

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS E A PROTEÇÃO PELO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Lilian Maria Bagli da Silva

Presidente Prudente/SP
2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS E A PROTEÇÃO PELO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Lilian Maria Bagli da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2003

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS E A PROTEÇÃO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Ivone Abbade dos Santos
1ª Examinadora

Eric Ceolin Lopes
2º Examinador

Presidente Prudente, 27 de Novembro de 2003.

Gostaria de dedicar este trabalho aos meus pais Deodato e Vera, que me incentivaram nesta caminhada, aos meus irmãos, Beto e Cecília, parentes e amigos que também muito me apoiaram. Amigos como Sandra, Eric, Suzi, Stella, Maria, , Luciana, Graziela, Renata e também o Eli. Vocês, meus amigos que agüentaram minhas aflições, angustias, ansiedades e alegrias com as provas e com os resultados. Muito obrigada.

Só Deus sabe o que espera de nós: todas as pessoas que fez dependerem de nós e os gestos que de nós espera. Quando nos desprezamos a nós mesmos, desprezamos também todos esses projetos e desejos de Deus a respeito de nós, a alegria que tinha depositado em nós e a esperança que em nós havia colocado.

Louis Evely

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, Deodato da Silva e Vera Lúcia Bagli da Silva por terem me proporcionado cursar esta faculdade de Direito durante 5 anos e por terem me dado incentivo para terminar a longa caminhada.

Agradeço a Deus por ter dado a mim muita força e paciência para enfrentar estes longos 5 anos que me dediquei a estudar.

Sou muito grata também aos meus amigos, que me acompanharam nesta caminhada desde o início como a Sandra, o Eric e a Luciana, e outros amigos que tive a felicidade de encontra-los já quase no fim desta caminhada mas que também me deram muito apoio como a Maria, Suzi, Stella, Graziela, o Eli e outros.

Amigos e colegas de sala, meu grupo de estudos, muito obrigada pela amizade e companheirismo Renata, Juliana, Jéssica, Bia e Silvana.

Aos professores que conheci e admiro muito, obrigada por terem contribuído para a minha formação.

Por fim, agradeço ao Dr. Jurandir José dos Santos, meu orientador neste trabalho e professor que muito me ensinou nesta jornada. Muito obrigada Dr. Jurandir.

Lilian Maria Bagli da Silva

RESUMO

O presente trabalho analisa a proteção do consumidor contra cláusulas abusivas, sem antes passar por toda a evolução jurídica da proteção ao consumidor, que remonta à Idade Antiga, mostrando como o consumidor anteriormente à entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor era prejudicado e se protegia dos abusivos dos produtores.

O trabalho mostrará também que é fato inegável que as relações de consumo evoluíram muito nos últimos tempos, tendo em vista que antigamente existiam apenas simples trocas de mercadorias, pequenos volumes de compras e operações mercantis e se chegou progressivamente às grandes operações de compra e venda, arrendamentos, importações etc., fazendo com que as relações deixassem de ser pessoais e diretas.

Com essa incrível evolução das relações de consumo, os bens para consumo passaram a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores prontos para realizarem relações de consumo sem nenhuma garantia de proteção.

O consumidor estava desprotegido face às novas situações decorrentes do estrondoso desenvolvimento, necessitando de uma proteção legal. Verificava-se aí a hipossuficiência, e a vulnerabilidade do consumidor, fator importantíssimo para o surgimento da tutela.

O consumidor, a partir do momento em que passa a celebrar contratos de consumo, via-se muitas vezes ao final prejudicado com abusos de prestadores de serviços e fornecedores.

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, que visou a busca do equilíbrio entre as partes em uma relação de consumo, o consumidor passou a celebrar contratos sabendo que se ocorresse algum abuso por parte do fornecedor ou prestador de serviços, teria uma Lei que o ampararia e não o deixaria sair prejudicado em uma contratação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor trás desde conceitos amplos de consumidor e fornecedor, até a defesa do consumidor em júízo, dita os direitos básicos do consumidor, os princípios norteadores e lhe dá, entre outras garantias, a proteção contratual e dentro desta proteção contratual a proteção contra as chamadas Cláusulas Abusivas, o tema principal deste trabalho. O consumidor necessita de uma proteção para celebrar contratos e ser protegido contra tais cláusulas.

A proteção do consumidor hipossuficiente em sede de contratações desperta grande interesse quanto a se saber se ele poderá ser prejudicado por abusos de um fornecedor ou

prestador de serviços. E para tanto o Código de Defesa de Consumidor, em seu artigo 51 enumera em um rol exemplificativo as Cláusulas Abusivas.

Trata-se de um rol amplo, mas que nada impede que possam existir outras cláusulas abusivas que não estejam descritas no dispositivo.

O presente trabalho analisa afundo cada Cláusula Abusiva e sua principal consequência que é a sua nulidade absoluta.

PALAVRAS-CHAVE: Evolução Jurídica; Consumidor; Contrato; Cláusulas Abusivas; Fornecedor.

ABSTRACT

The present work analyzes the consumer's protection against abusive clauses, without before to pass for all the juridic evolution of the consumer's protection, its remounts to the Old Age, showing as the consumer previously to the entrance in vitality of the Consumer of Defense of Code was prejudicated and protected himself against producer's abuses.

The work will also show that it is undeniable fact that the consumption relationships developed a lot in the last times, tends in view that previously existed just simple changes of properties, small volumes of purchases and mercantile operations and it was arrived progressively to the great purchase operations and sale, leasings, imports etc., doing with that the relationships stopped being personal and direct.

With that incredible evolution of the consumption relationships, the properties for consumption passed to be produced in series, for a number every time larger of ready consumers to realized relationships of consumption without any protection warranty.

The consumer was unprotected in front of to the new current situations of the noisy development, needing a legal protection. It was verified the lack of money, and the consumer's vulnerability, factor very important for the appearance of the protection.

The consumer, starting from the moment in that it begins to celebrate consumption contracts, he saw himself a lot of times at the prejudiced end with abuses of services provider and suppliers.

With the entrance in vitality of the Consumer of Defense of Code, Law 8078/90, that it sought the search of the balance among the parts in a consumption relationship, the consumer started to celebrate contracts knowing that if it happened some abuse on the part of the supplier or services provider, he would have a Law that would aid him and he would not let to leave him prejudiced in a consumption recruiting.

The Consumer of Defense of Code behind from consumer's wide concepts and supplier, until the consumer's defense in judgement, dictated the consumer's basic rights, the principles orientates and he gives him, among other warranties, the contractual protection and inside of this contractual protection the protection against the called Abusive Clauses, the main theme of this work. The consumer needs a protection to celebrate contracts and to be protected against such clauses.

The protection of consumer economically weak in headquarters of recruitings great awake interest as to know if he can be harmed by abuses of a supplier or services provider. And for so much the Consumer of Defense of Code, in his article 51 enumerates in a list exemplify the Abusive Clauses.

It is a wide list, but that nothing prevents that can exist other abusive clauses that they are not described in the device.

The present work analyzes sink each Abusive Clause and its main consequence that is its absolute nullity.

