no caso concreto. Por outro lado, importante mencionar que muitos dos profissionais da SUSEP são oriundos das empresas de capitalização ou seguros e vice-versa, gerando o que se alega especialmente no âmbito das agências reguladoras, autarquias de regime especial, o que faz com que os mesmos profissionais dos fornecedores determinem as regras

---

[190] "Art. 3º. Fica instituído o Sistema Nacional de Capitalização, regulado pelo presente Decreto-lei e constituído: (...) § 2º A Susep é o órgão executor da política de capitalização traçada pelo CNSP, cabendo-lhe fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades do ramo, relativamente às quais exercerá atribuições idênticas às estabelecidas para as sociedades de seguros, nas seguintes alíneas do art. 36, do Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1966: a), b), g), h), i)". Decreto-lei n. 73, de 21.11.1966 - "Art. 36. Compete à Susep, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: (...) c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas, obrigatoriamente, pelo mercado segurador nacional".

[191] Referida Circular alterou significamente as modalidades de capitalização. O artigo 2º da Circular n. 365, de 27.05.2008 define as modalidades dos títulos de capitalização autorizadas pela SUSEP: "Art. 2º Os títulos de capitalização serão estruturados, para efeito de comercialização, conforme uma das quatro modalidades discriminadas abaixo:
I - Modalidade I: Tradicional
II - Modalidade II: Compra-Programada
III - Modalidade III: Popular
IV - Modalidade IV: Incentivo".

[192] Sobre contratos *regulados* ou *regulamentados*, NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, p. 108, out./dez., 1996. p. 96-98.

específicas sobre determinado nicho do mercado de consumo, o que se apresenta deveras perigoso aos consumidores.

O intérprete contratual não pode ignorar que a adesão dos consumidores se dá por dois fatores essenciais: a possibilidade de capitalização (investimento) e o sorteio. Esses fatores tornam o contrato de capitalização, comutativo[193] em relação à reserva técnica contratada e que será resgatada ao término do plano, e, também, aleatório, já que possibilita ao consumidor, mediante o fator "sorte", gerar uma vantagem exclusiva ao aderente. Sobre contratos aleatórios, Orlando Gomes define:

> "Nos contratos aleatórios, há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. Os contratos aleatórios expõem os contratantes à alternativa de ganho ou perda. O equivalente, como reza o Código Civil francês, consiste dans la chance de gain ou de pert por chacune des parties" [194]

Além das características mencionadas, o contrato de capitalização possui certa formalidade que apesar de não ser da essência do contrato de capitalização, é um dever a ser cumprido pela empresa de capitalização no sentido de proteger o consumidor aderente, explanando as cláusulas restritivas de direitos, as regras dos sorteios, dentre outras informações relevantes no instrumento.

Nesse sentido que o contrato de capitalização deve conter expressamente a tabela de descontos em tamanho que o consumidor possa enxergá-la sem maiores dificuldades. Isso em respeito ao consumidor e, conseqüentemente, ao artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

6.3.3 Reflexos dos Contratos de Capitalização no Mercado de Consumo

---

[193] O conceito de contrato comutativo foi mencionado no Capítulo 5, item 5.5 – Cláusulas abusivas e contratos de adesão.
[194] GOMES, Orlando, *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 74

Como todo e qualquer contrato de consumo, diversos problemas surgem com a difusão do instrumento no mercado de consumo, à disposição de todo e qualquer consumidor que, independentemente do reconhecimento expresso no Código de Defesa do Consumidor de sua vulnerabilidade, subjetivamente, cada consumidor, tem o seu método de interpretação do contrato. Por esse fato que todas as informações do produto ou serviço a ser contratado devem ser transmitidas ao consumidor com a maior e melhor transparência possível, sob pena de viciar todo o negócio jurídico de consumo. Nesse aspecto, um dos maiores problemas encontrados nos contratos de capitalização surge no momento da oferta do título ao consumidor, exatamente na fase pré-contratual. É na fase pré-contratual que o consumidor recebe as informações básicas para que, após alguma reflexão, decida pela contratação ou não do produto ou serviço ofertado.

6.3.3.1 Da Problemática dos Corretores de Títulos de Capitalização

No contrato de capitalização, o responsável pelo fornecimento das informações primárias básicas ao consumidor é o corretor de capitalização, mesma função do corretor de seguros. O corretor de capitalização (pessoa física ou pessoa jurídica) é o responsável direto pelas informações prévias transmitidas ao consumidor até porque sua função é representar o consumidor perante à empresa de capitalização. O corretor de capitalização é o técnico responsável em explicar todos os detalhes da contratação em que o consumidor pode vir a contratar. A profissão do corretor é regulamentada no Decreto 56.903, de 24 de setembro de 1965.[195] Os corretores de capitalização, como as próprias empresas de capitalização sofrem a fiscalização da SUSEP e podem ser punidos quando extrapolam os limites de suas funções,

---

[195] "DECRETO 56.903 DE 24 DE SETEMBRO DE 1965
Regulamenta a profissão de Corretor de Seguros de Vida ou de Capitalização, de conformidade com o artigo 32, da Lei n. 4.594, de 29 de dezembro de 1964.
Capítulo I
Do Corretor de Seguros de Vida e de Capitalização e da sua Habilitação Profissional
Art. 1° - O Corretor de Seguros de Vida ou de Capitalização, anteriormente denominado Agente, quer seja pessoa física, quer jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de Seguros de Vida ou a colocar Títulos de Capitalização, admitidos pela legislação vigente, entre Sociedades de Seguros e Capitalização e o público em geral.
Art. 2° A profissão de Corretor de Seguros de Vida ou de Capitalização somente será exercida por pessoas devidamente inscritas na Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.
Parágrafo Único – O número de Corretores de Seguros de Vida ou de Capitalização é ilimitado".

conforme expressa o mesmo Decreto 56.903, em seu artigo 15.[196] E por certo que diversos problemas ocorrem em decorrência da má prestação de serviços dos corretores de capitalização ou até mesmo pela má-fé em alguns casos, atitude que deve ser repelida em qualquer âmbito de discussão de conflitos envolvendo relações de consumo, pois o corretor atua em prol do consumidor.

O corretor de seguros recebe pelo serviço de venda e é um técnico no assunto, sendo pessoa habilitada pela SUSEP, devendo prestar todas as informações ao consumidor. Caso o corretor não cumpra com essa obrigação, poderá ser punido profissional, civil e criminalmente pelos atos que praticar, nos termos dos artigos 10 e 11 do Decreto 56.903, de 24 de setembro de 1965.

Tanto os magistrados como os órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor devem observar a particularidade de um representante autônomo comercializar um produto mediante imposição legal, mas também, pouco importará essa observação em um caso concreto, pois há previsão em lei que não exime o fornecedor real (a empresa de capitalização) de assumir o ônus causado por uma venda viciada, com fundamento no artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, teria a empresa de capitalização o direito de regresso contra o corretor causador do dano. Todavia, a autonomia do corretor em relação à companhia de capitalização é tão relevante, que a simples aplicação do artigo 34 muitas vezes não se apresenta como a solução mais justa, tanto pelo fato de punir o fornecedor que tem um controle limitadíssimo dos corretores, seja pela não punição imediata do corretor que apenas poderá sofrer sanção administrativa pela SUSEP, e não pela companhia de capitalização que ele representa. A própria representação das companhias de capitalização pelo corretor é parcial, eis que o corretor pode comercializar títulos de capitalização de qualquer empresa, inclusive de todas existentes concomitantemente, pois cabe ao corretor analisar qual título de capitalização é mais adequado ao objetivo do consumidor. O papel do corretor é de tamanha relevância que o vício na informação primária pode levar muitos consumidores a contratarem um título de capitalização como se fosse um contrato

---

[196] "Capitulo IV
Da Repartição Fiscalizadora
Art. 15. Compete à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – aplicar as penalidades neste Decreto e fazer cumprir as suas disposições".

de compra e venda de um bem de consumo, mas não um contrato para que possam acumular um capital e, ao final do plano, optar pela aquisição do bem.

A jurisprudência vem dando a resposta esperada quando há vício de informação por parte do corretor, agente intermediário responsável pela comercialização dos títulos de capitalização, determinando a manutenção da oferta feita pelo corretor como integrante do contrato. Mesmo não havendo participação dos corretores na execução do contrato, que deve ser adimplido pela empresa de capitalização, a venda realizada pelo corretor, muitas vezes de forma equivocada, por certo vicia todo o negócio jurídico. E mesmo que a atuação do corretor seja independente, ou autônoma em relação à empresa de capitalização, há julgados que entendem que o objetivo do corretor é vender os títulos de capitalização no mercado de consumo e a responsabilidade da companhia é solidária não apenas em razão do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor, mas também pela primordial função do corretor de seguros, que é a de angariar clientes para a companhia que é beneficiada diretamente pelo seu trabalho.[197] Indenizado o consumidor, cabe o direito de regresso por parte da empresa de capitalização contra o corretor responsável pela venda viciada, além das penalidades administrativas que está sujeito.

Não obstante a responsabilidade da empresa de capitalização em razão da venda efetuada pelo corretor, nos termos do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor, a solidariedade entre esses agentes recebeu interpretação diversa quando do julgamento do Recurso Especial n. 149.997 – RJ (DJ 29.06.98), em que excerto do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior expõe, *in verbis*:

> "A corretora exerce a atividade de intermediação na celebração do contrato de seguro e assume, pela prestação de tal serviço, a responsabilidade que lhe advém da legislação civil e comercial, em especial do Código de Defesa do Consumidor, no seu relacionamento com o cliente. Ela não responde pelo

[197] TJDF, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Ap. Cív. J. rel. Juiz Sandoval Oliveira, j. 4.12.2007.

> pagamento do seguro, o que é de responsabilidade da companhia seguradora. As responsabilidades são autônomas no sentido de que cada um dos intervenientes na operação ocupam uma posição própria e respondem, no âmbito contratual, pelo que decorre do descumprimento ou do cumprimento imperfeito do contrato. Com isso, quero dizer que a corretora, no desempenho da sua atividade, pode agir com culpa que venha a ser condenada a indenizar o seu cliente por quantias iguais ou superiores ao valor do seguro, mas por causa do defeito na prestação do seu serviço e não porque responda solidariamente com a companhia seguradora, como se também participasse do contrato de seguro na condição de segunda seguradora. Reza o art. 126 do Decreto-lei nº 73/66: 'O corretor de seguros responderá civilmente perante os segurados e sociedades seguradoras pelos prejuízos que causar por omissão, imperícia ou negligência no exercício da profissão'. Pelo mau exercício profissional decorre solidariamente a companhia seguradora; a inversa também é verdadeira: o corretor não responde solidariamente com a seguradora pelo não cumprimento do contrato de seguro. Por isso, tenho como inadequada a aplicação dos dispositivos legais sobre a responsabilidade solidária, seja do Codecon, seja do CCivil". (grifo nosso)

Caracterizada, em nosso entender, a autonomia dos corretores de seguros pelo Superior Tribunal de Justiça, que também deve ser considerada quando analisado um contrato comercializado por corretores de capitalização, mas a solidariedade do artigo 34, ainda é a interpretação que prevalece, pelo fato de facilitar a defesa do consumidor.

Menezes Cordeiro quando trata da boa-fé como regra de conduta, mesmo não sendo especificamente ao caso do representante corretor de capitalização, analisa a situação de confiança gerada com o representante e sua responsabilidade autônoma na relação jurídica que, deve ser analisada em cada situação típica.[198]

---

[198] CORDEIRO. António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 633-634.

Comprovada a importância do agente intermediário na comercialização dos títulos de capitalização, sendo obrigação da SUSEP e também de todos os partícipes dessa relação de consumo (incluindo-se também a empresa de capitalização em razão de sua responsabilidade solidária com esses intermediários, em casos específicos), a fiscalização de sua atuação no mercado de consumo visando à contratação hígida entre consumidor e fornecedor.

6.3.3.2 A Tabela de Descontos Quando do Resgate Antecipado

Integrante do contrato de capitalização, a tabela de descontos é instrumento específico e calculado pela empresa de capitalização e pelo respectivo órgão fiscalizador (SUSEP) com o objetivo primordial de manter em ordem as provisões matemáticas, efetuando o desconto dos valores reservados pelo consumidor, como forma, também, de evitar a desistência dos participantes. A simples indicação da tabela no corpo do contrato não é suficiente para eximir a empresa de capitalização de supostos problemas na compreensão do contrato por parte do consumidor. Deve também detalhar a motivação da tabela e deixá-la em formatação de destaque no contrato de adesão, em respeito ao artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

O detalhamento da tabela, dos descontos eventualmente efetuados, deve ser elaborado no contrato em cláusulas de fácil compreensão já que para o consumidor comum a explicação da motivação dos descontos ou das provisões matemáticas, torna-se extremamente complexa. Essa obrigação apresenta-se extremamente relevante no contrato de capitalização, celebrado em sua grande maioria por consumidores de baixa renda e conseqüentemente de baixa instrução pelo simples fato da capitalização, como forma de investimento, ser inferior aos rendimentos pagos pela caderneta de poupança.[199] Por assim dizer, o interesse muitas vezes

[199] A Circular da SUSEP n. 365, de 27.05.2008 prevê a necessidade de dar destaque à tabela de descontos: "Art. 3º Nas Condições Gerais do Título de Capitalização deverão constar, sempre em destaque, no mínimo:
I - Glossário com as definições de subscritor, titular, capital, capital nominal;
II - Percentuais de sorteio e de carregamento;
III - Tabela que discrimine o percentual de resgate em função do prazo de vigência do título, considerando-se todos os pagamentos previstos e demais parâmetros de cálculo, especificando eventuais fatores de redução para resgates antecipados;
IV - Se o valor do prêmio de sorteio é líquido ou bruto e, nesse caso, que o desconto de imposto de renda será na forma da legislação em vigor, explicitando o percentual vigente aplicável;

desse consumidor é exclusivo pelo sorteio ou pela possibilidade de adquirir um bem de consumo quando do término do plano, e essa característica deve ser observada no primeiro momento pela própria empresa de capitalização e, num segundo momento, pelo Judiciário quando da apreciação de conflitos surgidos deste tipo de contratação. Essa informação sobre os descontos efetuados deve ser concretamente de clara compreensão pelo consumidor, pois ainda hoje consumidores ao desistirem do contrato, ou por simples inadimplemento, sofrem com elevados descontos sem saber o motivo do não recebimento do valor pago acrescido de juros e correção monetária. Constatados problemas na redação do contrato e nas demais informações transmitidas, seja pelo corretor ou pela própria empresa de capitalização, o Judiciário vem determinando a devolução integral dos valores contribuídos.[200]

A clareza de informação também deve ser expressa na parte aleatória do contrato de capitalização, o sorteio. O consumidor deve receber a informação prévia das efetivas chances de ser sorteado durante a participação do plano de capitalização. Se o plano de capitalização não tem limite máximo de participantes, havendo uma constante entrada de consumidores, o que tornaria, em tese, impossível à empresa de capitalização indicar em contrato a possibilidade real de o consumidor ser sorteado, eis que tal previsão seria extremamente volátil, deve, ao menos, indicar, de forma clara no contrato que as chances do indivíduo ser sorteado é variável conforme o número de integrantes e, eventualmente, mencionar outros planos disponibilizados e encerrados pela empresa de capitalização em que seja possível demonstrar, a título de exemplificação, a efetiva possibilidade de um aderente ser sorteado. A empresa de capitalização tem plenas condições de calcular as chances de sorteio em razão dos participantes e pode indicá-las no teor do contrato. O contrato de capitalização é pautado em provisões matemáticas que

---

V - Denominação e CNPJ da sociedade de capitalização;
VI - Nome fantasia do produto, número do processo SUSEP e a modalidade, facilmente identificáveis;
VII - Critério de atualização de valores, com a indicação do índice utilizado;
VIII - Informação sobre a incidência de juros moratórios, quando o sorteio e/ou resgate não forem pagos nos prazos estabelecidos pela legislação em vigor; e
IX - Informações relativas à participação em excedentes financeiros, nos termos da legislação específica, e as condições para obtenção de bônus, quando previstos.
§1º Todas as cláusulas que implicarem limitações ou impuserem ônus aos titulares
deverão ser redigidas em destaque, permitindo sua imediata e fácil identificação e compreensão(...)".

[200] TJDF, 3ª Turma Cív., Ap. Cív. 2004.04.1.004516-8, rel. Des. Nídia Corrêa Lima, j. 12.07.2006.

podem e devem ser transmitidas com clareza ao consumidor, sob pena de não vinculá-lo.

6.4 CONTRATOS SECURITÁRIOS

Os contratos de seguro, talvez por atuarem com riscos e exclusões predeterminadas, por vezes não compreendidos pelos consumidores, estejam entre os mais combatidos administrativa e judicialmente.

Por certo que o contrato de seguro como forma de socialização dos prejuízos e de evitar o prejuízo futuro e incerto é uma realidade na sociedade de massa, especialmente os seguros de assistência à saúde e seguros de vida que serão tratados especificamente. O contrato de seguro é aquele em razão do qual o segurador se obriga para com o consumidor segurado, mediante o pagamento de um prêmio, a indenizá-lo quando da ocorrência de um evento futuro previsto contratualmente.

Por isso se diz que o contrato de seguro implica *transferência de risco*.[201]

6.4.1 Contrato de Seguro de Vida

No contrato de seguro de vida, relevante mencionar os contratos que prevêem a possibilidade de indenização por morte acidental. Nada há de ilegítimo na elaboração desse tipo de contrato, mas o problema se inicia quando da análise dos riscos excluídos por parte das seguradoras. Um exemplo comum de exclusão que pode ser considerada abusiva, refere-se à impossibilidade de pagamento de indenização quando a morte da gestante é causada por aborto natural ou em razão de dar à luz a uma criança. A morte pode ter ocorrido por acidente, mas existe a exclusão deste risco, que exime a segurada de pagar a indenização. Por certo que esses riscos excluídos não podem ser tratados como doenças ou não acidentes, mas apresenta-se abusivo o excesso de rigidez na exclusão dos riscos que podem ser caracterizados como acidente da pessoa, mas não estão abrangidos pelo seguro.

---

[201] GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 411.

Outra situação que gera discussão nos contratos securitários, especialmente nos de seguro de vida, ocorre quando a oferta publicitária qualifica referidos seguros de “proteção total” ou “seguro máximo”, transmitindo ao consumidor a idéia de que estaria totalmente protegido, mas, no teor do contrato há sempre as cláusulas de exclusões por parte da seguradora.

Não se está pretendendo obrigar que a seguradora arque com qualquer evento gerado, até porque, sua própria sobrevivência e conseqüente adimplemento dos sinistros de vários consumidores depende de complexos cálculos atuariais, e, também, da parte aleatória do contrato, tudo com vistas a que possa ter patrimônio suficiente para cumprir com suas obrigações. Mas o método de oferta de um seguro no mercado de consumo que divirja do que conste em seu teor contratual, não pode ser interpretado contrariamente ao consumidor, especialmente pela previsão do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Determinadas exclusões contratuais são possíveis, já que o risco nesse tipo de contrato é previsível. Não fosse assim, o Código Civil em seu artigo 757, *in fine*, não expressaria esta predeterminação:

> “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

Assim sendo, desde que não seja violado o espírito do contrato, ou seja, praticamente inviabilizando o seguro de vida do consumidor e desequilibrando o contrato em benefício exclusivo do fornecedor, as exclusões, como riscos predeterminados, são possíveis. Trata-se, no caso, de desequilíbrio de obrigações e deveres entre os contratantes que, a partir do desequilíbrio em benefício exclusivo do fornecedor, o contrato trará reflexos econômicos ao consumidor que arcará com prestação sem a contraprestação correspondente.

6.4.2 Contrato de Seguro de Automóvel

A importância do contrato de seguro de automóvel não existe em razão de apenas ser uma espécie de relação de consumo, mas primordialmente pelo número de consumidores abrangidos. A habitualidade com que algumas pessoas lidam com os contratos de seguro, não significa que possam entender todas suas cláusulas e também evitar certas obrigações que não tenham condições de cumpri-las futuramente.

Situação comum em contratos de seguro de automóvel ocorre durante a conclusão do contrato, exatamente quando o consumidor fornece seus dados para a análise de seu perfil junto à seguradora. O perfil do segurado serve principalmente para analisar a probabilidade de ocorrência do sinistro e, por conseqüência, adaptá-lo ao prêmio que será cobrado. Entretanto, as mesmas informações prestadas pelo consumidor quando da celebração do contrato, algumas vezes são utilizadas pelas seguradoras exatamente para negar a cobertura do sinistro. Não que isso seja proibido, mas o consumidor deve ser avisado expressamente sobre a importância das informações e também ficar atento ao motivo do perfil eventualmente indicado pela empresa seguradora para negar a cobertura do sinistro.

A simples utilização das informações do perfil do segurado para negar a indenização, sem que isso tenha sido a causa direta do sinistro, é abusiva. Por exemplo, o consumidor que declara apenas utilizar seu veículo para ir ao trabalho e retornar à sua casa diariamente, sempre pelo mesmo caminho, se, eventualmente ocorrer uma batida com este carro em local diverso do declarado, não pode a seguradora negar a cobertura do seguro, pois é fácil perceber ser impossível obrigar o consumidor a circular com seu veículo apenas nos locais declarados à seguradora.

De outro modo será analisado o caso concreto se a declaração afetar diretamente a natureza do seguro, como, por exemplo, a declaração de que o veículo é utilizado para fins particulares - que obviamente faz com que a possibilidade de sinistro diminua, pois sua circulação pelas vias é pontual -, enquanto que, na realidade, o consumidor irá utilizá-lo para fins comerciais, fazendo com que o risco do sinistro altere radicalmente em prejuízo da empresa seguradora.

O automóvel destinado a fins comerciais, por lógica, circula por diversas vias, colocando-se em risco de colisão, furto ou roubo muito maior do que um carro particular. E, portanto, o vício dessa informação se depois constatado pela seguradora, pode, eventualmente permiti-la a não indenizar o consumidor que violou o princípio da boa-fé, que deve ser adotado tanto pelos fornecedores como pelos consumidores.

A análise de perfil é uma adequação do segurado às situações fáticas e objetivas que permitem à seguradora chegar a um valor de prêmio melhor adaptado à realidade. Isso não permite que a análise de perfil seja discriminatória, privilegiando ou preterindo determinados tipos de condutores por diferença de sexo, cor, opção sexual etc. A probabilidade de aumento ou diminuição do sinistro deve ser analisada com fundamento em critérios objetivos, como, por exemplo, o tempo de carteira de habilitação do condutor.

Outra particularidade do contrato de seguro de automóvel é a previsão de isenção de responsabilidade da seguradora, quando o segurado não comunicar imediatamente o sinistro. A comunicação do segurado conforme o *caput* artigo 771, do Código Civil, deve ser efetuada *logo* que tenha conhecimento do evento coberto, mas diversas situações surgem se a interpretação do contrato e do mencionado artigo:

> "Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as conseqüências"

Notório que muitas vezes numa batida entre veículos, o culpado pode ofertar ao condutor inocente o reparo do veículo com seu seguro e que não haverá a necessidade de comunicação imediata à seguradora, e, na hipótese do condutor culpado posteriormente se recusar a arcar com o prejuízo, essa comunicação tardia do condutor inocente não pode ser levada em consideração para a perda do direito do segurado à indenização do seguro. Obviamente que mesmo o condutor sendo culpado, a demora na comunicação, no exemplo dado, não pode ser considerada como motivo absoluto para a perda do direito à indenização do seguro. Não é

demais lembrar que as tratativas entre os envolvidos em acidentes de veículos têm como escopo na grande maioria das vezes não acionar o seguro, e preservar tanto o bônus quanto o pagamento da franquia, que pode ser muito mais elevada do que o valor negociado, sem o envolvimento da seguradora.

Nas hipóteses de furto ou roubo do veículo, mais comum a tentativa de não indenizar por parte e da seguradora, em razão de que teria condições de recuperar o veículo, se fosse avisada imediatamente do sinistro. Certo é que o artigo 771 usa o termo *logo*, e também é certo que uma comunicação tardia pode chegar a dificultar a localização do bem, contudo, a interpretação do que seria *logo* caberá ao magistrado, pois não se duvida que, embora em determinados casos a rápida comunicação possa trazer grandes chances de êxito ou até a recuperação do bem, em contrapartida, em outros pode ser irrelevante.

Isso não significa que o artigo 771 não tem aplicabilidade, pelo contrário, constatada a demora desarrazoada do segurado em comunicar o sinistro à seguradora e essa demora tenha ligação direta com o prejuízo da seguradora, após a análise das características do caso, aplica-se o normativo como punição, seja por má-fé, seja por negligência, sendo a última hipótese a tratada no artigo. A punição prevista no artigo 771, do Código Civil, pela demora da comunicação do sinistro à seguradora, é uma forma legal da previsão contratual que as administradoras de cartão de crédito utilizam, quando impõem ao consumidor o ônus das despesas realizadas até a comunicação do extravio, furto ou roubo do cartão. Portanto, como já indicado no Capítulo 6 – 6.1 que trata do contrato de cartão de crédito, a conduta do consumidor deve ser observada pelo magistrado antes de declarar a cláusula contratual nula. Cabe ainda indicar a influência econômica na redação do artigo 771, imputando o ônus ao consumidor de participação ativa na relação contratual, sob o fundamento da boa-fé contratual, o que não se vê no contrato de cartão de crédito, atípico.

Destaque-se outra cláusula inserida nos contratos de seguro de automóvel que obrigam o segurado, no caso de perda total do bem, aplicar tabela própria para definir o valor da indenização. Essa previsão permite ao segurador alterar de maneira unilateral a mudança de preço em prejuízo do consumidor. A tabela ou critérios utilizados para indenizar o bem pelo valor de mercado não podem ser

originários do próprio fornecedor, sob pena de violar diretamente o artigo 51, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor.

Abusiva também é a cláusula que estabelece a perda total dos direitos do consumidor segurado, mesmo quando este após cumprir a maior parte do contrato com a seguradora, não paga as últimas parcelas do seguro, na hipótese de sinistro. Claramente que a inserção dessa cláusula no contrato de seguro viola o equilíbrio contratual entre as partes, eis que não é razoável após a quase totalidade do contrato ter sido cumprido pelo consumidor, quando da ocorrência de sinistro, a seguradora deixa de arcar com sua contraprestação na relação. Certamente que em razão do inadimplemento do consumidor a indenização paga pela empresa seguradora não será a mesma se o contrato fosse integralmente adimplido. Assim, nesses casos, o pagamento da indenização deve ser proporcionalmente ao que foi adimplido pelo consumidor, sendo este o entendimento dos tribunais e mesmo que a seguradora alegue a previsão do artigo 763, do Código Civil de 2002, se o inadimplemento causado pelo consumidor não é substancial ao contrato, qualquer entendimento contrário tornará a relação excessivamente desvantajosa ao consumidor, merecendo por este fato ser declarada nula a cláusula que preveja essa exceção ao direito de indenização do consumidor.

6.4.3 Contratos de Seguro-Saúde

Os contratos de assistência à saúde são os que acabam por sofrer grande debate nos tribunais, seja em razão das diversas cláusulas abusivas neles inseridas, como também pelo fato do estado de penúria em que se encontra o setor de saúde pública do País. O próprio estado de calamidade do setor de saúde pública do Brasil é utilizado como motivo para a limitação exacerbada de alguns planos de saúde, eis que há uma grande migração de indivíduos do setor público para o setor de saúde privada complementar.

E mesmo quando as empresas privadas que atuam no ramo dos planos de saúde argumentam que sua atuação no ramo de saúde é complementar, e por isso sua responsabilidade no mercado de consumo está limitada às previsões contratuais, isso não significa que não seja integral sob o aspecto de proteção à

saúde do destinatário final do serviço. Sua atuação complementar (conforme previsão no artigo 199 da Constituição Federal) deve ser plena ao que se propõe, não sendo admissível algumas limitações que costumam ser impostas nos contratos de adesão de planos de saúde. Nesse aspecto que foi editada a Lei n. 9.656/98 que tem como escopo a vedação expressa de cláusulas contratuais, que até a data de sua edição, vinham sendo rechaçadas pela jurisprudência.

Diversos são os exemplos de cláusulas abusivas que podem ser mencionados. As exclusões nos planos de saúde que muitas vezes tornam ineficaz o próprio contrato, como a não assunção por parte da seguradora de despesas relacionadas às próteses necessárias à execução de determinadas cirurgias. Sendo o implante necessário ao procedimento cirúrgico indicado, sua exclusão gera a transferência dos riscos no negócio ao consumidor, gerando, em contrapartida, excessiva vantagem ao fornecedor. Isso sem contar que a negativa da seguradora provoca no consumidor o sentimento de frustração, já que este possuía uma expectativa mínima em relação ao serviço contratado, muitas vezes, uma relação contratual de longo período. A resposta jurisprudencial nesses casos tem sido vigorosa[202], mesmo quando o contrato tenha sido celebrado antes do advento da Lei 9.656/98[203].

Por certo que as cláusulas excludentes de responsabilidade relacionadas às próteses, muitas vezes desnaturam o próprio objeto dos contratos, eis que a negativa de um implante pode vir a tornar inócuo o procedimento cirúrgico, violando o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. É o caso comum de planos de saúde que prometem ao consumidor todo o tratamento quando houver uma cirurgia de coronariana para a desobstrução de artérias, mas existe a cobrança do *stent* como se fosse uma prótese não incluída no procedimento cirúrgico, mesmo que seja indispensável à tentativa de desobstrução das artérias. Mesmo sem entrar na discussão acerca do *stent* ser ou não uma prótese, a cobertura do plano de saúde que garante um tratamento em que o *stent* não é uma opção, mas uma necessidade do paciente, torna sua exclusão de cobertura, mesmo sob a alegação de se tratar de prótese, ineficaz.

---

[202] TJSP, AP. 251.546-4/2, 5ª. Câm. D. Priv., Des. A. C. Mathias Coltro, j. 24.08.2005.
[203] TJRS, AI. 70012661625, 6ª Câm. Cível RE, Des. Ney Wiedemann, j. 30.03.2006.

Para que o mercado de seguros-saúde fosse melhor controlado, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, contribuindo bastante na fiscalização dos planos de saúde. A ANS foi criada mediante a edição da Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, trata-se de autarquia de regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, com sede no Rio de Janeiro e atuação em todo o território nacional. Sua função principal é a fiscalização e regulação do setor de assistência de saúde complementar, com o intuito de promover a defesa do interesse público nas relações entre os prestadores de serviços de saúde com seus usuários, regulando o mercado a fim de que os participantes tenham uma relação equilibrada.

Atualmente, em face da Lei n. 9.656/98, é possível a divisão dos contratos que prestam serviços de assistência à saúde em três tipos de planos de saúde. O primeiro desses contratos é aquele que foi celebrado antes da publicação da Lei n. 9.656/98[204], desse modo, a cobertura à época ofertada é a mesma expressa no instrumento contratual, com suas respectivas exclusões. O segundo tipo de contrato é o que foi celebrado a partir da vigência da Lei 9.656/98, já influenciados pelas regulamentações da ANS, contemplando, por exemplo, a ineficácia de limitação de consultas, exames ou dias de internação, tendo o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula 302: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado". E, por fim, contrato adaptado, que é aquele celebrado anteriormente à Lei n. 9.656/98, mas que sofreu adaptações em razão desta, garantindo aos consumidores os mesmos direitos atribuídos aos consumidores que entraram no sistema após a mencionada Lei. É certo que a adaptação dos planos antigos à nova Lei é opção do consumidor que, caso queira, pode permanecer no plano celebrado antes da Lei n. 9.656/98 e, mesmo que a escolha caiba ao consumidor, é obrigação da prestadora de serviços dar todas as informações sobre as conseqüências da troca do tipo de plano de saúde, já que nem sempre a troca pode ser interessante ao perfil do consumidor. Novamente verifica-se a importância do direito à informação como instrumento de pacificação social e também como proteção ao fornecedor que, cumprindo com esta norma cogente, realiza uma contratação hígida, muito mais difícil de ser debatida, judicial ou administrativamente.