KEY WORDS: Juridical Evolution; Consumer; Contract; Abusives Clauses; Supplying.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO BRASIL E NO MUNDO.....	14
2 A EVOLUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	16
3 O SURGIMENTO DA TUTELA DO CONSUMIDOR.....	19
4 O DIREITO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	20
5 ASPECTOS GERAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	22
5.1 O Código de Defesa do Consumidor.....	23
5.2 A Evolução das Relações de Consumo.....	25
5.3 Relações Protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor	25
5.4 Sujeitos da Relação de Consumo.....	26
5.4.1 O consumidor	26
5.4.2 O fornecedor	32
5.5 Direitos Básicos do Consumidor	34
5.5.1 Proteção da vida, saúde e segurança.....	37
5.5.2 Educação do consumidor.....	38
5.5.3 Informação sobre produtos e serviços.....	38
5.5.4 Publicidade enganosa e abusiva, práticas comerciais condenáveis.....	39
5.5.5 Cláusulas contratuais abusivas.....	39
5.5.6 Prevenção e reparação de danos individuais e coletivos e acesso à justiça.....	40
5.5.7 A inversão do ônus da prova.....	41
5.5.8 Participação dos consumidores na formulação de políticas que os afetem.....	41
5.5.9 Prestação de serviços públicos.....	42
5.6. Necessidade e Justificativa da Tutela ao Consumidor.....	42
5.7 Aplicação do Novo Código Civil às Relações Jurídicas de Consumo.....	43
6 DA PROTEÇÃO CONTRATUAL.....	48

6.1	Introdução.....	49
6.2	Definição de Contrato de Consumo.....	51
6.3	Limitações à Liberdade Contratual.....	52
6.4	O Contrato nas Relações de Consumo e os Princípios Básicos do Código de Defesa do Consumidor.....	53
6.5	Aplicação da Disciplina Contratual do Código de Defesa do Consumidor a outras Relações Jurídicas.....	56
6.6	Os Contratos de Adesão.....	56
6.7	Cláusulas Gerais dos Contratos.....	58
6.8	Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos anteriores.....	59
7	CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS E A PROTEÇÃO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	62
7.1	Conceito e Análise das Cláusulas Abusivas.....	65
7.2	Cláusulas Abusivas Acrescidas.....	79
7.3	Características Gerais das Cláusulas Abusivas.....	80
7.4	Nulidade das Cláusulas Abusivas.....	81
7.5	Autorização Excepcional para Modificação de Cláusulas.....	83
7.6	Proteção contra Cláusulas Abusivas.....	85
7.7	Cláusulas Abusivas nos Contratos de Adesão.....	86
7.8	Quadro Comparativo das Cláusulas Abusivas – Países do Mercosul.....	88
8	CONCLUSÃO.....	92
	BIBLIOGRAFIA.....	94

INTRODUÇÃO

A presente monografia, que é requisito para a conclusão do Curso de Direito, tem como tema “Cláusulas Abusivas nos Contratos e a Proteção pelo Código de Defesa do Consumidor”, tema este, que é um dos mais atuais do Direito.

Esta monografia analisou como a proteção do consumidor de um modo geral se desencadeou no mundo jurídico, mais ostensivamente frente às cláusulas abusivas, e como é hoje a proteção deste consumidor que tem um Código como instrumento necessário e eficaz para a sua proteção.

Como a relação de consumo é uma das atividades mais praticadas e generalizadas do mundo, incide na quase totalidade dos atos praticados pelos homens, homens estes, consumidores que têm uma garantia nas relações de consumo com um Código que os protege amplamente contra cláusulas abusivas.

O tema é de suma importância para mostrar que o Código de Defesa do Consumidor dá garantias ao consumidor de que não poderá ser prejudicado com cláusulas abusivas em contratos celebrados com o fornecedor ou prestador de serviços que são a parte mais forte nas relações de consumo.

A proteção do consumidor é um fenômeno totalmente desconhecido no século passado e em boa parte deste.

A entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor foi um grande marco para a proteção da parte mais fraca, vulnerável e hipossuficiente da relação de consumo, o consumidor, pois o mercado, por sua vez, não apresenta em si mesmo mecanismos suficientes para superar tal vulnerabilidade. Por isso, vê-se necessária a intervenção do Estado para reequilibrar a relação de consumo, protegendo o consumidor, limitando certas práticas comerciais.

O Código de Defesa do Consumidor define uma nova ordem de proteção dos direitos sociais, ao reforçar a questão da cidadania e reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

O presente trabalho também analisará a proteção do consumidor frente às cláusulas abusivas face à entrada em vigor do novo Código Civil em 11 de Janeiro de 2003,

mostrando o que aconteceu com a entrada em vigor do novo diploma civil, se existem conflitos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil.

Garantir os direitos do consumidor é hoje uma necessidade para o avanço do processo democrático, dos direitos humanos e da cidadania, e também para um justo desenvolvimento econômico e social do país.

É necessário que seja proporcionado ao consumidor a sua satisfação nas relações de consumo e uma qualidade de vida cada vez melhor, que é visada pelo Código de Defesa do Consumidor, quando por exemplo dispõe sobre direitos básicos, proteção contratual, proteção contra cláusulas abusivas, princípios norteadores etc.

1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO BRASIL E NO MUNDO

A proteção do consumidor, remonta à Idade Antiga. Registros históricos, que datam do século XVIII a.C. apontam para a existência de regras para tratar questões de cunho familiar e sucessório, além de patrimoniais, a exemplo dos Códigos de Hamurabi - Babilônia. Existem ainda anotações sobre decisões envolvendo direitos e obrigações de profissionais liberais, arquitetos etc, com penas tanto pecuniárias como, nos casos mais graves, com castigos corporais e até a morte. No século XIII a.C., o Código de Massu – Índia estabelecia sanções para os casos de adulterações em alimentos. Na Idade Média, século XV, na França, os mesmos casos eram tratados com castigos físicos aplicados aos falsificadores.(ARQUIVOS DO CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO DA FUNDAÇÃO PROCON, 2003)

No século XVII, o microscópio passou a ser um grande aliado dos consumidores no auxílio da análise da água, alimentos e adulterações, principalmente de especiarias. No final do século XIX, o movimento de defesa do consumidor, já sendo tratado com essa denominação, ganhou força nos Estados Unidos em virtude do avanço do capitalismo. Em 1891 por iniciativa de Josephine Lowel foi criada a “New York Consumers League”, atual “Consumers Union”, que ao adquirir uma identidade própria deu início efetivo ao movimento consumerista, que se espalharia ao longo do século XX para todo o mundo. Em março de 1962, o Presidente dos Estados Unidos, J. F. Kennedy, encaminhou mensagem ao Congresso Nacional Americano reconhecendo os direitos dos consumidores.

Na Malásia em 1965 foi criada a primeira organização de consumidores em países em desenvolvimento.

No Brasil, a legislação sempre contemplou dispositivos nas normas legais, codificadas ou esparsas, que mesmo de forma tímida acenavam para o que atualmente denominamos de proteção do consumidor. Pode-se citar o Código Comercial de 1840, que em seus artigos 629 e 632 estabeleceu direitos e obrigações dos passageiros de

embarcações.¹ No início, as relações de consumo protegidas por essas leis esparsas, muitas vezes não alcançavam a finalidade esperada.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 1245 também já estabelecia critérios de responsabilidade do fornecedor “...o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, previu em tempo o dono da obra.”

A década de 70 contemplou um marco no país quando em 1976 foi criado pelo Governo do Estado de São Paulo o primeiro órgão público de proteção ao consumidor que recebeu o nome de Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, mais conhecido como PROCON.

Os anos 80 foram marcados por profundas transformações políticas e pelos planos econômicos, com intensa participação popular nas questões envolvendo consumo.

No início dos anos 90 foi sancionada a Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, que também criou o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Segundo Jacyntho (2001) o grande desafio encontrado pelo direito vigente anteriormente à promulgação do Código de Defesa do Consumidor era conceder uma efetiva tutela preventiva e punitiva, que resguardasse os interesses do consumidor, parte considerada mais frágil na relação de consumo, caminho esse arduamente percorrido até a promulgação do referido Código.

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado com lastro nos termos do artigo 5º, inciso XXXII ; artigo 170, inciso V da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 48 de suas disposições transitórias. Venosa (2001, p.615) define a promulgação da Lei 8.078 como um “divisor de águas do direito brasileiro, pois há um direito anterior e um direito posterior à lei do consumidor no ordenamento brasileiro.” A defesa do consumidor é um dos ditames básicos da ordem econômica.

¹ “...Interrompendo-se a viagem depois de começada, por demora de conserto de navio, o passageiro pode tomar passagem em outro, pagando o preço correspondente à viagem feita. Se quiser esperar pelo conserto, o capitão não é obrigado ao seu sustento; salvo se o passageiro não encontrar outro navio em que comodamente se possa transportar, ou o preço da nova passagem exceder o da primeira, na proporção da viagem andada.” (art. 631 “in fine”).