---

[204] Antes de 2/01/99.

Outro exemplo de cláusula abusiva, nesta espécie de contrato, diz respeito aumento de mensalidade em plano/seguro saúde por faixa etária. A Lei 9.656/98, apesar de conter regra específica, somente pacificou, em parte, essa questão, já que o tema nos contratos a ela anteriores e sem adaptação continuam a gerar conflitos. A Lei 9.656/98, em seu artigo 15 determina que as faixas etárias devem estar muito bem aclaradas no contrato e de acordo com as regras estabelecidas pela ANS. A referida agência reguladora, por norma complementar, autorizou a inserção, nesses contratos, de no máximo seis faixas etárias, sendo que a última não pode ser maior do que seis vezes o valor da primeira faixa etária contratual. Já no artigo 35, cuidou a Lei de regular o tema, nos casos de adaptação do contrato antigo às novas disposições legais. Portanto, quem assinou contrato após 01/01/1999, ou mesmo quem fez a adaptação, tem as regras claramente ditadas pela Lei 9.656/98. Mas, como já dito, alguns problemas persistem: a repactuação, o aumento em contratos coletivos ou empresariais e, principalmente, o caso dos usuários com contratos antigos individuais ou familiares. Ainda existem contratos com todos os tipos de cláusulas nesse tema, sendo uma boa parte delas abusivas. Alguns contratos possuem cláusula autorizando o aumento sem percentual previamente definido, outros com fixação em índices dos mais variados tipos, outros com aumento anual de 5% por faixa etária, a partir de determinada idade, normalmente 65 anos e assim por diante. Outros inserem cláusula aberta, deixando a fixação do percentual condicionado às circunstâncias do momento do aniversário. O que não se pode aceitar.

6.4.4 Contrato de Seguro de Aparelho Celular

O aparelho de telefonia celular é uma realidade de milhões de brasileiros, sendo possível a celebração de contrato de seguro sobre estes aparelhos em caso de furto ou roubo. Entretanto, a grande maioria desses contratos acaba por incluir dentre suas exclusões algumas situações em que a desvantagem para o consumidor é exagerada.

Uma das exclusões abusivas mais comuns nesse tipo de contrato de seguro é a que não indeniza o consumidor na hipótese de furto simples, indenizando-o

apenas quando o furto é qualificado, ou seja, quando há destruição ou rompimento de obstáculo segundo especifica o artigo 155, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro. Trata-se de verdadeiro absurdo, pela inserção de linguagem técnica sem qualquer explicação didática. Muitos consumidores sem saber a diferença técnica entre o furto simples e o furto qualificado acabam por contratar o seguro de aparelho celular, acreditando terem adquirido um seguro que cobriria todas as hipóteses de furto e roubo do aparelho, contudo, quando da ocorrência de um furto simples do aparelho, são surpreendidos pela negativa da seguradora em indenizá-los. O desequilíbrio gerado por esse tipo de cláusula afeta diretamente os direitos e obrigações entre as partes, privilegiando o redator do contrato, merecendo, portanto, a intervenção do Judiciário.

6.4.5 Contrato de Seguro Residencial

No seguro residencial encontra-se o mesmo problema mencionado nos seguros de aparelhos celulares, a menção de exclusão de indenização quando o sinistro ocorrer mediante furto simples, cobrindo apenas a hipótese de furto qualificado (artigo 155, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro).

Outra cláusula comum nos contratos de seguro residencial refere-se às exigências para que seja efetuada a indenização por bens furtados de que o consumidor não possua nota fiscal, mas a seguradora também não realizou inspeção quando da celebração do contrato ou de sua renovação. Considera-se abusiva esta cláusula ao impor encargo excessivo ao consumidor que deve provar a existência dos bens furtados, mesmo tendo a seguradora agido sem diligência ao não averiguar os bens que guarneciam a residência segurada, aceitando o seguro. Em compensação, havendo a comprovação por parte do consumidor ou até mesmo o reconhecimento da seguradora dos bens furtados, se há cláusula contratual que preveja a limitação de indenização, esta deve ser respeitada, se corretamente indicada no contrato, com o destaque que o Código de Defesa do Consumidor determina, já que limita os direitos do consumidor.[205]

6.5 CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*)

O contrato de arrendamento mercantil, popularmente conhecido como *leasing* é o instrumento pelo qual determinada pessoa física ou jurídica, com interesse em usufruir certo equipamento, utiliza de uma instituição financeira para adquiri-lo e depois arrendá-lo ao interessado por tempo determinado. Após o término do contrato, existe a possibilidade do arrendatário optar entre a devolução do equipamento, a renovação do arrendamento ou a aquisição do equipamento arrendado, completando, o interessado, o preço residual especificado no contrato, obviamente descontada a parte paga.

---

[205] Artigo 54, §§ 3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Como pode ocorrer em contratos de adesão, no contrato de arrendamento mercantil, podem ser mencionadas diversas cláusulas abusivas, como as que prevêem a cobrança de honorários advocatícios em procedimento de cobrança extrajudicial, cláusulas que estipulem multa moratória superior a 2%, cláusulas que permitam a cumulação da comissão de permanência com correção monetária, cláusulas de eleição de foro, dentre outras. No rol exemplificativo acima mencionado, até o cancelamento da Súmula 263 do Superior Tribunal de Justiça, em razão da edição da Súmula 293, a cláusula que impunha a opção de compra com o pagamento do valor residual, era considerada abusiva e sua conseqüência prática era a impossibilidade da instituição financeira arrendante propor ação possessória para reaver o bem. Entretanto, com o novo entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 293, restou caracterizado que a propriedade do bem arrendado permanece com a empresa arrendante, podendo, na hipótese de inadimplemento do consumidor, propor a competente ação possessória, a cobrança das prestações vencidas e a multa prevista em contrato originária do inadimplemento.

Todo o entendimento fundamentado na Súmula 263 ora cancelada, tinha como fundamento a própria Lei n. 6.099/74, em seu artigo 11, § 1º, que dispõe que a "aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei, será considerada operação de compra e venda a prestação". No mesmo sentido, a Portaria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico (Anexo), que tem como escopo complementar o rol das cláusulas abusivas expressas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor expressa em seu item 15 a abusividade de cláusulas que "estabeleçam, em contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem" e, ainda, o artigo 6º, inciso I, da Resolução n. 2.309/96 do Banco Central do Brasil, com a redação alterada pela Resolução n. 2.465/98 prevê o que se considera um contrato de arrendamento mercantil e o artigo 10 especifica que "a operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º deste Regulamento".

Enfim, com a nova posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, caberá ao consumidor demonstrar outros vícios no contrato de arrendamento que não a descaracterização da natureza do contrato em razão de cláusula que imponha a opção de compra, com o pagamento antecipado do valor residual (VRG), como a eventual cláusula de eleição de foro em prejuízo do consumidor, multas acima dos limites legais, dentre outras.

6.6 CONTRATOS BANCÁRIOS

Os contratos bancários são aqueles ofertados pelas instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central aos seus correntistas. As instituições financeiras possuem diversas espécies de contratos, mas os que serão são tratados como especificamente bancário são aqueles que fazem parte da atividade principal do banco, como os contratos de cheque especial, empréstimo pessoal, conta corrente, caderneta de poupança e cofre.

6.6.1 Contrato de Cheque Especial

O contrato de cheque especial é uma espécie de financiamento ofertado ao consumidor em sua respectiva conta corrente, disponibilizando a instituição financeira um valor adicional em seu saldo bancário. Nos contratos de cheque especial sua renovação costuma ser periódica e, além da cobrança das taxas referentes à simples disponibilização do crédito, a utilização do financiamento, ou seja, o saque a descoberto obriga o consumidor ao pagamento de juros remuneratórios à instituição.

Das cláusulas abusivas consideradas mais comuns, duas merecem citação. A primeira cláusula abusiva comumente verificada no contrato de cheque especial é a que estabelece o reconhecimento por parte do consumidor de que o simples extrato de sua conta corrente cumulado com o contrato de adesão celebrado entre as partes é considerado título executivo extrajudicial, o que acaba por facilitar a cobrança de eventuais débitos pela instituição financeira. Relevante relembrar que, muito comum, antes da edição da Súmula 60 pelo Superior Tribunal de Justiça, a adoção de

cláusula-mandato pelas instituições financeiras em contratos como esse, com o objetivo de que fosse possível assinar documentos de confissão de dívida em seu exclusivo interesse e, em nome do correntista, com o único escopo de poder cobrar o título, agora executivo, mediante a propositura de ação de execução e não de uma ação de conhecimento, como rito extremamente lento se comparado à primeira.[206] A previsão contratual de que os extratos configuram título executivo é contrária à Súmula 233 do Superior Tribunal de Justiça, que nega esta configuração, obrigando a propositura de ação monitória.[207]

Outra cláusula considerada abusiva que se encontra nos contratos de cheque especial é a que permite à instituição financeira, de maneira unilateral, diminuir o limite do cheque especial sem justa causa. Referida redução no limite do crédito ofertado na conta corrente do consumidor é abusiva, eis que muitos consumidores agregam o crédito fornecido, contabilizando-o em suas obrigações e, logo, havendo a redução, sem justa causa ao consumidor, esta conduta além de abusiva pode lhe causar diversos prejuízos matérias e morais que, devem, invariavelmente, ser indenizados pela instituição financeira responsável.

6.6.2 Contrato de Empréstimo Pessoal

No contrato de empréstimo pessoal, ou contrato de mútuo, o consumidor obriga-se a restituir ao mutuante o valor recebido em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, conforme especificado no artigo 586 do Código Civil:

> "O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade".

O valor emprestado pela instituição financeira tem prazo determinado para devolução e a remuneração do capital pode ser pré ou pós-fixada. Em que pese o julgamento da ADIN n. 2.591 – DF, convalidar a aplicação do Código de Defesa do

[206] Sobre cláusula-mandato ver Capítulo 6, item 6.1 – Contratos de cartão de crédito.
[207] A Súmula 247 do Superior Tribunal de Justiça confirma esse entendimento: "O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória".

Consumidor às instituições financeiras e pacificar a questão, há doutrina que ainda defende a inaplicabilidade do Código à determinadas atividades bancárias, como o mútuo. Mas há entendimento jurisprudencial que assevera que, apenas quando o mutuário é pessoa jurídica que pode haver alguma discussão sobre a aplicabilidade ou não do Código Protetivo, mas em razão específica da utilização do valor emprestado como capital de giro e não como destinatário final do capital.

Apesar de ultrapassadas e descabidas as cláusulas abusivas mais comuns nesse tipo de contrato continuam sendo as cláusulas-mandato que violam a Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça, e as cláusulas que prevêem a cobrança cumulada de correção monetária e comissão de permanência que violam a Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça, especialmente pelo fato da comissão de permanência já possuir índice de correção monetária, sendo abusiva sua cumulação com outro percentual de correção monetária, gerando cobrança em duplicidade e, portanto, indevida.

6.6.3 Contrato de Conta Corrente

O contrato de conta corrente é utilizado pelo consumidor como forma de manter valores (dinheiro) na instituição, que se obriga a guardá-los e liberá-los quando requerido pelo consumidor correntista.

Algumas cláusulas podem ser mencionadas como abusivas nesta espécie de contrato, como a cláusula que imputa a responsabilidade exclusiva ao consumidor pela utilização indevida do cartão magnético bancário, ou por meios eletrônicos (utilização do sítio do banco). Mas também deve-se citar que a existência de senha de caráter pessoal, acaba por tornar o consumidor o único responsável por eventuais saques e/ou despesas. Os tribunais já apreciaram causas em que o consumidor alega não ter feito determinadas despesas, mas como o cartão magnético apenas poderia ser utilizado mediante o conhecimento de senha, não caberia o pleito de indenização perante a instituição bancária, em que pese haver julgados em sentido contrário. Em relação às tratativas virtuais, espera-se que a instituição bancária tenha mecanismos mínimos de segurança ao consumidor, como a adoção de senhas e códigos que evitem a atuação de *hackers*. A diligência exigida

às instituições financeiras decorre também de sua responsabilidade objetiva expressa no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e mesmo que avoque a culpa exclusiva de terceiro por eventuais saques indevidos, cabe ao fornecedor a prova e não a mera alegação de fraude.

A inserção de cláusulas com prazos extrajudiciais para que o correntista reclame de eventuais lançamentos indevidos em sua conta corrente também pode ser considerada abusiva, pois muitas instituições inserem prazos extrajudiciais inferiores (ou até mesmo iguais) aos prazos legais expressos no artigo 26 da Lei Protetiva, sem mencionar que se trata de prazo complementar ao legal, induzindo em erro o consumidor. Portanto, como já mencionado no item 6.1 - Contratos de Cartão de Crédito, qualquer prazo expresso no contrato de conta corrente para que o consumidor reclame de eventuais lançamentos indevidos, devem ser adicionados aos prazos decadenciais expressos no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, com base na interpretação analógica com o artigo 50, salvo se o fornecedor expressamente indicar o Código de Defesa do Consumidor ou nada mencionar. Isso sem mencionar as cláusulas que determinam o reconhecimento por parte do consumidor de que todos os lançamentos efetuados em sua conta corrente são tidos como dívida líquida, certa e exigível, permitindo, no caso de inadimplência a propositura imediata de ação de execução. Essas cláusulas também devem ser consideras nulas de pleno direito.

6.7 CONTRATO DE CONSÓRCIO

O contrato de consórcio é aquele em que há a reunião de interessados em adquirir determinados bens e, para tanto, optam pela formação de um fundo comum que servirá, durante determinado prazo, para a aquisição de bens móveis ou imóveis. A partir do momento em que o fundo já possui condições financeiras para adquirir o bem para um dos participantes do consórcio, esse capital acumulado é sorteado entre os participantes na forma de uma carta de crédito. Com essa carta de crédito o consumidor sorteado poderá adquirir o bem pretendido, razão de seu ingresso no consórcio.

Mais uma vez como já mencionado no item 6.3 quando tratamos dos contratos de capitalização, a parte aleatória do contrato é um grande atrativo aos consumidores, que podem ser sorteados quando do pagamento da primeira parcela e imediatamente receber a carta de crédito para a compra de um imóvel, por exemplo. A grande procura pelo consórcio decorre da ausência de consulta ao histórico financeiro do consumidor que fica apenas vinculado às parcelas, inclusive, mesmo que o consumidor seja sorteado, o sorteio não exime o consumidor de arcar com as parcelas restantes do financiamento, trata-se apenas de uma antecipação da carta de crédito que seria entregue ao final do prazo programado do consórcio.

Os contratos de consórcio são regulados e fiscalizados pelo Banco Central - BACEN[208], o que não os impedem de conter cláusulas abusivas aos consumidores, especialmente quando por qualquer motivo optem em desistir do grupo. Comum nos contratos de consórcio a devolução ao consumidor desistente das parcelas pagas sem juros e correção monetária, mas os tribunais reconheceram ser abusiva essa cláusula, antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, havendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça sumulado a questão:

> "Súmula 35: Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio".

Dessa maneira, qualquer cláusula que estipule como punição ao desistente a devolução das parcelas sem juros e correção monetária, deve ser considera nula de pleno direito. É válida, porém, a alegação das administradoras de que a retirada antecipada prejudica o andamento e, conseqüentemente, necessário que haja uma sanção ao consumidor pela desistência, eis que não se trata de um contrato de cunho estritamente individual, mas o que também não justifica a aplicação de multa desproporcional à obrigação contratada ou também a imposição de cláusula que obriga a antecipação da taxa de administração, dentre outras. A manutenção do equilíbrio contratual, especialmente quando há uma coletividade de consumidores envolvida, é de extrema importância, devendo, o magistrado, na hipótese de extirpar uma cláusula abusiva do contrato, complementar a lacuna com todos os critérios

[208] Circular n. 2.766 do BACEN.

indicados no teor deste trabalho, especialmente, a boa-fé das partes e quanto o contrato será afetado economicamente com a existência da cláusula abusiva e até que medida o contrato poderá ser alterado sem que comprometa a existência do negócio jurídico. Portanto a aplicação de uma penalidade não superior a 10% das parcelas a serem devolvidas ao consumidor desistente apresenta-se razoável ao fim a que se destina. Qualquer valor de sanção acima dos 10% ou que viole o equilíbrio entre as partes deve ser justificado pelo fornecedor. A mera alegação do fornecedor de que os custos da administração são elevados, não é, de plano, motivo ensejador para punir em demasia o consumidor desistente. Deve, o fornecedor, neste caso, provar, judicialmente, que a retirada do consumidor afetará sobremaneira a equação do fundo de capital coletivo.

Por fim, nula também é a cláusula que determina a perda das parcelas ao consumidor desistente conforme o valor do bem, sendo que o correto é a devolução das parcelas efetivamente pagas, com juros e correção monetária, descontada a sanção pelo abandono do grupo.

6.8 CONTRATO DE CRÉDITO CONSIGNADO

O contrato de crédito consignado tem sido considerado um dos fatores mais positivos da economia brasileira para a aquisição de bens de consumo e, ao mesmo, tempo um dos maiores responsáveis pelo superendividamento dos consumidores.

O crédito consignado em benefício previdenciário é regulamentado pela Instrução Normativa do Instituto da Seguridade Social n. 28, de 16 de maio de 2008, que substituiu a Instrução de n. 121, de 1º de julho de 2007, e sua eficácia decorre do fato de o financiamento contratado pelo consumidor ser lançado diretamente em sua conta de rendimentos, simplificando o procedimento de tomada de crédito e tornando a possibilidade de inadimplência bastante reduzida. Conforme expresso no artigo 3º, § 1º da referida Instrução, a retenção pode ocorrer diretamente na renda mensal dos benefícios de aposentadoria ou de pensão por morte, quando contratados diretamente pelo beneficiário e que o empréstimo não supere 30%

(trinta por cento) do valor mensal beneficio.[209] Porém, na prática, existem relatos de que o limite legal não está sendo respeitado por algumas instituições financeiras o que já compromete a renda do consumidor, especialmente os de baixa renda, maiores usuários desse tipo de financiamento.

Outro problema evidente decorre da própria previsão originária na Instrução Normativa de n. 121, em seu § 7º, artigo 1º, ao vedar a contratação do financiamento por telefone, sendo ineficaz autorização expressa do titular mediante gravação de voz. Essa vedação continua prevista na Instrução Normativa de n. 28, em seu artigo 3º, inciso III, o que demonstra o evidente reconhecimento do INSS de que existe a possibilidade de contratação por meio telefônico, o que muitas vezes não garante a certeza, de quem está requerendo o financiamento. Aliás, a própria redação do parágrafo é equivocada, pois se a consignação não pode ser contratada por telefone, não havia necessidade de especificar que a gravação de voz não serviria como meio de comprovação da contratação, bastaria vedar o uso do telefone. A especificação gera dúvida, pois a autorização mediante senha eletrônica, sem utilização de gravação de voz, digitada no próprio telefone teria validade? Acredita-se que o objetivo da Instrução era vedar o uso completo do telefone, mas a interpretação indicada não pode ser desconsiderada.

Esses fatores colaboram com o superendividamento dos consumidores, incentivando o consumo, sem alertar das conseqüências do comprometimento de 30% (trinta por cento) de renda, percentual que não pode ser desconsiderado se tomarmos por base que muitas famílias sobrevivem com apenas um salário mínimo.

O superendividamento não é originário exclusivamente do crédito consignado, mas da grande oferta de crédito atualmente à disposição no mercado de consumo. A sociedade americana, certamente a mais avançada dentro do sistema capitalista no qual vivemos, considera o “endividamento” como parte da sociedade de consumo que quer consumir determinados produtos e como não pode pagá-los à vista, opta pelo financiamento, mas a diferença entre a sociedade americana e a brasileira é que as pessoas mais afetadas pelas políticas de crédito no Brasil são as que

[209] Importante mencionar que a Instrução Normativa do INSS de n. 25, de 7 de janeiro de 2008, reduziu o comprometimento do benefício do titular de 30% (trinta por cento) para 20% (vinte por cento), num claro reconhecimento tácito do superendividamento decorrente do uso abusivo desta espécie de financiamento.

possuem menor renda e, na hipótese de um superendividamento, fica muito mais difícil sair dessa situação, enquanto que nos Estados Unidos, os beneficiados com os créditos são os componentes da classe média, com poder aquisitivo superior aos integrantes da classe média brasileira, que dirá das classes inferiores.[210]

Além da oferta de crédito à sociedade, outro grande incentivador do consumo e colaborador direto do superendividamento é a publicidade enganosa e até muitas vezes abusiva difundida pelos vários meios de comunicação. O crédito consignado teve origem junto aos aposentados do INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social) e, a maciça utilização de publicidade com apelo ao idoso, certamente é fator de contribuição ao endividamento desta classe de indivíduos. O uso de personalidades bem recebidas pelo público de mais idade, horários específicos de inserção de mídia na televisão, após estudos de qual horário as pessoas de baixa renda encontram-se em suas residências, tudo isso com o escopo de induzir o consumidor a utilizar do crédito oferecido. Não vale a alegação de que a limitação de 30% da renda do financiado não gera o superendividamento já que o crédito consignado apenas é uma das diversas espécies de adquirir crédito, há diversas outras formas dos consumidores financiarem suas compras, como o crédito pessoal, financiamento direto no estabelecimento etc., tudo isso comprometendo cada vez mais a renda do consumidor. E o controle das finanças não pode ser imputado única e exclusivamente ao consumidor, cabe ao fornecedor de crédito no mercado de consumo sempre alertá-lo da possibilidade de endividar-se em excesso, seja questionando o consumidor se já possuiu algum financiamento em vigor ou alertando-o dessa possibilidade ao comprometer 30% de seu rendimento que pode ser o percentual necessário a manter a sua dignidade e de seus dependentes.

6.9 CONTRATO DE TRANSPORTE

No contrato de transporte, há uma relação entre o que se obriga a transportar de um local para outro, pessoas ou coisas, sem danos, mediante pagamento, conforme expressa o artigo 730 do Código Civil:

---

[210] A tentativa da economia americana em facilitar o crédito à população de baixa renda (*sub prime*), já muito endividada por outros financiamentos demonstrou alguns efeitos do superendividamento.

> "Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas".

Da previsão legal do Código Civil é fácil perceber que a responsabilidade do fornecedor desse tipo de serviço é objetiva, pois deve transportar a coisa ou pessoa de um lugar para outro, entregando-as nas mesmas condições anteriores. Desse modo, se contratualmente há qualquer previsão que exima o fornecedor de indenizar, além das previsões expressas em lei, esta deve ser considerada nula, pois abusiva. Não bastasse o Código de Defesa do Consumidor regular esse tipo de contrato de maneira objetiva no que tange à responsabilidade do transportador, o Código Civil também prevê que a responsabilidade do transportador é objetiva, exceto quando houver motivo de força maior. Assim sendo, havendo cláusula excludente de responsabilidade, ela será considerada nula, conforme reza o artigo 734:

> "O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade".

No Código de Defesa do Consumidor as excludentes de responsabilidade são predefinidas: culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro sem relação direta ou indireta na cadeia de consumo (artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor), mas como o contrato de transporte é mais específico no Código Civil, a excludente de responsabilidade de terceiro não é aplicável, eis que há previsão expressa de ação regressiva neste caso.[211] Nesse sentido que houve a edição da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal:

> "A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

[211] Art. 735 do Código Civil: "A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

Qualquer previsão contratual que tente eximir a transportadora dos danos causados a pessoas ou coisas, excetuadas as excludentes acima indicadas e as previsões expressas em lei, deve ser considerada abusiva e, conseqüentemente, nula. Entretanto, sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nesse tipo de contrato, relevante tratar do contrato de transporte aéreo que, em determinada situação, pode usar não apenas o Código Protetivo brasileiro, como as leis estrangeiras aplicáveis à matéria.

6.9.1 Contrato de Transporte Aéreo

Nos contratos de transporte aéreo, comum as cláusulas que eximem a empresa aérea de indenizações por atrasos nos vôos, quando decorrentes da empresa administradora dos aeroportos (INFRAERO) ou dos próprios controladores de vôo, como se fossem terceiros sem ligação na cadeia de consumo.

A responsabilidade da empresa aérea é objetiva, inclusive nestes casos, cabendo, se necessário for, propor a competente ação regressiva contra o causador do dano. As excludentes são as mencionadas no item 6.9 – Contrato de transporte e nesse sentido, mesmo quando há problema técnico na aeronave o que faz com que a empresa aérea alegue que o vôo atrasou ou não decolou por este evento, sob o fundamento de proteger o consumidor, dar-lhe segurança ao serviço, isso não exime a correspondente indenização pelo fato, tendo o Superior Tribunal de Justiça já exarado entendimento a respeito do tema: “A exculpação, de que houve problema técnico ligado à aeronave não é causa de exoneração de responsabilidade do transportador, porquanto é fato previsível e conexo ao transporte”.[212]

Outro ponto que gera polêmica neste tipo de contrato é a tarifação das indenizações decorrente da Convenção de Varsóvia que unifica determinadas regras referentes ao transporte aéreo internacional, juntamente com protocolos internacionais, como os Protocolos Adicionais de Montreal, atualmente em vigor.

O artigo 6º, inciso VI, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê a indenização integral do consumidor afastando referida Convenção, e claro, o Código

[212] REsp 257.100 – SP, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 05.4.2004.

por ser norma de ordem pública, natureza cogente e principiológica não pode ser afastado dos contratos de transporte aéreo celebrados no Brasil. No entanto, há entendimento de que nos contratos internacionais de transporte aéreo, em razão da previsão do artigo 7º, do Código de Defesa do Consumidor que expressa que os direitos previstos do Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, pode ocorrer a aplicação em conjunto com as regras da Convenção de Varsóvia. O Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 265.173 - SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 16/6/2003 assim se posicionou:

> "Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de vôo não se restringem às situações elencadas na Convenção de Varsóvia, o que, de outro lado, não impede a adoção de parâmetros indenizatórios nela ou em diplomas assemelhados estabelecidos". No mesmo sentido: "Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de vôo não se restringem àquelas descritas na Convenção de Varsóvia, o que afasta a limitação tarifada" (Ag. Reg. No Agravo n. 442.487 – RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09/10/2006); "Inexistindo prova de outro dano além do transtorno decorrente da demora de nove horas, o valor da indenização pode corresponder a 3.332 DES, equivalentes a 5.000 francos-Poincaré, quantia deferida pelos precedentes para situações como esta. Arts. 19 e 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações da Convenção de Haia, e Protocolos 1 e 2 de Montreal. Valores e normas considerados em razão dos termos em que foi posta a causa, aqueles servindo como parâmetros indenizatórios, não como limites" (REsp n. 257.100 – SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 05/4/2004).

Abusiva também são as cláusulas que acabem por transferir de forma quase que absoluta a transferência do risco do negócio ao determinar a isenção de responsabilidade da empresa aérea quando da ocorrência de *overbooking*, ou seja, quando a empresa aérea vende mais passagens do que comporta o avião. Mesmo

que as empresas de aviação aleguem que algumas passagens extras são vendidas, já que sempre há desistências, tal fundamento se alegado, é inadmissível, pois se houve a desistência de outro passageiro, supõe-se que já exista multa contratual pela desistência. O *overbooking*, antes de tudo, demonstra a falta de organização da empresa aérea na venda de seus bilhetes e, por isso, jamais pode transferir esta responsabilidade ao consumidor.

Outra previsão das empresas aéreas que abusam da relação com o consumidor é a possibilidade prevista unilateralmente de alterar o horário dos vôos, mesmo que os antecipando, quando se trata de vôo fretado (*charter*), já que o serviço prestado tem características distintas dos vôos regulares. É certo que algumas previsões diferenciadas entre o vôo *charter* e o vôo regular são intrínsecas à própria natureza de cada tipo de serviço. Por exemplo, um vôo regular deve decolar mesmo se estiver com apenas dois passageiros, enquanto que dependendo da contratação do vôo *charter*, existe a possibilidade de cancelá-lo, alterar seu horário, contanto que os consumidores sejam comunicados previamente e que a previsão contratual seja clara. Qualquer indicação no contrato que seja genérica ao especificar a forma de alteração unilateral em vôos *charter* não tem validade. O consumidor deve ser bem informado de qualquer possibilidade de alteração contratual unilateral que possa prejudicar a prestação do serviço. A simples possibilidade de alterações, por parte do fornecedor, previstas no contrato, obriga à empresa de aviação confirmar o dia e horário do vôo, jamais o consumidor. Desse modo, se um contrato previr que o consumidor deva confirmar o dia e horário do vôo e, no mesmo instrumento preveja a possibilidade de alteração, esta previsão é nula. Cabe ao fornecedor dar informações sobre o serviço colocado no mercado de consumo. O valor do serviço de transporte aéreo já é mais elevado em razão da menor possibilidade de acidentes e pontualidade se comparado com os demais meios de transporte, sendo uma opção dos consumidores que preferem pagar mais caro em razão destes benefícios, obrigando às empresas aéreas uma melhor qualidade no serviço prestado.

6.10 CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Nos contratos imobiliários é comum encontrar cláusulas abusivas, eis o motivo da previsão expressa do artigo 53, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor que reconhece a abusividade na perda total das prestações pagas em favor do credor em caso de inadimplemento do consumidor.[213] Ainda hoje, após a aprovação da Lei 8.078/90, é muito comum nos contratos imobiliários a punição do consumidor com a perda das parcelas pagas mesmo quando o contrato encontra-se praticamente adimplido, demonstrando ser injusta a inserção desta cláusula no contrato de consumo. O enriquecimento do fornecedor nesta hipótese é abusivo, viola a equivalência contratual, já que além das parcelas pagas pelo consumidor, possui a garantia do imóvel dado quando da assinatura do instrumento de promessa de compra e venda. Mesmo que a perda das parcelas seja uma forma de sanção ao inadimplemento do consumidor, a simples retomada do imóvel já se apresenta como uma excepcional garantia ao fornecedor. A perda de algumas parcelas como forma de indenização é legítima e tem previsão legal no Código de Defesa do Consumidor (artigo 53, §2º), mas deve ser proporcional ao prejuízo causado pelo consumidor adquirente ao fornecedor.

Portanto, quando a perda decorrente de inadimplência é claramente desproporcional aos valores pagos, demonstrada está a abusividade da cláusula de retenção que gera o enriquecimento indevido de uma das partes, sendo considerada nula. A sanção ao consumidor deve ser razoável e proporcional aos prejuízos sofridos pelo fornecedor.