2 A EVOLUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

É fato inegável que as relações de consumo evoluíram enormemente nos últimos tempos. “Das simples operações de trocas de mercadorias e das operações mercantis, chegou-se progressivamente às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamentos, importações etc, envolvendo grandes volumes e milhões de dólares.” (ALMEIDA, 2000, p. 2)

Há muito tempo, as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transformando-se em operações indiretas e impessoais.

Surgiram os grandes estabelecimentos comerciais e industriais, os hipermercados, os *shopping centers* etc.

Como era de se esperar, “essa modificação das relações de consumo culminou por influir na tomada de consciência de que o consumidor estava desprotegido e necessitava, portanto, de resposta legal protetiva.” (ALMEIDA, 2000, p. 2)

A proteção ao consumidor e a responsabilidade pelo produto tem suas raízes remotas na história do Direito, na qual já se falava da responsabilidade dos vendedores, arquitetos, artesãos, numa época em que o legislador inspirava-se na noção de justiça e ordem social. O percurso evolutivo da proteção do consumidor está ligado às mudanças tecnológicas e econômicas implantadas pela *Revolução Industrial*, e ao afirmar que o Código do Consumidor é o primeiro regramento do mercado de consumo no direito brasileiro, não está se afirmando que antes da sua promulgação não existiam leis que protegiam o consumidor.

Conforme assinala Bittar (1991, p. 18) lemos que:

Provavelmente com a Revolução Industrial e o advento da produção em massa, cuja conseqüência em nossos dias foi a implantação da “sociedade de consumo”, é que a necessidade de regulamentar a responsabilidade pelo produto de outra maneira, nova, surgiu. É que o consumo em massa de produtos redundava em problemas para amplas camadas do público – os consumidores – quiçá cunhando-se por isso a expressão “proteção ao consumidor” para distinguir a nova maneira de tratar o problema da responsabilidade pelo fato do produto. Essa tem sido associada à idéia do chamado Direito Social.

Ressalta também Bittar (1991) a evolução jurídica da proteção do consumidor dentro das mudanças tecnológicas e econômicas, no qual ocorre uma reestruturação nos mecanismos da distribuição, que na verdade nada mais é do que um impulso da evolução industrial.

As primeiras normas relacionadas à proteção da economia popular despontam com a Constituição de 1934. Posteriormente, no Decreto-lei nº 869 de 11 de novembro de 1938, a usura e o abuso do poder econômico aparecem como crimes contra a economia popular. A Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951, que trata de crimes contra a economia popular, estabelece no seu artigo 2º e incisos vários ilícitos, como por exemplo a fabricação de produtos que não tenham atendido determinações oficiais quanto a peso e composição, posteriormente colocados à venda. A Lei Delegada número 4 de 26 de setembro de 1962 também concedeu proteção ao consumidor, sendo certo que o referido texto concedia ao Poder Público a utilização de medidas buscando garantir a intervenção no âmbito econômico, objetivando assegurar a distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, como por exemplo, a fixação de preços e controle de abastecimento.

Ainda a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, dispôs sobre as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor, legitimando o Ministério Público estadual e federal, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e associações de classe, à propositura de ação de responsabilidade por danos causados aos consumidores.

A defesa do consumidor como princípio constitucional foi assegurada pela primeira vez na Constituição Espanhola de 1978.² A Constituição Espanhola que passou por revisão constitucional em 1982 e posteriormente em 1989, fez constar no seu texto constitucional, artigo 102 que “a proteção dos consumidores é um dos objetos da política comercial”.

No Brasil, a proteção ao consumidor foi assegurada como princípio constitucional por ocasião da Constituição Federal de 1988, onde o legislador constituinte elencou alguns dispositivos sobre esse tema, o qual será objeto de análise em outro capítulo deste trabalho.

² Constituição Espanhola, artigo 51: “1- Os Poderes Públicos garantirão a defesa dos consumidores e utentes e protegerão, por meio de processos eficazes, a sua segurança, a sua saúde e os seus legítimos interesses econômicos. 2- Os Poderes Públicos promoverão a informação e a educação dos consumidores e utentes, fomentarão as suas organizações, e ouvirão essas organizações nas questões que os possam afetar, nos termos a estabelecer pela lei. 3- No âmbito do disposto dos números anteriores, a lei regulará o comércio interior e o regime de autorização de produtos comerciais”.

Após a Constituição de 1988, o legislador ateu-se à preocupação de que o consumidor não poderia receber a adequada proteção, contando apenas com leis esparsas na maioria lacunosas e contraditórias. Nesse sentido, baseando-se no direito comparado, o legislador adotou a concepção de codificação, admitindo a necessidade da promulgação de um regramento geral que disciplinasse o mercado de consumo, daí surgiu o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

“O Código veio para regulamentar a relação de consumo, criando mecanismos para que se torne equilibrada, evitando a prevalência de um em detrimento do outro sujeito da relação de consumo.” (GRINOVER et al., 1999, p. 1012)

3 O SURGIMENTO DA TUTELA DO CONSUMIDOR

Era natural que a evolução das relações de consumo acabasse por refletir nas relações sociais, econômicas e jurídicas. Pode-se afirmar que isso decorreu diretamente das modificações havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando reação ao avanço rápido do fenômeno, que deixou o consumidor desprotegido face às novas situações decorrentes do desenvolvimento.

Na concepção de Sidou (1977, p. 5) lemos que:

O que deu dimensão enormíssima ao imperativo cogente de proteção ao consumidor, a ponto de impor-se como tema de segurança do Estado no mundo moderno, em razão dos atritos sociais que o problema pode gerar e ao Estado incumbe delir, foi o extraordinário desenvolvimento do comércio e a conseqüente ampliação da publicidade, do que igualmente resultou, isto sim, o fenômeno conhecido dos economistas do passado – a sociedade do consumo, ou o desfrute pelo simples desfrute, a aplicação da riqueza por mera sugestão consciente ou inconsciente.

Não obstante o que foi tratado acima, é importante esclarecer que o consenso internacional em relação à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, sua hipossuficiência e a identificação dos interesses difusos e coletivos representou fator importante para o surgimento da tutela, e além disso, o reconhecimento do consumidor estar desprotegido em termos educacionais, informativos, materiais e legislativos, determinou maior atenção para o problema e para o aparecimento de uma legislação protetiva tanto no Brasil como em vários países.

4 O DIREITO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal brasileira de 1988, trata em dois momentos dos princípios da tutela do consumidor em suas disposições. Primeiramente no título dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, no capítulo “direitos e deveres individuais e coletivos” no artigo 5º, inciso XXXII, e no capítulo sobre os fundamentos da ordem econômica, entre os quais insere o da defesa do consumidor em seu artigo 170, inciso V.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V- defesa do consumidor ;

Também o artigo 150, ao tratar das limitações do poder de tributar do Poder Público, nos níveis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seu § 5º estabelece taxativamente que “*a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços*”.

Ao tratar, por outro lado, da concessão ou permissão dos serviços públicos, segundo Filomeno (2001, p.26-27) impõe a Constituição Federal que a lei disponha expressamente, além obviamente do regime de concessão ou permissão, dos direitos dos usuários, leia-se por certo “consumidores-usuários”, dos mencionados serviços, prestados pelas empresas concessionárias ou permissionárias dos que caberiam, primordialmente, ou em forma de monopólio, ao Poder Público (inciso II do art.175 da Constituição Federal).

Art.150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 5º. A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

II- os direitos dos usuários;

E finalmente, ainda no bojo da Carta de 5 de Outubro de 1988, dizia seu artigo 48 do ato das Disposições Transitórias:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito do Estado de São Paulo, a Constituição promulgada em 1989 cuidou da matéria em dois dispositivos (artigos. 275 e 276).³

A constituição espanhola em 1978 foi a primeira a assegurar a defesa do consumidor, sendo seguida pela constituição portuguesa

Pela primeira vez na história jurídica do Brasil o consumidor recebeu tratamento constitucional, visto que até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a preocupação com o consumidor inexistia para as demais e anteriores constituições brasileiras.