Outra cláusula muito comum nos contratos imobiliários é a que prevê diversos índices de reajustes das obrigações do consumidor, violando claramente o equilíbrio da relação contratual. A indexação do contrato é uma forma de dar previsibilidade ao consumidor de quanto deverá arcar para assumir com suas obrigações, seu afastamento com a imputação de diversos índices que ficam à escolha do fornecedor, privilegiam-no em relação ao consumidor, podendo inclusive onerá-lo em demasia, por isso, nula de pleno direito esta previsão. A cláusula que prevê a possibilidade da construtora indicar o imóvel adquirido pelo consumidor como

[213] Art. 53, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: "Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em beneficio do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

garantia ao financiamento bancário transfere ao consumidor todo o risco do negócio sem que lhe seja explicado com clareza os riscos desta previsão contratual. E mesmo que a abusividade encubada no contrato não gere efeitos maléficos aos consumidores, os tribunais já entenderam que esse tipo de estipulação unilateral é abusiva. E não poderia ser diferente o posicionamento dos tribunais, em razão da vulnerabilidade do consumidor que deve ser protegido inclusive em face da instituição financeira que financia a obra.

Merecem citação as cláusulas que permitem ao promitente vendedor o arrependimento da contratação de forma tardia, independentemente do fato de o consumidor ter adimplido até o momento do arrependimento com suas obrigações. Há clara violação da normal expectativa do consumidor em relação à aquisição que está por fazer, independentemente da devolução dos valores pagos, o que sempre permitiria ao fornecedor, na hipótese de excessiva valorização do imóvel, exercer o direito de arrependimento previsto no contrato. O Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes também entendeu que a cláusula de arrependimento pode gerar abusividade, especialmente se exercida em momento muito posterior à fase de fechamento das tratativas.

6.11 CONTRATO DE ESTACIONAMENTO

No contrato de estacionamento, alguém deposita seu veículo automotor perante terceiro que se compromete a guardá-lo em local apropriado, mediante pagamento.[214] Mesmo quando o estacionamento é gratuito[215] a responsabilidade do estacionamento depositário existe, assim sendo, um estabelecimento comercial que tenha disponível um local para que os veículos dos clientes fiquem estacionados, é responsável pelos danos que forem causados ao veículo de um consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 130 que deixa clara a responsabilidade do depositário: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento". Nesse tipo de contrato não é incomum verificar avisos[216] que exclamam a ausência de responsabilidade do estabelecimento comercial pelos veículos parados em seu estacionamento pelo simples fato deste ser gratuito. Como já mencionado e reconhecido pelos tribunais, mesmo sendo ofertado um local para estacionar o veículo a título gratuito, o fato é que se trata de mero artifício comercial para atrair mais clientes, fazendo parte integrante dos serviços prestados pelo fornecedor no mercado de consumo. Referidas menções não possuem eficácia em relação ao consumidor. No mesmo sentido, não produzem efeitos por serem nulas as cláusulas que eximem os fornecedores dos danos causados no interior dos veículos, ou seja, o furto de objetos deixados no interior dos veículos.

Não parece ser razoável que um consumidor deposite um veículo num estacionamento e ao retirá-lo tenha de arcar com a ausência de objetos ali deixados em razão de cláusula excludente de responsabilidade. Inclusive, a expectativa do consumidor não é outra senão a retirada do veículo no estado em que foi entregue, caso contrário, poderia deixar o veículo em via pública.

---

[214] Art. 627 do Código Civil: "Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame".
[215] Art. 628, *caput*, do Código Civil: "O contrato de deposito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.
[216] Cláusulas gerais.

Também, as empresas de manobristas denominadas de *valets* não estão imunes à responsabilidade de guarda do veículo. Mesmo que deixem o veículo do consumidor em via pública, são responsáveis pelo fato de transmitir a idéia ao consumidor de que o veículo será levado a um lugar seguro, eis que esta é a expectativa legítima do consumidor. Portanto, essas excludentes contratuais de responsabilidade não têm eficácia em relação ao consumidor.

E para o consumidor que deixa o veículo com essas empresas de manobristas, caso um dano seja causado, ele pode exigir a indenização tanto do estabelecimento comercial como da respectiva empresa de *valet*. Na compreensão do consumidor, muitas vezes o serviço é fornecido pelo próprio estabelecimento e ainda que não fosse, foi o estabelecimento que escolheu aquela empresa dentre várias outras empresas de *valet* no mercado para assessorar-lhe nesta função, logo, tem responsabilidade pelos danos causados aos seus consumidores, mesmo que em razão de cartazes, ou avisos na nota fiscal do estabelecimento, constar a não responsabilidade pelo serviço de manobristas.

Relevante ainda mencionar as excludentes de responsabilidade do fornecedor, além das previstas no artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, a prevista no artigo 642 do Código Civil: “O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los”. Assim, a cláusula contratual que determina e exclusão de responsabilidade quando da subtração da coisa mediante grave ameaça (o roubo), não pode ser considerada abusiva, pois trata-se de caso de força maior. Exigir do estabelecimento a manutenção de verdadeiro exército armado para proteger os veículos automotores foge da própria função comercial exercida pelo fornecedor, já havendo manifestação dos tribunais a este respeito. Não obstante o afirmado, o fornecedor deve provar a ocorrência da excludente de responsabilidade.

6.12 CONTRATO DE TELEFONIA MÓVEL – CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO

Cláusula que tem demandado em demasia o Judiciário e não pode passar ao largo do presente trabalho, refere-se à carência ou fidelidade obrigatória de consumidores adquirentes de serviço de telefonia móvel por período predeterminado

pela operadora concessionária. A questão cinge-se à alegada abusividade em vincular o consumidor, vulnerável na relação comercial, à obrigação até o término do contrato ou do período mínimo estipulado, sob pena de violada a previsão contratual, aplicar-se multa por inadimplemento contratual, embora a fidelização apresente certo grau de potestatividade em razão da vinculação do consumidor, trata-se de uma estratégia de marketing que em nosso entender deve ser admitida como válida, eis que pode agregar valor ao consumidor adquirente da prestação de serviços, como a oferta de aparelhos sem cobrança direta ou descontos na aquisição de novos aparelhos ou no pacote de serviço contratado.

Independentemente das cláusulas de carência terem o aval da agência reguladora competente – ANATEL- Agência Nacional de Telecomunicações, o Código de Defesa do Consumidor não é expresso em relação à eventual abusividade desse tipo de cláusula, mesmo o Código mencionando em seu artigo 51, inciso IV, que as cláusulas que gerem desvantagem excessiva ao consumidor são consideradas abusivas, o desconto na aquisição de aparelhos, nas tarifas e eventuais bonificações na modalidade de descontos na conta ou acréscimo de minutos, parece afastar referido tipo. Todavia, perante o controle judicial de cláusulas abusivas, o tema ainda não está pacificado, o que poderá tornar, em breve, referida cláusula abusiva

7. O CÓDIDO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO INSTRUMENTO LEGITIMADOR DO *STATUS QUO*

O direito do consumidor como reflexo de fenômeno social de uma sociedade na qual as relações são plenamente massificadas, ocupa um papel de destaque no contexto das mídias e das políticas públicas atuais. Sendo o consumismo um fenômeno de grande importância à economia de mercado contemporânea, razoável que o Estado elabore regras capazes de facilitar seu desenvolvimento e preservar um nível mínimo de controle dessas relações.[217] A maior intervenção estatal pode significar num primeiro momento que há uma proteção da sociedade quando a economia de mercado é melhor controlada, contudo, também não podemos afastar a interpretação filosófica que considera a maior intervenção do Estado como um método de preservação das relações de mercado, especialmente da posição de seus atores, conservando o *status quo* e por isso que o ideal intervencionista posto que afete os *interesses de um ou outro capitalista*, sempre será coerente com os *interesses do capitalismo*.[218] Trata-se da validação do sistema mercantil, ao mesmo tempo em que a globalização deixa os governos com menor capacidade de regulamentação do mercado. A legalidade é a forma adotada pelo sistema capitalista para a conservação do *status quo*.[219]

A globalização, como evento facilitador do modelo de acúmulo de capital, a despeito de sua interpretação como integração dos mercados de forma igualitária, busca o acúmulo de capital de maneira absoluta, portanto, na globalização, mesmo os países periféricos da economia mundial não são desconsiderados pelo regime de livre mercado. O que também não significa que tais países periféricos possam ser plenamente integrados dos benefícios originários desse movimento global. Novamente o regime de mercado utiliza a igualdade aparente, ou *igualdade formal* para justificar a nova fase do capitalismo (a globalização), ignorando a realidade de cada membro integrante do sistema, ou pretendente, numa verdadeira transmudação da relação entre privados existente no século XIX, sob uma nova

---

[217] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20.
[218] GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 28.
[219] Nesse sentido, MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro.* São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 34.

perspectiva.[220] A influência do poder econômico na realidade de mercado afeta diretamente o poder estatal. No período do liberalismo econômico, a ausência do intervencionismo estatal decorreu da luta da burguesia contra os privilégios dos governos absolutistas que afetavam diretamente suas relações comerciais, assim, a doutrina dos direitos individuais mínimos ganhou espaço e serviu como limitador do poder estatal que por ser um Leviatã, poderia violar os direitos do particular burguês. Com o desenvolvimento da econômica de mercado, ao mesmo tempo em que o Estado tem maior participação na regulação das atividades econômicas, a integração comercial entre os países, decorrente da globalização, mitiga o poder do Estado em regular com eficácia social essas relações, seu poder fica disperso, muitas vezes apenas validando o que foi auto-aplicável pelo mercado, agindo como simples comitê gerenciador dos interesses burgueses.[221] O poder econômico tem forte influência social, não sendo externado apenas pelo Estado, mas também por outras formas, como a publicidade que age no sentido de disfarçar a realidade ao consumidor, numa visão ideal do *dever ser* que não observa o *ser*, conforme analisado. De qualquer modo, o poder econômico visa à estruturação e o bom funcionamento do sistema capitalista. É nesse sentido que o direito do consumidor, também, deve ser interpretado, como um dos instrumentos da ordem econômica vigente para a manutenção e regulação do sistema.

A ligação entre o direito do consumidor e a ordem econômica é reconhecida por Ronaldo Porto Macedo Júnior, que compreende o direito do consumidor como uma área específica da disciplina da ordem econômica e não como mera técnica para a adoção de “boas maneiras” no “mercado”. O autor ainda menciona que não apenas o direito do consumidor surgiu como uma das disciplinas de controle da regulação econômica nos anos 70, e cita, ainda, “a expansão de legislações de proteção ao meio ambiente, defesa da saúde e antitruste cada vez mais abrangentes”.[222] O Código de Defesa do Consumidor é instrumento de manutenção do *status quo*, esse fato foi demonstrado durante o trabalho ao indicar as limitações de sua aplicação e como sua aplicação é benéfica não apenas o consumidor, mas ao fornecedor, mas também pode ser utilizado, como ferramenta jurídica que é, em benefício do

---

[220] Cf. GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 22.
[221] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 12.
[222] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 207; 209.

desenvolvimento das relações de consumo, limitando o poder econômico, o que pode, de todo o modo, trazer benefícios ao mercado.

O mercado, como estrutura inerente ao regime de acumulação de capital é imprescindível para o funcionamento do capitalismo que tem por foco o lucro e baseia-se, por conseqüência, em relações de troca e circulação de mercadorias. A participação do Estado na manutenção do mercado é necessária ao evitar que crises no sistema gerem conflitos sociais que possam por em risco a sobrevivência do sistema de mercado. Em razão dessa necessidade que novas políticas de consumo, focadas no sistema econômico vigente, foram traçadas. O aumento de renda e a possibilidade de inserir no mercado a parte da população excluída do sistema é uma forma de evitar o surgimento de conflitos e preservar a ordem *liberal* vigente. O Código de Defesa do Consumidor surgiu como um conjunto de normas que limitam as práticas e atos capazes de, primeiro, prejudicar a livre concorrência dos fornecedores e, segundo, de reprimir os direitos coletivos e individuais dos consumidores. Instrumentaliza e prevê a necessidade da participação do Estado como implementador de políticas públicas de consumo, tendo como escopo a preservação do ambiente de consumo, a previsibilidade e o equilíbrio dessas relações. Esse é o papel de uma política pública de defesa das relações de consumo, buscar a eficiência, valorizando a liberdade da livre iniciativa. A livre iniciativa deve ser valorizada e preservada, sendo a menos possível viciada pelos instrumentos de coerção disponíveis no mercado de consumo, como as cláusulas contratuais abusivas.

Portanto, podemos citar como objetivos da legislação de defesa do consumidor duas vertentes de atuação. A primeira vertente tem como escopo a proteção do mercado de consumo com regras mínimas que permitam uma concorrência igualitária entre os fornecedores atuantes no mercado, facilitação na circulação de bens e riquezas, estabilidade econômica, higidez de mercado e tutela estatal; na segunda vertente, o foco é a defesa do consumidor receptor dos efeitos decorrentes de um mercado regulado, especialmente o direito à informação sobre os bens de consumo e garantias mínimas que os fornecedores devem cumprir para integrar o mercado e usufruir do lucro, como, por exemplo, a oferta de produtos que não ofendam a saúde do consumidor e tenham a qualidade esperada num produto que está à disposição do mercado. Necessário, por conseqüência, relembrar a existência

da Lei n. 8.884/94, que rege os assuntos focados no grande capital, mas que tem relação íntima com o Código de Defesa do Consumidor, assemelhando-se em alguns aspectos e finalidades. E a defesa do direito concorrencial, pode ser, também, a defesa do consumidor conforme Izabel Vaz afirma que:

> "... defender a concorrência é, antes de tudo, adotar uma posição política e filosófica perante os fatos econômicos e constitui uma atividade que não se esgota em coibir abusos do poder econômico, nem se resume, até hoje em tabelar ou congelar preços, controlar lucros ou defender direitos do consumidor. É tudo isto, mas também é situar as atividades econômicas e todas as formas admitidas de atuação empresarial no contexto de um plano de desenvolvimento de médio e longo prazo".[223]

A questão econômica não pode ser afastada das relações de consumo, especialmente por integrar um dos objetivos da ordem econômica constitucional prevista no artigo 170 da Constituição Federal. As primeiras constituições que trataram diretamente da ordem econômica a ser seguida foram as cartas do México em 1917 e da Alemanha em 1919. A Constituição Mexicana, também considerada como a primeira carta que tratava de questões político-sociais no mundo, regulou temas que hoje se encontram no debate do direito constitucional moderno, como, por exemplo, questões envolvendo o trabalho, a previdência social e a propriedade privada. A carta de Weimar foi a primeira constituição a explicar positivamente o dever estatal de agir, visando à concreção de direitos e teve grande influência nas posteriores cartas constitucionais do mundo, inclusive a Carta brasileira de 1934. A Constituição econômica, da qual faz parte o direito do consumidor é o conjunto de normas que estabelece os princípios fundamentais de determinada forma de organização e funcionamento da economia, constituindo uma ordem econômica.[224] Assim, o direito do consumidor é como se fosse uma folha no galho da estrutura econômica que se apresenta na árvore que é a Constituição. E a compreensão plena da função da folha de uma árvore apenas se dá quando se compreende toda

---

[223] VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 255-256.
224 AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 791.

a estrutura na qual está inserida. A Constituição da República de 1988 opta pelo sistema capitalista no modelo do bem-estar social com a garantia de princípios liberais, como o princípio da livre iniciativa, da propriedade e da livre concorrência. Por certo que por serem princípios, eles devem coexistir sem serem interpretados de forma absoluta. A função social da propriedade não significa o fim da propriedade privada nos termos expostos e com as garantias do Código Civil brasileiro, mas a mitigação do direito individual em favor do coletivo. E o Código de Defesa do Consumidor visa essa proteção coletiva em detrimento da individualidade[225], o que pode trazer problemas práticos como se verá adiante.