A partir da Constituição Federal brasileira de 1988 o direito nacional não pôde mais deixar de considerar, na disciplina jurídica econômica, uma tutela ao consumidor.

Não resta a menor dúvida de que o texto constitucional, expressamente, reconheceu que o consumidor não pode ser protegido, pelo menos adequadamente com base apenas em um modelo privado ou em leis esparsas, muitas vezes contraditórias ou lacunosas.

“O constituinte, claramente adotou a concepção da codificação, nos passos da melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.” (GRINOVER et al., 2001, p. 8)

Pode-se afirmar que hoje, com a atual Carta Constitucional onde dá amplas garantias ao consumidor e com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor , o consumidor brasileiro está satisfatoriamente tutelado em termos legislativos.

³ “Art. 275. O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei. Parágrafo único. A lei definirá também os direitos básicos dos consumidores e os mecanismos de estímulo à auto-organização da defesa do consumidor, de assistência judiciária e policial especializada e de controle de qualidade dos serviços públicos. Art. 276. O Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, integrado por órgãos públicos das áreas de saúde, alimentação, abastecimento, assistência judiciária, crédito, habitação, segurança e educação, com atribuições de tutela e promoção dos consumidores de bens e serviços, terão como órgão consultivo e deliberativo o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, com atribuições e composição em lei.”

5 ASPECTOS GERAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor foi concebido como instrumento necessário à proteção dos interesses das pessoas enquanto consumidores, e sendo o consumo uma das atividades mais praticadas e generalizadas do mundo, o seu âmbito de aplicação torna-se inimaginável fazendo-se necessária a existência de uma lei regulando a relação de consumo. Por isso, hoje, a defesa e a proteção do consumidor é um dos temas mais amplos do direito, pois afeta e concerne a quase todos os setores do ordenamento.⁴

A análise do Código de Defesa do Consumidor revela que nos seus 119 artigos e inumeráveis parágrafos, incisos e alíneas, constitui o que a doutrina moderna convencionou chamar de *microssistema normativo* com uma extensão multidisciplinar, abrangente de vários ramos do Direito, tanto do Direito Privado como do Direito Público.

O consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano. É verdadeira a afirmação de que todos nós somos consumidores, independentemente da classe social e da faixa de renda, consumidores desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência, por motivos variados, que vão desde a necessidade de sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo.

O homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo, a sociedade de consumo caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing.

Conforme ensina Grinover et al. (2001, p. 6):

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o Direito não pode ficar alheio a tal problema.

⁴ Maria Antonieta Zanardo Donato (1993, p. 33) ensina que “a amplitude de sua aplicação faz com que sua proteção se estenda aos mais variados e amplos campos do direito. Assim, a defesa dos direitos dos consumidores a ser exercida através da tutela jurisdicional poderá vir a incidir em áreas antes exclusivas de direito penal, de direito administrativo, de direito civil etc.”

É de notar-se que o mercado não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar a vulnerabilidade do consumidor, nem mesmo tem capacidade para diminuir a diferença entre consumidor e fornecedor. Deste modo, vê-se imprescindível a intervenção do Estado, formulando as normas jurídicas de consumo, implementando-as, e dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

Na concepção de Grinover et al. (2001, p. 7) :

Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.

O mercado, como não apresenta em si mesmo mecanismos eficientes para superar a vulnerabilidade do consumidor, faz com que seja imprescindível a intervenção do Estado formulando as normas jurídicas de consumo, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação. E é tendo em vista tal vulnerabilidade que se funda o Código de Defesa do Consumidor.

5.1 O Código de Defesa do Consumidor

O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anunciava a promulgação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. O Código foi votado e tornou-se realidade em 11 de setembro de 1990 pela Lei 8078, depois de ter sofrido longos debates, várias emendas e vetos presidenciais ao total de 42 vetos, tendo por base o texto preparado pela Comissão de Juristas e debatido pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC).

Segundo Grinover et al. (2001) a Comissão de Juristas do CNDC prestou especial atenção às proposições e sugestões dos juristas brasileiros e estrangeiros reunidos no I Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em São Paulo. Tão logo foi divulgado o primeiro anteprojeto da comissão do CNDC, antes mesmo da sua revisão e publicação no Diário Oficial em 1989, alguns deputados apresentaram-no como Projetos. Primeiro o de número 1.149/88, do deputado Geraldo Alkmin Filho; depois, o de nº

1.330/88, da deputada Raquel Cândido, seguido pelo de nº1.449/88, do deputado José Yunes.

Em março de 1991, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, gerou-se grande expectativa na população que tornou-se confiante com a inovação legislativa, com um texto eficaz.

O Código de Defesa do Consumidor foi concebido como instrumento necessário à proteção dos interesses das pessoas enquanto consumidores, estando, a partir deste momento, a ordem jurídica efetivamente a reconhecê-los e elencá-los como uma categoria que é sempre sujeito de direitos e obrigações.

Conforme ensina Filomeno (2001) muito mais que um corpo de normas, é um elenco de princípios epistemológico e instrumental adequado à defesa do consumidor, e em última análise cuida-se de um verdadeiro exercício de cidadania, ou seja, a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que o habilita a ver reconhecida toda a gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas à sua disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção e defesa.

E é disso que se cuida, quando se fala no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, um verdadeiro microsistema jurídico, por conter: a) princípios peculiares (isto é, a vulnerabilidade do consumidor, de um lado, e a destinação final de produtos e serviços, de outro); b) por ser interdisciplinar (por relacionar-se com diversos ramos do direito); c) por ser multidisciplinar (por conter também em seu bojo normas de caráter variado, de cunho civil, processual civil, processual penal etc).

Além dos princípios referidos, a justificarem uma tutela especial, que se reveste de tríplice aspecto (isto é, administrativo, civil e penal), o código de Defesa do Consumidor não poderia deixar de prever os instrumentos para a implementação dessa tutela, como por exemplo, e a teor do que dispõe seu artigo 5º, ou seja: a) pela atuação de uma assistência jurídica, integral e gratuita, para os consumidores carentes; b) instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor; c) criação de Delegacias de Polícia Especializadas no atendimento de consumidores, vítimas de infrações penais de consumo; d) criação de Juizados Especiais e de Varas Especializadas para a solução de conflitos; e) concessão de estímulos à criação e ao desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor vem a ser uma lei especial que regulamente relações de consumo, tanto que, se surgir lei posterior setorizada, não pode alterar os princípios gerais por ele criado. Exemplo: não pode uma lei que eventualmente regule o serviço aéreo prever responsabilidade subjetiva para casos de acidente aéreos de consumo, afrontando a responsabilidade objetiva.

Segundo Filomeno (2001) cuida-se de uma lei de ordem pública e de interesse social, que equivale a dizer que seus preceitos são inderrogáveis pelos interessados em dada relação de consumo.

O Código ditou por definição os destinatários principais, isto é, fornecedores e consumidores que tem seus conceitos expressos no conteúdo da Lei.

5.2 A Evolução das Relações de Consumo

Como bem ensina Almeida (1993) é fato inegável que as relações de consumo evoluíram enormemente nos últimos tempos, visto que, das operações simples de trocas de mercadorias e das incipientes operações mercantis chegou-se progressivamente às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento, leasing etc envolvendo grandes volumes e milhões de dólares.

As relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transformando-se em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série para um número cada vez maior de consumidores.

Deste modo, como já era de se esperar essa modificação das relações de consumo culminou por influir na tomada de consciência de que o consumidor estava desprotegido e necessitava do que hoje é o Código de Defesa do Consumidor.

5.3 Relações Protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor protege todas as relações jurídicas de consumo, isto é, as relações que tenham como sujeitos, o fornecedor (CDC, artigo 3º

caput) e o consumidor (CDC, artigos 2º, 17 e 29) e por objeto o produto (CDC, artigo 3º §1º) ou serviço (CDC, artigo 3º §2º):

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Art. 3º (...)