A livre iniciativa prevista no artigo 170 da Constituição Federal e a proteção ao consumo é uma forma de permitir uma disputa em igualdade de condições, tentando, chegar ao máximo possível, de uma igualdade real.[226] A competição, como regra da doutrina capitalista, ainda é mantida na ordem econômica brasileira, incentivada, mas de maneira a manter uma competição de mercado saudável. O Código de Defesa do Consumidor nesse contexto aparece apenas como um novo instrumento de regulação e proteção do mercado, até pelo simples raciocínio de que, na hipótese do referido diploma afetar o sistema capitalista de forma a exigir em demasia ou menos do que o esperado dos bens colocados no mercado de consumo pelos fornecedores, poderia acontecer a *quebra* de algumas empresas, ou até o aumento do custo de produção que seria integralizado na cadeia de consumo para que o destinatário final arque com os custos adicionais inesperados. Esse repasse de custos extraordinários poderia prejudicar o desenvolvimento do mercado, gerando conflitos, estes sempre evitados pelo capitalismo. Na realidade político-econômica que o País se encontra, o Código de Defesa do Consumidor é um importante instrumento, com largo alcance social que pode, ao tencionar o sistema capitalista, encontrar soluções dentro do próprio sistema que podem proteger os consumidores e até transformar a realidade existente, ainda que de maneira parcial.

---

[225] O Código de Defesa do Consumidor possui seção específica sobre a defesa em juízo coletiva com relevantes efeitos – Capítulo II do Título III. A coletividade dos consumidores também é tratada por FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 32-34, ao mencionar que o Código de Defesa do Consumidor, também, no parágrafo único do artigo 2º trata do consumidor considerado coletivamente, especialmente os indeterminados, mas que de alguma forma participaram da relação de consumo, beneficiando a universalidade dos consumidores, efetivos ou potenciais.

[226] Igualdade de Sócrates/Aristóteles.

8. A PROTEÇÃO CONTRATUAL OBJETIVA DO CONSUMIDOR

Para que o Código de Defesa do Consumidor atinja a finalidade substancial de proteção ao consumidor e não seja apenas um instrumento de convalidação do sistema de produção, importante observar os valores intrínsecos na lei e sua motivação filosófica. Ramsey, citado por Ronaldo Porto Macedo Júnior[227], reconhece três motivações fundamentais que legitimam a atuação de defesa do consumidor, aplicáveis no cerne contratual das relações de consumo, sendo a primeira a vulnerabilidade do consumidor, se comparado ao poder do fornecedor de produtos e serviços, afetando consideravelmente a relação entre os agentes. O segundo fator motivador da defesa do consumidor surge da deficiência de cogniscibilidade deste em relação ao fornecedor, no que tange às informações prestadas sobre os produtos ou serviços ofertados e, por fim, a disparidade entre os recursos econômicos e instrumentais entre os agentes da relação de consumo, dificultando, por exemplo, a busca por seus direitos, seja em razão do custo da demanda ou até por impossibilidade de demonstrar seu direito em juízo. Pode-se mencionar a inversão do ônus probatório prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, um instrumento processual que reconhece a disparidade entre fornecedor e consumidor, validando sua utilidade na defesa do consumidor, quando presentes os requisitos legais. Dos problemas relacionados por Ramsey, a *falha de mercado* referente à informação do consumidor, pode ser indicada como um dos temas mais relevantes e complexos[228], sendo que a contratação realizada pelo consumidor, muitas vezes encontra-se viciada pelo uso equivocado da publicidade que, como já tratado, é uma importante ferramenta de incentivo à circulação de mercadorias e serviços. A publicidade não revelará o efetivo *custo* que o consumidor terá com a aquisição do bem, por isso, a informação dificilmente será fornecida de forma a dar condições reais do consumidor decidir, com plena consciência, pela aquisição do bem de consumo. Por esta razão que o Código de Defesa do Consumidor veda o uso das técnicas de publicidade enganosa ou abusiva, procura garantir uma escolha livre, o máximo possível, de influências externas. Ramsey menciona, por exemplo, que o preço da compra de um refrigerador corresponde a 40% (quarenta por cento) de todos os custos que o consumidor terá de arcar com o

[227] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, op. cit., p. 225.
[228] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, op. cit., p. 226-227.

produto. Neste caso, o fornecedor teria estímulo de repassar a informação ao consumidor?[229] Outra característica importante que deve ser observada quando da análise do mercado e nos próprios contratos de consumo é a racionalidade limitada do consumidor, que possui claras limitações na recepção, guarda e processamento das informações recebidas. A idéia do *bounded rationality* é crucial para o estudo dos contratos de consumo, pois o consumidor tratado de forma universal pelos fornecedores não tem como considerar todas as variantes da contratação que está prestes a fazer, especialmente nos contratos de longa duração.[230] Ronaldo Porto Macedo Júnior, explana com precisão o conceito da racionalidade limitada do consumidor, quando este depara com a necessidade da tomada de decisões complexas:

> "As transações de consumo que importam em maiores quantias e valores, como, por exemplo, a compra de um carro ou a contratação de um plano de saúde ou previdência privada, muitas vezes envolvem relações que se estendem por um longo período. Ademais elas costumam ter natureza complexa, visto que envolvem compromissos de crédito, contratos de serviço, garantias, assistência técnica prolongada etc. É improvável que os consumidores ao tempo que firmam um contrato estejam aptos a prever e planejar todas as possíveis contingências futuras. Conforme já apontado anteriormente, esta impossibilidade de planejar o futuro é uma característica geral dos contratos contemporâneos, em especial dos contratos relacionais de longo prazo".[231]

Por estes motivos que a informação transmitida ao consumidor é fundamental para que haja uma contratação hígida, entretanto, a realidade que se apresenta está muito distante da abrangência que o princípio do direito do consumidor à informação pode chegar, seja no momento pré-contratual e, especialmente, no pós-contratual, quando o produto ou serviço foi prestado e, equivocadamente, os fornecedores não se preocupam na manutenção do consumidor como seu cliente. A *prática extrativista do consumidor*, embora evitada por alguns fornecedores, ainda é claramente

---

[229] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, op. cit., p. 227.
[230] Ibidem, p. 229-230.
[231] Ibidem, p. 230.

utilizada quando determinado fornecedor oferece vendas eventuais, o que torna o objetivo do vendedor único, a venda a qualquer custo. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor fornece mecanismos que agem de forma a regular a racionalidade limitada, mas ainda muito aquém do necessário para evitar as práticas comerciais danosas, as quais estão sujeitas o consumidor. Ronaldo Porto Macedo Júnior indica o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o direito de arrependimento do consumidor, como uma garantia de opção, permitindo o bom desempenho da negociação relacional, todavia, a possibilidade do consumidor em desistir do bem no prazo do artigo 49 muitas vezes é negada ao consumidor que, sem o conhecimento da legislação específica ou com pouca instrução do governo para pleitear seus direitos acata a prática comercial abusiva afetando diretamente sua confiança no sistema.[232] Existe uma carência evidente na proteção do consumidor, a ausência de proteção preventiva do consumidor gera condutas do poder econômico a fim de tirar proveito dessa omissão, embora haja no controle administrativo de cláusulas abusivas uma forma pouco aproveitada de controle do poder econômico. A ausência de políticas públicas de consumo direcionadas em programas educacionais de consumo conforme tratado do item 3.2. (O despreparo do consumidor na sociedade de massa), é a forma preventiva mais abrangente que o Estado pode dispor e, talvez por esse motivo, a menor considerada por parte dos investimentos estatais. Prefere-se a criação de órgãos de proteção e defesa do consumidor que, embora tenham atuação preventiva, atuem no mercado de forma primordialmente repressiva e, em grande parte de sua atuação, o destino dessa prestação de serviço público é individual, enquanto que a efetiva implementação de uma política pública de educação para o consumo, com clara abrangência coletiva, conforme dito, é praticamente ignorada pelo Estado.

[232] Idem, op. cit., p. 231.

9. A JUSTIÇA CONTRATUAL E A BOA-FÉ NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA DO MERCADO DE CONSUMO

Quando o direito do consumidor é tratado como instrumento de modificação, garantindo ao indivíduo o acesso a bens e serviços que lhe dêem dignidade, independentemente de sua deficiente condição econômica e cultural, estamos tratando da possibilidade do direito como fomentador da justiça distributiva. A justiça distributiva tem como objeto dar a cada um o que lhe é devido tendo como base uma igualdade relativa. E é nesse momento que o Código de Defesa do Consumidor é aplicado como uma tentativa de reorganizar as forças do mercado de consumo, redistribuindo poder dos fornecedores aos consumidores, na medida de sua necessidade.[233]

É nítida a diferença entre os consumidores; o consumidor pobre do consumidor abastado, o consumidor com elevado grau de educação do consumidor analfabeto, gerando custos de transação elevados aos consumidores menos favorecidos. Discordamos de Ronaldo Porto Macedo Júnior quando menciona que a desigualdade deve ser pensada, além da perspectiva da discriminação econômica, pelos fatores ligados à diversidade étnicas, raciais e de gênero, pois traz uma subjetividade e imponderabilidade quando da análise de um contrato, por exemplo, e da situação específica do consumidor, de forma que obrigaria o magistrado à aplicação de norma legal adaptável a cada indivíduo, o que não parece razoável, eis que a lei deve ser única a todos, guardados critérios objetivos que ainda assim precisam de fundamentação. Não é absurdo imaginar que uma pessoa com formação cultural privilegiada tenha muito mais condições de obter do próprio ordenamento jurídico a prestação jurisdicional desejada, como, por exemplo, a obtenção de um medicamento que apenas será fornecido mediante ordem judicial, já que indisponível em postos de saúde ou negados administrativamente. Certamente que o cidadão que sequer teria condições de contratar um advogado, ou conhecedor desta via, terá muito mais dificuldade de pleitear em juízo essa possibilidade, independentemente da honrosa e cada vez mais efetiva atuação da Defensoria Pública em diversos Estados do país. Nos contratos estritamente de consumo essa possibilidade é mais evidente. Isso sem mencionar que o Poder Judiciário muitas

[233] Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, op. cit., p. 231.

vezes é uma entidade não muito comum à rotina da população de baixa renda, logo, na hipótese de um eventual empréstimo pessoal que tenha uma taxa de juros acima da média do mercado (portanto, abusivo), é possível que o consumidor sequer discuta a legalidade da cobrança, pelo simples fato de acreditar que se o serviço está disponível, possui alguma validação estatal. Situação diferente ocorreria com um advogado, ou integrante da denominada “classe média” que, com mais recursos (intelectuais e financeiros), poderá, com muito mais facilidade pleitear o que entende ser seu direito.

E o confronto é inevitável, o direito privado e o direito público confundem-se, sob a égide da função social dos regulamentos, ao mesmo tempo em que a doutrina neoliberal limita ainda mais a atuação do Estado, tornando áreas que deveriam ser exclusivamente ou primordialmente públicas em privadas, como ocorre no setor de saúde pública. O Estado é insuficiente em suas funções e as repassa ao setor privado que, em contrapartida, aceita tal delegação, mas, contanto que haja limitações de responsabilidade e garantia de sua propriedade, repugnando o princípio da justiça distributiva. Mesmo quando o Estado formalmente atua na defesa dos consumidores e do mercado, como deveria ocorrer com a atuação das agências reguladoras, o intérprete deve atentar ao fato da teoria da captação, em que o aparelhamento de regulação pode ser apropriado por parte do poder econômico e a análise de eventual cláusula abusiva torna-se muito mais complexa. A própria centralização de demandas de determinada área de mercado, como, por exemplo, telefonia, em um único órgão de regulação facilita sobremaneira a atuação dos agentes econômicos no exercício de sua atividade, nem sempre em benefício do consumidor. A justificativa da especificidade é, muitas vezes, a alegação de que determinadas regras que violam os direitos dos consumidores sejam mantidas, tornando a atuação das agências frouxa na fiscalização dos contratos de concessão, sem ignorar que, em decorrência do conhecimento técnico exigido para os cargos nas agências regulatórias, comum que tais funções sejam ocupadas por profissionais oriundos da iniciativa privada, o que pode prejudicar bastante a imparcialidade da agência reguladora, independentemente do período de quarentena exigido. Mesmo que determinados dispositivos contratuais sejam determinados por esses órgãos, sob pretensa imparcialidade em sua elaboração, há carga política nas decisões das agências, fato que não pode ser ignorado pelo

intérprete do contrato que, analisando os interesses em debate em alegada cláusula abusiva, deverá sopesar todos os critérios expostos mais os fatores pragmáticos ora indicados e definir qual interesse se sobreporá aos demais.

Como o operador do direito deve agir num ambiente em que todos esses encargos sociais e de caráter público são delegados à regulação do mercado?

A doutrina reconhece a dificuldade em adotar princípios de proteção do consumidor como fundamento para chegar-se à justiça distributiva.[234] A dificuldade de concretude dos princípios é grande, mas a análise subjetiva sem efeitos sociais não interessa à sociedade carente de respostas efetivas do Estado. Aguardar o auxílio estatal se há instrumento que, no microssistema das relações de consumo, tem força para aplicar a justiça distributiva, é retardar o avanço, e, então, usar esse instrumento, então, como mero legitimador do *status quo*. A adoção de políticas de consumo também é uma forma de realizar a justiça distributiva, exigindo maior participação dos órgãos responsáveis pela defesa do consumidor. A atuação deficiente destes órgãos colabora com a letargia encontrada no direito consumerista brasileiro, ressalvadas raras exceções como o Ministério Público e um limitadíssimo número de associações de proteção ao consumidor, como o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, são exemplos de esforço na aplicação da justiça distributiva. Em relação aos órgãos de proteção e defesa do consumidor, em especial do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, não há, apesar dos esforços de seus componentes uma definição de sua atuação no mercado de consumo, seja pela *inexistência* de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, como mencionado por Marcelo Gomes Sodré, ou pela atuação indefinida, ora como implementador de políticas de consumo, ora como um mero órgão judicante, atividade mais evidente.[235]

O direito à efetiva proteção por parte de todos os órgãos que atuam, de alguma maneira, na proteção e defesa do consumidor, dando ao consumidor a dignidade e o respeito mínimo é o meio de tornar os direitos dos consumidores e algumas previsões contratuais não apenas como meras estipulações comerciais, mas como garantias previsíveis e cogentemente observadas. Ou, caso se entenda que cabe ao

---

[234] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, op. cit., p. 234.
[235] SODRÉ, Marcelo Gomes, *Formação do sistema nacional de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.194-196.

consumidor decidir por abrir mão de alguns direitos, que lhe seja dada a oportunidade de ter acesso à informação disponível para que possa decidir conscientemente em assumir eventuais riscos. O consumidor precisa ter conhecimento de que sua liberdade de escolha é *condicionada* aos ditames do sistema vigente, necessita ter essa visão global. À medida que se possibilita ao consumidor tomar certas decisões, protegendo-o, a confiança no mercado tende a aumentar. Ronaldo Porto Macedo Júnior afirma que a proteção do consumidor é um mecanismo que fortalece as transações de mercado gerando *confiança* e *certeza*. Menciona como exemplo dessa confiança a boa-fé contratual, que é o dever de agir com *lealdade* e *dever de cooperação*. O princípio da confiança origina-se da real expectativa que o consumidor deposita no contrato celebrado. A confiança, derivada da boa-fé, que deve surgir desde antes da celebração do contrato (momento pré-contratual), passar pela execução do contrato e permanecer no pós-contrato. Cria-se um novo paradigma que, para Cláudia Lima Marques trata-se de um "*standard* de qualidade e segurança que pode ser esperado por todos, contratantes, usuários atuais e futuros" [236], pois são expectativas legítimas postas no mercado de consumo e que devem ser respeitadas. Abalada a confiança que o consumidor espera das relações, o mercado de consumo será fragilizado, criando uma nova "falha" para a qual a sociedade terá de arcar com o respectivo custo.

A análise contratual não pode permanecer imóvel, como vem acontecendo no decorrer do tempo, não sendo mais um instrumento de quase total intangibilidade em que as partes devem colaborar entre si e os operadores do direito devem atentar para esse comportamento, considerando sempre além do contrato, além das partes e analisando seus efeitos no âmbito social, mas não deixando de observar o princípio da colaboração entre os parceiros.[237] Sendo assim que os principais atores das relações de consumo devem ser considerados pelo intérprete do contrato, ambos parceiros da realidade contratual que deve ser apreciada, respeitados os princípios e responsabilidades de cada parte na relação contratual.

---

[236] MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 1143.

[237] Cf. REGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

10. CONCLUSÃO

A cada período histórico, o direito, como reflexo social, apresenta suas adaptações e soluções para uma *ordem social* respectiva, evitando, ou tentando evitar, conflitos sociais. Mas o dinamismo na sociedade contemporânea é o seu grande, se não, o maior, vilão, pois a velocidade das mudanças e as novas tecnologias de mercado deixam o mais preparado dos consumidores desprotegido, sendo necessária a participação estatal. Uma intervenção estatal que tente aplicar a justiça distributiva que mal vigora no âmbito tributário, mas que pelo Código de Defesa do Consumidor, essa possibilidade encontra-se mais evidente, como já demonstrado, basta preparar o principal operador do instrumento jurídico, o consumidor. Com a preparação do consumidor de forma preventiva, a complementação do sistema de análise de cláusulas abusivas já terá tido enorme evolução e certamente dará grande limitação ao avanço indevido do poder econômico na seara contratual das relações de consumo em prejuízo do consumidor, todavia, a complementação repressiva necessita da vigorosa intervenção do Estado, nesse segundo aspecto por parte do Judiciário, seja fomentado por associações de defesa dos consumidores e demais legitimados na forma coletiva ou pelos consumidores na forma individual, pois com as atuais mudanças e novas propostas de mudança na legislação processual e a possibilidade dos tribunais atribuírem aos casos individuais efeitos coletivos, é certo que ocorrerão muitas transformações no direito das relações de consumo, aumentando a importância do consumidor individualmente considerado.

A igualdade substancial na contratação de consumo persegue a dinâmica do mercado de consumo, como finalidade de um exercício equilibrado das relações contratuais que, somada à cláusula geral de boa-fé, pode-se criar um ambiente de harmonização nas relações, onde exista, efetivamente, a confiança do consumidor no mercado de consumo. Não bastasse isso, o Estado deve educar o consumidor com políticas de consumo efetivamente voltadas aos consumidores incapazes, que por suas características pessoais não possuem qualquer condição de analisar com frieza o tipo de contratação que podem vir a celebrar. O tema da educação do

consumidor, embora tenha sido tratado por outros autores em décadas passadas[238], ainda hoje não houve uma posição afirmativa do Estado no que se refere à conscientização do consumidor brasileiro, ensinado-lhe as regras básicas de uma contratação saudável ou minimamente lesiva. A adoção de políticas de consumo, além de cursos, pesquisas e testes de produtos, deve focar-se essencialmente na educação regular, ensinando conceitos básicos aos estudantes, todos, indistintamente, consumidores; alguns com maior potencial de consumo, outros com menos, mas todos, de alguma forma, consumidores. A ausência de uma política nacional de ensino de direitos básicos do consumidor, demonstra a omissão do Estado em ensinar e cativar o sentimento de cidadania nas pessoas. A, também aplicação do Código de Defesa do Consumidor como instrumento de bem-estar social, com fundamento nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição da República de 1988 que trata do modelo econômico de bem-estar, é necessária.

Acreditamos que, sem a conjunção de todos os fatores mencionados quando da análise contratual, juntamente e especialmente com a intervenção estatal no mercado de consumo mediante a instituição de políticas públicas de educação e preparação do consumidor desde seu ensino fundamental, combinada primordialmente com repressão efetuada pelo controle judicial, a força interpretativa das palavras, por mais hercúleo que seja este esforço não chegará, ao menos perto, da harmonização desejada dessas relações.

---

[238] SIDOU, J. M. Othon. op. cit., p. 75-84, que menciona que a atividade de comprar, se traduz em verdadeira arte, *arte de comprar*, que só será adquirida mediante *prática amadurecida*.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: CJF, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 1999.

ALVIM, Arruda. *Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro.* Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 20, out./dez., 1996.

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. *O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. 6. ed. Atualização de Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1990.

BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Cobertura assistencial: contratos, tipos de plano, cobertura obrigatórias, planos novos e adaptados*. 4. ed. rev.; ampl. Rio de Janeiro: ANS, 2006.

BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. Porto Alegre: Globo, 1965.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do inadimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consummation*. 7. ed. Dalloz, 2006.

CAMPOS, Roberto. *A lanterna da popa. v. 1: Memórias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Top Books, 2001.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Títulos de capitalização*. São Paulo: MP Editora, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____.; COSTA, Mário Julio de Almeida. *Cláusulas contratuais gerais: anotação ao decreto-lei n. 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Almedina, 1990.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas abusivas no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<http://www.abecs.org.br/arquivos%20excel/Mensal_2007_Consolidado.pdf> Acesso em: 17 jan. 2008.

<http://www.cpsc.gov/about/about.html>. Acesso em: 17 jan. 2008.

<http://www.ftc.gov>. Acesso em: 17 jan. 2008.

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtm#sub_economia>. Acesso em: 1 jun. 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. SEÇÃO RIO GRANDE DO SUL. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Coord. de Cláudia Lima Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

JACKSON, John Howard. *The jurisprudence of gatt and wto*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

JASPER, Margaret C. *Credit cards and the law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

KEYNES, John. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução: Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MALANGA, Eugênio. *Publicidade: uma introdução.* São Paulo: Edima, 1987.

MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MARTINS, Fran. *Cartões de crédito: natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MARQUES, Cláudia 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.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro.* São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MASSO, Fabiano Del. *Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.* 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. III.

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de direito civil. v. 5: Direito das obrigações.* 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre pachukanis*. São Paulo: Bom Tempo, [19--?].

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, p. 108, out./dez., 1996.

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

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

PACKARD, Vance. *Nova técnica de convencer*. 1. ed. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PEINADO, Federico Lara; GONZÁLEZ, Federico Lara. *Los primeros códigos de la humanidad*. Madri: Tecnos, 1994.

POSNER. Richard A. *El análisis económico del derecho.* 4. ed. Mexico, DF: Fondo de Cultura Económica, 1998.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil. Tradução da 6. ed. italiana. Notas do Dr. Ary dos Santos. 3. ed. rev.* São Paulo: Saraiva, 1973. v.3

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SELDON, Arthur; PENNANCE, F.G. *Dicionário de economia*. Rio de Janeiro: Bloch, 1997.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Jorge Alberto Quadro de Carvalho. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do sistema nacional de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

STIGLITZ, Rubén S. *Contrato de consumo y cláusulas abusivas. D*erecho del Consumidor, Rosario, v. 8, 1997.

VASCONCELLOS, Antônio Herman de; BENJAMIM. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. [S.l.: s.n., 19--?].*

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos.* 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

12. ANEXO

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
Gabinete

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Pelo presente instrumento, o DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, situado na Esplanada dos Ministérios, Brasília, Distrito Federal, neste ato, representado pelo Ilustríssimo Senhor Diretor Dr. NELSON FARIA LINS D'ALBUQUERQUE JÚNIOR, e as ASSOCIADAS da ABECS – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS com sede à Avenida Ipiranga, 318, Bloco, A, 12º andar, Conjunto 1201, São Paulo, as quais, constantes do Anexo I e que passa a fazer parte integrante deste Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, neste ato representadas pela ABECS, que, por seu Representante Legal, Dr. SADY DOS SANTOS DALMAS, portador da Cédula de Identidade n. 2.281.751, expedida pela SSP/SP, com Escritório no endereço acima citado, conforme instrumento hábil, acostado às fls. do Processo Administrativo n. 08012.006829/98-69, e que alcança o Processo Administrativo n. 0800.0022 668/96-44, doravante denominada

COMPROMISSÁRIA, com supedâneo no § 6º do artigo 113 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1.990, combinado com o § 6º do artigo 6º do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1.997, que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor, têm entre si justo e acertado o seguinte:

A – Considerando a análise do comportamento na comercialização do produto e serviço, bem com o exame dos Instrumentos de Contratos utilizados pelas Administradoras e Empresas de Cartões de Crédito, que deram origem aos atos da Secretaria de Direito Econômico e Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, devidamente protocolizados no Ministério da Justiça, acerca da remessa de cartões de crédito sem prévia solicitação do consumidor e das cláusulas apontadas como abusivas pelo DPDC, e que estariam alcançadas pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1.990, regulamentada pelo Decreto n. 2.161, de 20 de março de 1.997.

B – Considerando a expressa demonstração da COMPROMISSÁRIA em adequar os instrumentos de contrato na relação de consumo objeto dos procedimentos administrativos supracitados que têm como Representas, dentre outras, as Associadas da COMPROMISSÁRIA, e

C – Considerando, por derradeiro, que a fase na qual tramitam os referidos procedimentos administrativos admitem o ajustamento da conduta, diante da norma de proteção e defesa do consumidor, antes mesmo da apresentação da defesa,

RESOLVEM, o DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DA SECRETARIADE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA e as ASSOCIADAS da ABECS – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS

EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS que as representa neste ato, em consonância com o disposto no § 6 º do Artigo 113 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1.990, combinado com o Artigo 6º do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1.997, que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor, celebrar o presente TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, de conformidade com as cláusulas e condições seguintes:

DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

CLAÚSULA PRIMEIRA - A celebração deste Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta é admitida nas exatas disposições supracitadas, em qualquer fase do procedimento administrativo, ou a qualquer tempo, não exigindo o exame de mérito, desde que atenda às exigências legais.

DO OBJETO

CLÁUSULA SEGUNDA – Este Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta tem por objeto manter, preservar, estabelecer e proteger as relações de consumo, neste específico caso, as relativas a emissão e ao uso dos denominados cartões de crédito, comprometendo-se a COMPROMISSÁRIA por suas Associadas a revisar as condutas que deram causa à instauração dos procedimentos administrativos supracitados, no âmbito da jurisdição de cada uma de suas Associadas, com vistas a adequar os instrumentos de contratos no que concerne à forma de negociação dos produtos e serviços que comercializam – cartões de crédito – bem assim a revisão das cláusulas contratuais de uso existentes, a fim de atender aos despachos do Secretário de Direito Econômico e do Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, proferidos no bojo dos respectivos processos. Estes

compromissos serão demonstrados pela COMPRIMISSÁRIA ao término do prazo para cumprimento deste Termo, sem causar constrangimento aos contratantes dos seus serviços. Compromete-se, pois, a abster-se de praticá-las ou de adotar qualquer conduta afrontosa às normas supracitadas, cumprindo fielmente as obrigações aqui estipuladas.

Registre-se que a COMPROMISSÁRIA, por suas Associadas, retirará dos contratos vigentes e a viger, a Cláusula relativa à multa convencional cambial de 50% quando descumpridas normas do Banco Central do Brasil e das Administradoras / Empresas, no uso do cartão de crédito internacional.

DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS

CLÁUSULA TERCEIRA – Para a consecução do objeto deste instrumento, a COMPROMISSÁRIA obriga-se a não encaminhar cartões de crédito sem a prévia e expressa solicitação dos consumidores, ou sem prévia consulta da Administradora / Empresa e expressa e comprovada concordância do consumidor, assim como de não exercitar e por suas Associadas, conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, e, principalmente, a não utilizar contratos cujas cláusulas saiba serem abusivas ou que indiquem concerto com o fim de prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa, e, especificamente, contrárias às normas de defesa e proteção do consumidor.

Obriga-se, ainda, a COMPROMISSÁRIA, a apresentar e esclarecer, quando solicitada, aos contratantes de seus serviços o texto contratual, de forma clara, precisa e ostensiva, onde prevaleça o equilíbrio e a transparência na relação de consumo que se forme.

A COMPROMISSÁRIA obriga-se, também, a divulgar, a partir da assinatura deste Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, o conteúdo do aqui pactuado, aos contratantes

que têm reclamações/representações contra a COMPROMISSÁRIA, junto ao DPDC, e contra cada uma de suas Associadas.

DAS OBRIGAÇÕES NEGATIVAS

CLÁUSULA QUARTA – Para dar exato cumprimento as normas regulamentares e aos dispositivos de proteção e defesa do consumidor, previstos na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1.990, a COMPROMISSÁRIA compromete-se a:

a – não encaminhar ao consumidor, sem prévia e expressa solicitação, cartões de crédito, ou sem prévia consulta da Administradora / Empresa e expressa e comprovada concordância do consumidor. A proibição já existente, aqui se reafirma;

b – praticar a multa moratória limitada ao percentual de 2% (dois por cento) do valor da prestação inadimplida, nos exatos termos do § 1º do artigo 52 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1.990, com a redação dada pela Lei n. 9.298, de 1º de agosto de 1.996. Caso haja contrato que ainda não preveja este limite, a COMPROMISSÁRIA obriga-se, por suas Associadas, a promover a imediata adequação;

c – nos termos do inciso XII do artigo 51 da Lei de Defesa do Consumidor, a rever a cláusula relativa aos honorários advocatícios em fase amigável, e a conferir reciprocidade ao consumidor em relação ao ressarcimento dos custos da cobrança dos valores a que este faça jus. Assim o consumidor será ressarcido dos gastos na busca de compelir a administradora a adimplir as obrigações assumidas;

d – adaptar os contratos a fim de que a parte sucumbente, quer se trate de qualquer Associada da COMPROMISSÁRIA ou do consumidor, seja obrigada ao pagamento dos

honorários advocatícios fixados pelos juiz, na forma do artigo 20 do Código de Processo Civil, sem prefixação do percentual;

e – fazer prever em cláusula específica que a multa compensatória, no limite estabelecido pelas Administradoras associadas da COMPROMISSÁRIA, só poderá referir-se, e ser devida, ao caso da inexecução total e cancelamento do respectivo contrato, constando, obrigatoriamente, a reciprocidade ao titular do cartão nos mesmos percentuais aplicados pela respectiva Associada;

f – no tocante a cláusula mandato, adaptação dos contratos entre as Administradoras e empresas e seus clientes, obrigando-se a divulgar nos extratos e faturas enviadas aos titulares, o percentual total dos encargos cobrados, não só em relação ao mês de referência, como também em relação a previsão máxima para o mês subseqüente, permitindo ao consumidor/titular saber previamente o percentual dos encargos do financiamento, e programar o pagamento de suas despesas ou procurar outras fontes de financiamento. A COMPROMISSÁRIA – ADMINISTRADORA OU EMPRESA – informará, no mínimo, uma vez, na remessa do novo contrato, e a seu critério nos extratos/faturas ou comunicação específica, as denominações dos itens que compõe o custo do financiamento. A COMPROMISSÁRIA obriga-se a não emitir qualquer título representativo da dívida em nome do consumidor/titular, assim como a não movimentar conta bancária do titular do cartão de crédito, retirar ou expedir talonário ou outro qualquer ato, a não ser especificamente para captar recursos junto às Instituições Financeiras, na forma exigida pelo Banco Central do Brasil, para o pagamento dos débitos gerados pelo titular do cartão de crédito, e ficando autorizada a, em caso de inadimplência emitir letra de câmbio para a cobrança do saldo devedor.

DA RESPONSABILIDADE CLÁUSULA QUINTA – A COMPROMISSÁRIA, nos termos da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1.990, assume as obrigações aqui estabelecidas em nome, de suas Associadas e de seus prepostos, cujos atos sejam da responsabilidade contratual dessa.

DAS INFORMAÇÕES

CLÁUSULA SEXTA – A COMPROMISSÁRIA compromete-se a enviar, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da assinatura deste Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, relatório das soluções adotadas em cada processo administrativo, constantes nas notificações encaminhadas pelo DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR da SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, de forma a por termo aos respectivos feitos.

A COMPROMISSÁRIA comunicará, também, e de imediato, ao DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, qualquer mudança no ato constitutivo da ABECS em seu quadro de dirigentes, em seu objeto social, em suas atividades, ou sem sua localização.

Fica a COMPROMISSÁRIA informada de que, no caso não apresentação dos documentos ou das informações requisitadas na forma desta Cláusula, será aplicada a multa diária de 5.000 (cinco) mil UFIR'S, com base na Lei n. 8.078/90, sem prejuízo de outras disposições legais.