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Art. 3º (...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor em relação a contratos, tem uma limitação, aplicando-se somente aos contratos onde está presente um consumidor ante um fornecedor de produtos ou serviços.

5.4 Sujeitos da Relação de Consumo

5.4.1 O consumidor

Segundo Bittar (1990), consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza bens ou serviços como destinatário final. Isso é o elo final da cadeia produtiva, destinando-se o bem ou o serviço à utilização pessoal. Mas equipara-se a consumidor, para efeitos legais, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que se encontre sujeita ou propensa a intervir nas relações de consumo, também serão consumidores, as pessoas jurídicas, sempre que destinatários finais do produto ou do serviço.

Comparato (1980, p. 80) conceitua consumidores como “aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes.”

Filomeno (2001) analisa o consumidor sob o ponto de vista psicológico e sociológico:

a) do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Nesse aspecto, pois, perscruta-se das circunstâncias subjetivas que levam determinado indivíduo ou grupo de indivíduos a ter preferência por este ou aquele tipo de produto ou serviço, preocupando-se com tal aspecto certamente a ciência do marketing e da publicidade, assumindo especial interesse quando se tratam sobretudo dos devastadores efeitos dessa, se enganosa ou tendenciosa, diante das modernas e sofisticadas técnicas do mencionado marketing e merchandising;

b) já do ponto de vista sociológico é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou utiliza-se de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social. Eis aí o elo de ligação entre o chamado “movimento trabalhista ou obreiro” ou ainda “sindicalista” e o “movimento consumerista”, vez que, por razões evidentes, a noção de melhor qualidade de vida pressupõe certamente o próprio poder aquisitivo para dar vazão ao desejo de consumir produtos e contratar serviços, em maior escala, e igualmente de melhor qualidade.

Nas considerações de ordem literária e filosófica, continua Filomeno (2001), dizendo que o vocábulo consumidor é saturado de valores ideológicos mais evidentes. E com efeito, o termo é quase sempre associado à denominada “sociedade de consumo” ou “consumismo”, ou ao próprio “consumerismo”. Nesses casos, o chamado *homem consumidor* torna-se o protótipo do indivíduo-autômato, condenado a viver numa sociedade opressora, voltada exclusivamente para a produção e distribuição de todos os valores com que lhe acena a sociedade produtora-consumerista, eis que fundada a implacável e mecânica aquisição pelo consenso posto, de molde a até criar, muitas das vezes, necessidades artificiais.

Abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica ou sociológica, concentrando-se apenas na acepção jurídica, “consumidor vem a ser qualquer pessoa física

que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens ou serviços.” (FILOMENO, 2001, p. 34)

Marques (1998, p.140-141) traz em sua obra um conceito de consumidor *stricto sensu* dizendo que:

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.

Segundo Marques (1998) o legislador brasileiro parece ter, preferido, em princípio, uma definição mais objetiva de consumidor. O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor afirma expressamente que consumidor é “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. Convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Necessário que se faça uma interpretação da expressão destinatário final do artigo 2º de maneira restrita.

“Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física.” (MARQUES, 1998, p. 142)

Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final *econômico* do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, segundo Marques (1998) não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois a finalidade do Código de Defesa do Consumidor é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

O Código de Defesa do Consumidor utiliza-se de uma técnica multiplicadora do seu campo de aplicação, qual seja, a de dividir os indivíduos entre consumidores (art. 2º, caput) e pessoas equiparadas a consumidor.

Uma linha que é utilizada pela jurisprudência para atingir a ampliação do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor se faz através da interpretação dada pelo artigo 29⁵ do Código. Na concepção de Marques (2002, p. 290) lemos que:

A jurisprudência valorizou a técnica do próprio CDC de instituir “consumidores-equiparados” ao lado dos consumidores *stricto sensu* e passou a exercer um controle de cláusulas abusivas em contratos de adesão que estariam inicialmente fora do campo de aplicação do CDC, como o contrato entre dois profissionais; assim como a valorar práticas comerciais abusivas entre dois fornecedores ou dois grupos de empresários, práticas que possuiriam reflexos apenas mediatos no que se refere à proteção dos consumidores *stricto sensu*.

Esta extensão do campo de aplicação do Código de Defesa do consumidor, parte da observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem vir a ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. “Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade.” (MARQUES, 2002, p. 290)

Desde modo, segundo Marques (2002, p. 290) mesmo que não preencha as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante do fornecedor e a posição de vulnerabilidade⁶ destas pessoas equiparadas a consumidor, sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei.⁷

Mesmo não sendo destinatário final do produto ou serviço, pode o agente econômico ou profissional liberal vir a ser beneficiado das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor enquanto consumidor-equiparado.

O parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor é uma norma de extensão, e além disso é a norma mais geral, tem caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código:

⁵ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

⁶ Cláudia Lima Marques defende o ponto de vista de que a pessoa jurídica ou o profissional não se beneficia da presunção de vulnerabilidade, mas pode prová-la, sempre que destinatário final-econômico do produto ou serviço.

⁷ Neste sentido a decisão do TJRS, que em caso de *franchising* entre dois comerciantes, decide: “Contrato de adesão - Desequilíbrio entre as partes - Prevalência do foro da obrigação. Não é por se cuidar de relação de consumo, que não é, que se afasta sedizente eleição de foro, em contrato de *franchise*, senão porque demonstra satisfatoriamente, a vulnerabilidade de um dos figurantes, evidenciando-se o desequilíbrio entre as partes do negócio, permitindo a aplicação do artigo 29 do CDC, verdadeiro canal de oxigenação do ordenamento jurídico comum” (AI 59703102, j. 29.04.1997, Des. Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, na Revista de Jurisprudência do TJRS, v. 184, p. 184 e ss.)

Art. 2º (...)

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Deste modo, apesar de não se caracterizar como consumidor *stricto sensu*, a criança, filha do adquirente a qual ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto é consumidor-equiparado e se beneficia de todas as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis ao caso.

Distingue-se nesse ponto, uma das maiores inovações contidas no Código de Defesa do Consumidor: a coletividade, que equiparada ao consumidor, encontra-se apta a receber a tutela protetivista, quer enquanto agrupamento de pessoas determinadas ou enquanto coletividade composta por pessoas indeterminadas.

Além desses conceitos que condicionam a tutela protetivista à intervenção do consumidor na relação jurídica de consumo, outros dois conceitos, mais ampliativos e genéricos em seu escopo de abrangência estão contidos no Código do Consumidor.

O conceito de consumidor se amplia ainda mais diante do disposto no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor que equipara o consumidor a todas as vítimas do acidente de consumo. E ainda no artigo 29 do mesmo diploma, que trata da regulamentação “das práticas comerciais”. Esse é, sem sombra de dúvida, a maior marca do elastério contido na qualificação jurídica do consumidor. Por esse conceito, equipara-se o consumidor a todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas naquele capítulo e no subsequente. Diante dessa disposição legal, a mera exposição a uma determinada prática comercial eleva a pessoa ou pessoas à posição de consumidor:

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

O artigo 29 trata de “uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são expostas a toda e qualquer prática comercial.” (NUNES, 1997, p. 89)

Diante de todos os conceitos acima citados é notável na maioria da doutrina que o que deve ser levado em conta para o conceito de consumidor é a pessoa ser ou não o destinatário final do produto.⁸

Donato (1993) afirma que se for feita uma comparação do conceito que hoje é adotado pelo Código de Defesa do Consumidor no *caput* do artigo 2º, e o conceito que é fornecido pela ciência econômica, notar-se-á que de certo modo, a legislação recém promulgada veio a incorporar o conceito econômico de consumidor (consumidor destinatário final), transportando-o para o Direito.

Nota-se, deste modo, a estreita ligação que existe entre o conceito legal e o conceito econômico, pois o consumidor também é naquele considerado a pessoa que obtém bens de produção como destinatário final para a satisfação de suas próprias necessidades, e não com o objetivo de fazer circular o bem produzido. É o consumidor o estágio final do processo produtivo, é em suma, o destinatário da produção, destinatário final do produto.

Pode-se afirmar que consumidores todos nós somos, a partir do momento em que adquirimos um produto ou um serviço, para o nosso próprio uso e fruição.

O conceito de consumidor, assim como os demais conceitos previstos nas leis, são de extrema importância, são necessários para a fixação dos limites da própria tutela a ser conferida ao consumidor pelo Direito, como p. ex., no Direito do Trabalho, pela CLT, que define em seu artigo 2º o conceito de empregado, e em seu artigo 3º o de empregador.

Vê-se quão importante é a definição de consumidor para essa fixação dos limites da tutela a ser conferida pelo Direito, e assim ensina Benjamin:

É a definição de consumidor que estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado, e por esta via, os limites da aplicabilidade do Direito especial. Conceituar consumidor, em resumo, é analisar o sujeito da relação jurídica de consumo tutelada pelo Direito do Consumidor. (BENJAMIN 1994 apud DONATO 1993, p. 67)

O legislador foi muito bem sucedido unindo o conceito legal de consumidor ao conceito econômico, porque se admitirmos que o direito do consumidor foi concebido, buscando o regramento das relações de consumo existentes entre o consumidor e o

⁸ Para uma definição, elaboração de um conceito jurídico para consumidor, há grandes dificuldades dos juristas e estudiosos do direito. Cláudia Lima Marques (2002, p. 304) afirma que é grande a dúvida no mercado, e dentre os operadores do direito, sobre quem é o consumidor (*stricto sensu* e equiparado).

produtor, não poderíamos admiti-lo dissonante ao sistema econômico, vez que, em última análise, a sua concepção, enquanto ordenamento jurídico, é voltada para as relações jurídicas ocorridas e decorrentes daquele sistema, ainda que com isso haja que se percorrer com muitas incertezas e dificuldades a distância que existe entre ambas as ciências.

Na concepção de Donato (1993, p. 47) lemos que:

O conceito jurídico de consumidor aparece como sendo um conceito intangível, se pretender abarcar simultaneamente toda a sua amplitude e extensão, e reduzir a sua magnitude a um mero conceito de poucas e simples palavras, isto seria uma tarefa praticamente impossível, com mínimas chances de êxito.

5.4.2 O fornecedor

Ao contrário do que ocorre com o conceito de consumidor, o conceito de fornecedor não é debatido com tanta frequência pela doutrina, talvez devido ao vasto campo de atividades econômicas e da amplitude a área de prestação de serviços.

Como ensina Almeida (2002, p.41):

Talvez seja mais cômodo definir por exclusão, ou seja, dizer quem não pode ser considerado fornecedor. Em princípio portanto só estariam excluídos do conceito de fornecedor aqueles que exerçam ou pratiquem transações típicas de direito privado e sem caráter de profissão ou atividade, como a compra e venda e venda de imóvel entre pessoas físicas particulares, por acerto direto e sem qualquer influência de publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor define fornecedor de bens ou serviços, em seu artigo 3º, como *“toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”* Sendo que como serviço o § 2º do artigo 3º entende também as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas apenas as de caráter trabalhista. Definiu também o legislador, no §1º do artigo 3º, para evitar interpretações contraditórias, produto como sendo *“qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”*.

Para Marques (1998) a definição é novamente ampla. Quanto ao fornecimento de produtos o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos.

Essas características para Marques (1998) vão excluir da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais. Exclusão esta correta, pois o Código ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores.

Em relação ao fornecimento de serviços, a definição do artigo 3º foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta, menciona apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços.

Segundo Almeida (2000) praticamente, a definição legal esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo. Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda espalhados por todo o território.

Nesse ponto, vê-se que a definição de fornecedor se distancia da de consumidor, porque enquanto este há de ser o destinatário final de bens ou serviços, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando , que faça disso, sua profissão ou atividade principal.

Fornecedor é então, tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor como aquele que o faz para o intermediário ou comerciante, porquanto o produtor originário também deve ser responsabilizado pelo produto que lança no mercado de consumo (art. 18 CDC).⁹

Importante ressaltar que o conceito de fornecedor engloba também as atividades de montagem, ou seja, a empresa que compra peças isoladamente produzidas para a montagem do produto final (p.ex., automóveis), as de criação, construção, transformação (de matéria-prima em produto acabado), bem como as de importação, exportação e distribuição (p. ex., do atacadista para os pequenos varejistas).

⁹ Importa esclarecer que no pólo passivo dessa relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis pelo ressarcimento dos vícios de qualidade ou quantidade eventualmente apurados no fornecimento de produtos ou prestação de serviços.

A definição do que seja fornecedor, aliada à explicitação do entendimento dos termos “produto” e “serviço” facilita a aplicação da lei, pois elimina, na medida do possível dúvidas que poderiam pairar sobre o correto entendimento do conteúdo de cada termo. Tal medida define bem o alcance da tutela do consumidor, pois permite a clara identificação de quem está abrangido por ela e, por exclusão, quem a ela não se submete.

5.5 Direitos Básicos do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em razão do sistema adotado, no artigo 6º elenca vários direitos ao consumidor, direitos básicos, que podem desdobrar-se em materiais e instrumentais, que serão estudados detalhadamente linhas abaixo. Os materiais voltados à proteção de componentes de sua estrutura jurídico-patrimonial, e os instrumentais dirigidos, quando necessária, à obtenção da satisfação efetiva desses direitos administrativa e juridicamente.

Não obstante os direitos básicos do consumidor que estão elencados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, ressalva o Código outros decorrentes de tratados ou de convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação ordinária interna, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como os que derivem de princípios gerais de direito, da analogia, dos costumes e da equidade (art.7º do CDC)¹⁰.

O direito básico não consiste em desonerar o consumidor da prestação por meio de resolução, mas o de modificar cláusula que estabelece prestação desproporcional, mantendo-se íntegro o contrato que está em execução, ou obter revisão contratual se sobrevierem fatos que torne as prestações excessivamente onerosas ao consumidor.

É de notar-se que o legislador preocupou-se em proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o que detêm mais informação como se verá na análise do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰ Art. 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Segundo Cas (1980 apud FILOMENO 2001, p. 59), nos países que permaneceram fiéis à uma economia fundada na livre iniciativa, a organização das relações econômicas estabelecidas pelo Estado responde às necessidades de uma sociedade que não aboliu as regras jurídicas tradicionais. Na Espanha por exemplo, os textos de inspiração dirigente da economia do Estado, regendo o consumo, coexistem como o Código Civil, nascido da filosofia ultraliberal do século XVIII, onde figura ainda em lugar destacado o princípio da liberdade contratual plena e absoluta, tendo como parâmetro a plena autonomia da vontade individual.

A Organização das Nações Unidas promulgou em 10 de Abril de 1985 a Resolução nº39/248 que também se refere àqueles direitos fundamentais dos consumidores, direitos esses universais e indisponíveis.

Como princípios gerais, diz o item 2 da Resolução ONU nº39/248 que *“os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor, considerando as normas abaixo discriminadas”*, acrescentando ainda que ao fazê-lo, *“cada governo deve determinar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população, verificando os custos e benefícios das medidas propostas”*.

No item 3 da Resolução nº39/248 encontra-se a síntese das normas de proteção a que alude o item nº2, que são:

“3 - As normas servirão para atingir as seguintes necessidades:

- a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança;
- b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores;
- c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais;
- d) educar o consumidor;
- e) criar possibilidade de real ressarcimento ao consumidor;
- f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a ela referentes.”

Tais direitos fundamentais ou básicos, aliás, já haviam sido propostos pelo presidente John Kennedy, em célebre declaração feita em 15 de março de 1962, sendo nesta data, por sinal, que se comemora o Dia Internacional do Consumidor.

Segundo Luz (1999), ao tratar do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, o legislador proclamou, de forma solene e de modo a não deixar qualquer dúvida, os direitos que considerava básicos, como a advertir que falhando a tutela deles resultaria frustrada e transformada apenas em boa intenção, seu propósito protetivo. Continua o doutrinador dizendo que talvez se deva isso à forma reiterativa como tratou a matéria, pois, primeiro elencou os direitos a resguardar, um conjunto nuclear, depois foi cuidar do regramento específico, preventivo de um lado, instituindo um código de posturas e atribuindo responsabilidades, e repressivo de outro lado, aplicando sanções administrativas e cominações penais.

Observa-se que há certa simetria entre os direitos enumerados pelo organismo internacional (ONU, Resolução 39/248) e os direitos assegurados pelo legislador pátrio no artigo 6º, I a X do Código de Defesa do Consumidor, que será analisado a seguir.

Como explica Almeida (2000) são simétricos, por exemplo, os incisos I, II, III, VI e VII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor; configuram ampliação os incisos IV,V,VIII e X; foi vetado o inciso IX, que assegurava o direito a ser ouvido, e não contemplado na nova legislação o direito a um meio ambiente saudável. Inobstante esses reparos, é positiva a enumeração de tais direitos, uma vez que a lei é dirigida aos operadores do direito em geral, mas deve ser acessível, também e principalmente às partes envolvidas, o fornecedor e o consumidor, não necessariamente versadas no estudo das leis.

Assim, no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, são arrolados os seguintes direitos básicos:

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

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;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

5.5.1 Proteção da vida, saúde e segurança

O Código de Defesa do Consumidor contém normas que garantem a proteção à saúde e segurança dos consumidores, garantindo que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores (artigo 8º), ao mesmo tempo que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pela reparação dos danos causados (artigo 12).

Não há dúvidas quanto à necessidade do consumidor ter garantias quanto a sua saúde, segurança e vida, pois “se há o direito de consumir produtos seguros e eficientes, há o dever do Estado de outorgar a proteção correspondente.” (ALMEIDA, 2000, p. 48)

Segundo Grinover et al. (2001) este inciso diz que os consumidores, e os terceiros não envolvidos na relação de consumo têm incontestável direito de não serem expostos a perigos que atinjam sua incolumidade física, perigos estes representados por práticas condenáveis no fornecimento de produtos e prestação de serviços.

O Código de Defesa do Consumidor, em decorrência do direito à segurança, e saúde, elenca normas que exigem, por exemplo, a devida informação sobre os riscos que produtos e serviços que estão à disposição do consumidor venham a causar a este, informações estas que devem ser apresentadas de maneira clara e evidente, ou não colocando no mercado produtos que causarem riscos além do que normalmente se espera deles (artigos 8º a 10 do Código de Defesa do Consumidor).

Os fornecedores têm também o dever de retirarem do mercado produtos e serviços que venham a apresentar riscos à incolumidade dos consumidores ou terceiros, alheios à relação de consumo, e comunicar às autoridades competentes a respeito desses riscos.

Há ainda o direito a uma indenização cabal por prejuízos decorrentes de tal fato do próprio produto, isto é, responsabilização essa que decorre da simples colocação no mercado de produtos ou prestação de serviços perigosos.

5.5.2 Educação do consumidor

A educação que é tratada pelo Código de Defesa do Consumidor no inciso II do artigo 6º deve ser vista sob dois aspectos como ensina Grinover et al. (2001, p. 124):

1 - Educação formal, a ser dada nos diversos cursos desde o primeiro grau de escolas públicas ou privadas, aproveitando-se as disciplinas afins;

2 - Educação informal, de responsabilidade desde logo dos próprios fornecedores quando, já mediante a ciência do marketing, procurando bem informar o consumidor sobre as características dos produtos e serviços colocados no mercado e sobre aqueles que serão colocados no mercado à disposição dos consumidores.

Objetiva-se com isso, dotar o consumidor de conhecimentos acerca da fruição adequada de bens e serviços, de tal sorte que possa ele, sozinho, optar e decidir, exercendo o direito de liberdade de escolha entre os vários produtos e serviços que são colocados à sua disposição.

5.5.3 Informação sobre os produtos e serviços

Busca o legislador neste no inciso III do artigo 6º reforçar a idéia de que o consumidor deve ser muito bem informado sobre todas as características do produto ou serviço que vai adquirir ou contratar, sabendo de forma clara e precisa o que poderá esperar de tais produtos. O consumidor deve ser informado sobre especificações corretas de quantidade, composição, qualidade, preço, bem como sobre os riscos do produto ou serviço.

5.5.4 Publicidade enganosa e abusiva, práticas comerciais condenáveis

A oferta como sendo um dos aspectos mais relevantes do mercado de consumo, tem caráter vinculativo, isto é, tudo que se diga a respeito de determinado produto ou serviço deverá corresponder exatamente à expectativa despertada nos consumidores.

Esta publicidade, tratada especificamente como espécie de oferta, é tratada em seção autônoma no Código de Defesa do Consumidor, definindo-se a modalidade enganosa e a abusiva, suscetíveis de conseqüências bastante severas para o fornecedor.

Tal direito decorre das disposições do próprio Código de Defesa do Consumidor, que de forma exaustiva e taxativa reprime as cláusulas abusivas e exageradas e a publicidade enganosa (artigos 30, 42, 54, 61, 67 e 68).

5.5.5 Cláusulas contratuais abusivas

Essa proteção advém da necessidade de se proteger o consumidor frente aos contratos, mais especificamente os contratos de adesão, que são reproduzidos aos milhões, como no caso das obrigações bancárias por exemplo, e que podem surpreender o consumidor com cláusulas iníquas e abusivas. Deve-se então, dar-se ao consumidor ênfase na questão da informação prévia sobre o conteúdo de tais cláusulas, fulminando-se, de nulidade, cláusulas que sejam abusivas.

Não obstante a proteção que o consumidor deve ter em relação à informação que deve ser dada pelo fornecedor (artigo 46), prevê-se também, de forma clara, que o consumidor tem o direito a uma interpretação mais favorável a ele, na hipótese de cláusula obscura ou com vários sentidos (artigo 47).

Trata ainda o Código de Defesa do Consumidor dos pré-contratos, que passam a vincular as vontades (artigo 48), afastando-se a questão suscitada pelos tribunais, por exemplo, no caos de compromissos de compra e venda de imóveis inscritos ou não inscritos, para fins de outorga compulsória da escritura definitiva.

Questão importante e que deve ser observada é a descrita no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor que trata da possibilidade do consumidor desistir de certa compra

feita em locais que não os de vendas ou prestação de serviços, mas em seu domicílio ou em seu local de trabalho. Neste caso, o consumidor poderá desistir do negócio no prazo de 7 (sete) dias. Essa proteção visa obstar a chamada “venda sob pressão”, no qual o consumidor é constrangido a comprar devido a grande insistência dos vendedores que praticamente empurram o produto dentro das casas, e assim o consumidor que foi praticamente obrigado a ficar com o produto, acaba por adquirir um produto sem qualidade pois mal teve tempo de discutir as qualidades do produto ou se precisava ou não do mesmo.

5.5.6 Prevenção e reparação de danos individuais e coletivos e acesso à justiça

Ao consumidor é dada a oportunidade de fazer valer seus interesses, sobretudo de natureza coletiva, e mediante a ação de órgãos e entidades com legitimidade processual para tanto, sem prejuízo dos pedidos de cunho nitidamente individuais.

Quando se fala em *prevenção* de danos “fala-se certamente, em primeiro lugar, nas atitudes que as próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços devem ter para que não venham a ocorrer danos ao consumidor ou a terceiros”. (GRINOVER et al., 2001, p. 127)

Nesse ponto deve-se dar destaque ao procedimento no qual o próprio fabricante de produtos de consumo duráveis convoca os seus consumidores a comparecerem normalmente às agências concessionárias para trocarem peças com defeito. Tal procedimento recebe o nome de *recall*.

No que diz respeito à reparação, o Código se prontifica a dotar o consumidor de instrumentos processuais para que haja prevenção de danos, bem como a reparação.

Além de iniciativas individuais, merecem destaque as ações coletivas, de modo geral, que visam à tutela dos chamados “interesses difusos” dos consumidores, “interesses coletivos” propriamente ditos e “interesses homogêneos de origem comum”, conforme disposto no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Aos mais necessitados é garantida a assistência pelas “defensorias públicas”.

5.5.7 A inversão do ônus da prova

Com a incidência da inversão do ônus da prova, aliada à chamada “culpa objetiva”, não há a necessidade de ser provada a culpa ou o dolo, deste modo, a simples colocação do produto no mercado um produto ou serviço em más condições, que acarrete ou possa acarretar danos ao consumidor, já enseja indenização, ou procedimento cautelar, tudo isso independentemente de se saber de quem foi a negligência ou imperícia, por exemplo.

Evidente que não será em qualquer caso que tal se dará, pois dependerá, a critério do juiz, da verossimilhança da alegação da vítima, sua hipossuficiência e segundo as regras ordinárias de experiência, como por exemplo num caso de acidente que se deu não por imprudência do motorista ou por um buraco na pista, fatores tais que eventualmente também poderiam ter causado a quebra da roda, é evidente que se pressupõe desde logo que aquilo se deu pela má qualidade de sua fundição, cabendo ao fabricante da própria roda, ou então do montador do veículo, provar que não colocou o veículo no mercado, ou então que a culpa foi de terceiro, e assim por diante.

5.5.8 Participação dos consumidores na formulação de políticas que os afetem

Tal dispositivo (inciso IX do artigo 6º) foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que o dispositivo contraria o princípio da democracia representativa (cf. *DOU*, 12 set. 1990, Seção I, Supl. Ao n.176, p.9). O veto menciona:

O dispositivo contraria o princípio da democracia representativa ao assegurar, de forma ampla, o direito de participação na formulação das políticas que afetam diretamente o consumidor; o exercício do poder pelo povo faz-se por intermédio de representantes legitimamente eleitos, excetuadas as situações previstas expressamente na Constituição (CF, artigo 14, I); acentua-se que o próprio exercício da iniciativa popular no processo legislativo está submetido a condições estritas (CF, artigo 61, §2º).

“O autor do mencionado veto sequer se deu ao trabalho de analisar o todo, e, o que é pior, a resolução da ONU de onde referido direito foi tirado quase que literalmente.” (GRINOVER et al., 2001, p. 132)

Ao contrário do que diz o veto, se pretendeu com o dispositivo conferir às organizações de consumidores a prerrogativa, ou simples iniciativa do processo legislativo, dar oportunidade àquelas organizações se serem ouvidas, sempre que estiverem em discussão projetos de lei que digam respeito aos direitos dos consumidores.

5.5.9 Prestação de serviços públicos

Dentro do raciocínio de que o Estado também pode ser fornecedor, e prestador de serviço público, e que tais serviços prestados pelas entidades oficiais, permissionárias ou concessionárias também devem ser eficientes e seguros, foi oportuna a inclusão desse item no rol dos direitos básicos do consumidor. Deste modo, recomenda-se ao Estado que preste os serviços, fazendo-os de forma adequada e eficaz.

O Poder Público, enquanto produtor de bens ou prestador de serviços, remunerados não mediante a atividade tributária, mas por tarifas ou preço público, se sujeitará às normas ora estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, conforme o disposto no artigo 22.

5.6 Necessidade e Justificativa da Tutela ao Consumidor

A primeira justificativa da tutela do consumidor, está assentada no reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações de consumo.¹¹

O mercado não apresenta mecanismos eficientes para superar a vulnerabilidade do consumidor, nem mesmo para mitigá-la. Logo imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo, formulando normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

¹¹ João Batista de Almeida (2000, p. 22) ensina que “trata-se da espinha dorsal do movimento, sua inspiração central, base de toda a sua filosofia, pois, se, a *contrario sensu*, admite-se que o consumidor está consciente de seus direitos e deveres, informado e educado para o consumo, atuando de igual para igual em relação ao fornecedor, então a tutela não se justificaria.”

A primeira justificativa para o surgimento da tutela do consumidor está assentada no reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações contratuais. Essa relação de hipossuficiência pode ocorrer por desinformação, quando por exemplo consome medicamentos sugestionados pelos meios de comunicação ou influenciado por orientação desqualificada.¹²

A vulnerabilidade do consumidor tem diversas causas, deste modo, não pode o direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado.

Segundo Grinover et al. (2001) não se busca uma tutela “manca” do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica, e é com os olhos postos nesta vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. Portanto, toda e qualquer tutela ao consumidor tem a mesma *ratio*, ou seja, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, proibindo ou limitando certas práticas de mercado.

5.7 Aplicação do Novo Código Civil às Relações Jurídicas de Consumo

Importante que se fale sobre a entrada em vigor do Novo Código Civil, para se saber sobre a sua aplicabilidade nas relações de consumo.

A entrada em vigor do Novo Código Civil, aprovado pela Lei 10.406 de Janeiro de 2002 nos leva ao questionamento de se os princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor foram revogados ou modificados.

O Novo Código Civil que entrou em vigor em 2003, introduz os mesmos princípios do Código de Defesa do Consumidor (função social dos contratos,¹³ boa-fé objetiva¹⁴ etc) no sistema do direito privado geral e unifica o direito comercial e civil no que se refere às obrigações.

¹² Cumpre ser reprimida a conhecida prática de atendentes de farmácia de forçar o consumo de medicamentos, ou seja, vendê-los sem prescrição médica, indicando, por conhecimento empírico, aqueles que entendem adequados, com isso favorecendo a automedicação e gerando polpidos lucros para seus patrões.

¹³ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹⁴ Assim o texto aprovado: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Segundo Marques (2002), do mesmo modo que o Código Civil de 1916 serviu de base para dar conceitos e ser base normativa, definindo o que é ato jurídico, nulidade, solidariedade, obrigação, dever, pessoa jurídica etc, o novo Código Civil também exercerá este mesmo papel com a diferença de que agora ambos os textos utilizam a mesma terminologia e possuem a mesma visão renovada da teoria contratual, permitindo a intervenção do Estado no conteúdo dos contratos, a visão de totalidade da obrigação, os deveres de boa-fé e a função social do contrato.

Tramitando desde a década de 70 e aprovado sem modificações substanciais, o novo Código Civil traz a teoria intervencionista da década de 1970 e 1980. Na concepção de Marques (2002, p. 553) lemos que:

[...] será uma melhor base conceitual para o microsistema de tutela do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor. Usando uma figura de linguagem, podemos dizer que o Código de Defesa do Consumidor é como “um andar de cobertura”, com facilidades especiais, suíte, sala de televisão, churrasqueira e piscina, andar construído especialmente para os consumidores, mas sobre a base do edifício conceitual geral, isto é, do Código Civil (os outros edifícios do Direito Civil). Ao contrário do Código de Defesa do Consumidor que trazia normas processuais (e que, por isso, teve aplicação imediata no que se referia aos privilégios de foro e ações coletivas), o novo Código Civil regula materialmente os contratos apenas para o futuro. Em outras palavras, a prevalecer a tese do STF da não retroatividade mínima das novas leis materiais, o Código de Defesa do Consumidor acompanhará os contratos de longa duração assinados até a entrada em vigor do Código Civil de 2002. O novo Código Civil aplica-se somente a contratos assinados após sua entrada em vigor.

Aliás, é o que efetivamente dispõe o novo Código Civil em seu artigo 2035:

“Art. 2035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

“Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Questão muito importante é quanto aos contratos novos, se de consumo, pois o aplicador da lei poderá ter dúvidas se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor ou o Código Civil de 2002.

Como antes estabelecido, não há oposição recíproca de princípios entre estes dois diplomas legais, mas pode haver oposição de normas e eventuais derrogações.

Eventual revogação do Código de Defesa do Consumidor não ocorrerá, pois a lei geral preserva as leis especiais.

O novo Código Civil nada menciona sobre “consumidores”, expressão contida na Constituição Federal de 1988 (art. 170, V), e não mencionada nos