DA SUSPENSÃO DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS CLÁUSULA SÉTIMA – Os Procedimentos Administrativos, objetos deste Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, ficarão suspensos durante o período de vigência deste Compromisso, sem qualquer discussão de mérito, tendo continuidade se a

COMPROMISSÁRIA deixar de cumprir quaisquer das obrigações aqui estabelecidas, sem prejuízo da execução judicial 'ex vi' do disposto no § 6º do artigo 113 da Lei n. 8.078/90.

O descumprimento das obrigações assumidas neste Termo, será apurado mediante processo regular, assegurado à COMPROMISSÁRIA, e a cada Associada interessada, o amplo direito de defesa.

Descumprindo o presente Termo pela COMPROMISSÁRIA, sem prejuízo das penalidades previstas neste instrumento, ser-lhe-ão restituídos todos os prazos que eventualmente tenha perdido durante a fase da defesa, em virtude das negociações com as autoridades competentes.

DA MULTA CLÁUSULA OITAVA – Pelo descumprimento das obrigações assumidas neste Termo de Compromisso a COMPROMISSÁRIA, e/ou cada Associada, ficará sujeita, desde já, à multa de 500.000 (quinhentas mil) UFIR'S, ou padrão superveniente, pela prática, devidamente comprovada, de remessa de cartões de crédito sem a prévia e expressa solicitação do consumidor, por suas Associadas, ou sem prévia consulta da administradora / empresa ao consumidor e expressa e comprovada concordância do consumidor, e de 250.000 (duzentos e cinqüenta mil) UFIR'S, ou padrão superveniente, pela prática, devidamente comprovada de remessa / e/ou entrega de contratos firmados que não atendam ao constante deste Termo, entendido que a multa incide uma só vez por empresa.

No caso do prosseguimento dos procedimentos suspensos, em razão da assinatura deste Termo de Compromisso e

Ajustamento de Conduta, aplicar-se-ão única e exclusivamente as penalidades aqui ajustadas.

DA VIGÊNCIA DO COMPROMISSO CLÁUSULA NONA – As obrigações pactuadas neste Instrumento serão cumpridas pela COMPROMISSÁRIA, uma vez que expressa a sua vontade coadunada aos ditames legais, estabelecendo-se a data da assinatura deste Termo como o limite de prazo para o cumprimento da obrigação de não encaminhar ao consumidor, sem prévia e expressa solicitação deste, cartões de crédito, nos termos da Cláusula Oitava. Como limite de prazo para o cumprimento das demais obrigações assumidas, estabelece-se o dia 02 (dois) de junho de 1.999 (mil novecentos e noventa e nove), no que concerne às adaptações dos contratos, vigorando, todavia, a partir da assinatura deste Termo, as regras da relação entre as suas Associadas e o consumidor, quando aos índices percentuais previstos nas alíneas ‘b’, ‘d’ e ‘e’, da Cláusula Quarta, por serem auto-aplicáveis, e, em 60 (sessenta) dias da assinatura deste Instrumento, o previsto na alínea ‘c’, daquela Cláusula Quarta.

Exaurido o período definido nesta Cláusula, a COMPROMISSÁRIA entregará ao DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, no prazo de sessenta dias, contado da data de 02 de junho de 1.999, um relatório final sobre a solução das pendências que ensejaram este Ajustamento, acompanhado de modelos dos contratos adaptados, demonstrando o cumprimento das obrigações.

Ficam suspensas todas as cláusulas contratuais impugnadas e que deram ensejo à elaboração do presente instrumento.

DO ARQUIVAMENTO CLÁUSULA DÉCIMA – Uma vez aceito o Relatório Final, os Procedimentos Administrativos serão arquivados no âmbito da SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO.

O presente instrumento constitui-se em ajuste apartado aos referidos procedimentos administrativos.

DA PUBLICIDADE CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – Este Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta será publicado, em sua íntegra, no Diário Oficial da União, para que surta seus legais e jurídicos efeitos.

E, por estarem de acordo, assinam o presente Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, em duas vias iguais de igual teor e forma sendo uma via entregue ao Representante Legal das Associadas da COMPROMISSÁRIA e a outra via juntada aos procedimentos administrativos instaurados.

Brasília-DF, 2 de dezembro de 1.998.
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
SECRETARIA DE DIREITO ECONOMÔMICO
NELSON FARIA LINS D'ALBUQUERQUE JÚNIOR
Diretor
ABECS – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS
SADY SANTOS DALMAS
Representante Legal

Testemunhas:
Dr. Renan Calheiros
Ministro de Estado da Justiça

Dr. Ruy Coutinho do Nascimento
Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça
Dr. Miguel Guskov
Subprocurador Geral da República do Ministério Público Federal

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO PORTARIA Nº 4, DE 13 DE MARÇO DE 1998 – PUBLICADA DO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO 16 DE MARÇO DE 1998.

CONSIDERANDO o disposto no artigo 56 do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art. 22 deste Decreto;

CONSIDERANDO que o elenco de Cláusulas Abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, é de tipo aberto, exemplificativo, permitindo, desta forma a sua complementação, e

CONSIDERANDO, ainda, que decisões terminativas dos diversos PROCON's e Ministérios Públicos, pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas, resolve:

Divulgar, em aditamento ao elenco do art. 51 da Lei nº 8.078/90, e do art. 22 do Decreto nº 2.181/97, as seguintes cláusulas que, dentre outras, são nulas de pleno direito:

1. estabeleçam prazos de carência na prestação ou fornecimento de serviços, em caso de impontualidade das prestações ou mensalidades;

2. imponham, em caso de impontualidade, interrupção de serviço essencial, sem aviso prévio;

3. não restabeleçam integralmente os direitos do consumidor a partir da purgação da mora;

4. impeçam o consumidor de se beneficiar do evento, constante de termo de garantia contratual, que lhe seja mais favorável;
5. estabeleçam a perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor, em benefício do credor, que, em razão de desistência ou inadimplemento, pleitear a resilição ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos;
6. estabeleçam sanções, em caso de atraso ou descumprimento da obrigação, somente em desfavor do consumidor;
7. estabeleçam cumulativamente a cobrança de comissão de permanência e correção monetária;
8. elejam foro para dirimir conflitos decorrentes de relações de consumo diverso daquele onde reside o consumidor;
9. obriguem o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios sem que haja ajuizamento de ação correspondente;
10. impeçam, restrinjam ou afastem a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor nos conflitos decorrentes de contratos de transporte aéreo;
11. atribuam ao fornecedor o poder de escolha entre múltiplos índices de reajuste, entre os admitidos legalmente;
12. permitam ao fornecedor emitir títulos de crédito em branco ou livremente circuláveis por meio de endosso na representação de toda e qualquer obrigação assumida pelo consumidor;
13. estabeleçam a devolução de prestações pagas, sem que os valores sejam corrigidos monetariamente;
14. imponham limite ao tempo de internação hospitalar, que não o prescrito pelo médico.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO
SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO

NELSON FARIA LINS D'ALBUQUERQUE JÚNIOR DIRETOR DO DPDC/SDE/M

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
Despachos do Secretário

Em, 12 de maio de 1998. PUBLICADO NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO EM 18 DE MAIO DE 1998

Nº 132 A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ouvido o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, considerando que a divulgação da Portaria Nº 04, de 13.03.98, tem gerado dúvidas por parte de segmentos sociais em relação a alguns de seus itens, e que um dos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo é promover a educação e a informação de consumidores e fornecedores quanto aos seus direitos e deveres visando o aperfeiçoamento do mercado de consumo, e, finalmente, em conformidade com a decisão unânime extraída da 19ª REUNIÃO DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR, realizada em Brasília, DF, de 11 a 13 de maio de 1998, apresenta nota explicativa sobre os seguintes itens da citada Portaria:

ITEM 2 - IMPONHAM, EM CASO DE IMPONTUALIDADE, INTERRUPÇÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL, SEM AVISO PRÉVIO;

NOTA EXPLICATIVA: A INTERRUPÇÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL NO CASO DE IMPONTUALIDADE REQUER AVISO FORMAL (ESCRITO) PARA CONFIGURAR A INADIMPLÊNCIA, POSSIBILITANDO, POIS, AO CONSUMIDOR (USUÁRIO) CUMPRIR SUA OBRIGAÇÃO EM PRAZO RAZOÁVEL. INCLUEM-SE OS SERVIÇOS DE TELEFONIA, ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO, ENERGIA ELÉTRICA, DENTRE OUTROS PREVISTOS EM LEI.

ITEM 4 - IMPEÇAM O CONSUMIDOR DE SE BENEFICIAR DO EVENTO, CONSTANTE DE TERMO DE GARANTIA CONTRATUAL, QUE LHE SEJA MAIS FAVORÁVEL;

NOTA EXPLICATIVA: SOMENTE O CONSUMIDOR, ENQUANTO DESTINATÁRIO FINAL, PODE SE BENEFICIAR DO EVENTO CONSTANTE DO TERMO DE GARANTIA QUE LHE FOR MAIS FAVORÁVEL, NÃO SE APLICANDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO ADQUIRENTE DO PRODUTO QUE SE DESTINE A NEGÓCIO OU PRODUÇÃO. EX: VEÍCULOS DE USO COMERCIAL.

ITEM 5 - ESTABELEÇAM A PERDA TOTAL OU DESPROPORCIONADA DAS PRESTAÇÕES PAGAS PELO CONSUMIDOR, EM BENEFÍCIO DO CREDOR, QUE, EM RAZÃO DE DESISTÊNCIA OU INADIMPLEMENTO, PLEITEAR A RESILIÇÃO OU RESOLUÇÃO DO CONTRATO, RESSALVADA A COBRANÇA JUDICIAL DE PERDAS E DANOS COMPROVADAMENTE SOFRIDOS;

NOTA EXPLICATIVA: TEM ASSENTO NOS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ, DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. O ROMPIMENTO UNILATERAL DO CONTRATO, QUANDO O CONSUMIDOR NÃO HONRAR O PACTUADO, RESTRINGE-SE AOS CASOS PREVISTOS EM LEI. O ALCANCE DESTE ITEM SE DÁ MAIS SIGNIFICATIVAMENTE NOS CONTRATOS DE TRATO SUCESSIVO E PRESTAÇÃO CONTINUADA, COM PRAZO DETERMINADO, DE BENS E SERVIÇOS, AFASTANDO-SE, POIS, A POSSIBILIDADE DA PERDA TOTAL OU DESPROPORCIONADA DAS PRESTAÇÕES PAGAS A TÍTULO DE ADIANTAMENTO, BEM COMO A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DO PAGAMENTO DA TOTALIDADE OU PARCELA DESPROPORCIONADA DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS A TÍTULO COMPENSATÓRIO.

ITEM 9 - OBRIGUEM O CONSUMIDOR AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SEM QUE HAJA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CORRESPONDENTE;

NOTA EXPLICATIVA: O CONSUMIDOR NÃO ESTÁ OBRIGADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS AO ADVOGADO DO FORNECEDOR. OS SERVIÇOS JURÍDICOS CONTRATADOS DIRETAMENTE ENTRE O ADVOGADO E O CONSUMIDOR NÃO SE ENQUADRAM NESTE ITEM.

Brasília, 13 de maio de 1998.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO

SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO

NELSON FARIA LINS D'ALBUQUERQUE JÚNIOR DIRETOR DO DPDC/SDE/M

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO PORTARIA Nº 3, DE 19 DE MARÇO DE 1999

O Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO que o elenco de Cláusulas Abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 da Lei nº 8.078,

de 11 de setembro de 1990, é de tipo aberto, exemplificativo, permitindo, desta forma a sua complementação;

CONSIDERANDO o disposto no artigo 56 do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, que regulamentou a Lei nº 8.078/90, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art. 22 deste Decreto, bem assim promover a educação e a informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com a melhoria, transparência, harmonia, equilíbrio e boa-fé nas relações de consumo, e

CONSIDERANDO que decisões administrativas de diversos PROCONs, entendimentos dos Ministérios Públicos ou decisões judiciais pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas, resolve:

Divulgar, em aditamento ao elenco do art. 51 da Lei nº 8.078/90, e do art. 22 do Decreto nº 2.181/97, as seguintes cláusulas que, dentre outras, são nulas de pleno direito:

1. Determinem aumentos de prestações nos contratos de planos e seguros de saúde, firmados anteriormente à Lei 9.656/98, por mudanças de faixas etárias sem previsão expressa e definida;

2. Imponham, em contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica;

3. Permitam ao fornecedor de serviço essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta, sem autorização expressa do consumidor, a cobrança de outros serviços. Excetuam-se os casos em que a prestadora do serviço essencial informe e disponibilize gratuitamente ao consumidor a opção de bloqueio prévio da cobrança ou utilização dos serviços de valor adicionado;

4. Estabeleçam prazos de carência para cancelamento do contrato de cartão de crédito;

5. Imponham o pagamento antecipado referente a períodos superiores a 30 dias pela prestação de serviços educacionais ou similares;

6. Estabeleçam, nos contratos de prestação de serviços educacionais, a vinculação à aquisição de outros produtos ou serviços;

7. Estabeleçam que o consumidor reconheça que o contrato acompanhado do extrato demonstrativo da conta corrente

bancária constituem título executivo extrajudicial, para os fins do artigo 585, II, do Código de Processo Civil;

8. Estipulem o reconhecimento, pelo consumidor, de que os valores lançados no extrato da conta corrente ou na fatura do cartão de crédito constituem dívida líquida, certa e exigível;

9. Estabeleçam a cobrança de juros capitalizados mensalmente;

10. Imponham, em contratos de consórcios, o pagamento de percentual a título de taxa de administração futura, pelos consorciados desistentes ou excluídos;

11. Estabeleçam, nos contratos de prestação de serviços educacionais e similares, multa moratória superior a 2% (dois por cento);

12. Exijam a assinatura de duplicatas, letras de câmbio, notas promissórias ou quaisquer outros títulos de crédito em branco;

13. Subtraiam ao consumidor, nos contratos de seguro, o recebimento de valor inferior ao contratado na apólice.

14. Prevejam em contratos de arrendamento mercantil (leasing) a exigência, a título de indenização, do pagamento das parcelas vincendas, no caso de restituição do bem;

15. Estabeleçam, em contrato de arrendamento mercantil (leasing), a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem;

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

GABINETE

Portaria nº 5, de 27 de agosto de 2002.

Complementa o elenco de cláusulas abusivas constante do art. 51 da Lei n º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, no uso da atribuição que lhe confere o art. 56 do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, e

CONSIDERANDO que constitui dever da Secretaria de Direito Econômico orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor sobre a abusividade de cláusulas insertas em contratos de fornecimento de produtos e serviços, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art. 22 do Decreto nº 2.181, de 1997;

CONSIDERANDO que o elenco de cláusulas abusivas constante do art. 51 da Lei nº 8.078, de 1990, é meramente exemplificativo, uma vez que outras estipulações contratuais lesivas ao consumidor defluem do próprio texto legal;

CONSIDERANDO que a informação de fornecedores e de consumidores quanto aos seus direitos e deveres promove a melhoria, a transparência, a harmonia, o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo;

CONSIDERANDO, finalmente, as sugestões oferecidas pelo Ministério Público e pelos PROCONs, bem como decisões judiciais sobre relações de consumo;

RESOLVE:

Art. 1º Considerar abusiva, nos contratos de fornecimento de produtos e serviços, a cláusula que:

I - autorize o envio do nome do consumidor, e/ou seus garantes, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovada notificação prévia;

II - imponha ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor;

III - autorize o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor;

IV - imponha em contratos de seguro-saúde, firmados anteriormente à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, limite temporal para internação hospitalar;

V - prescreva, em contrato de plano de saúde ou seguro-saúde, a não cobertura de doenças de notificação compulsória.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ELISA SILVA RIBEIRO BAPTISTA DE OLIVEIRA

Secretária de Direito Econômico

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo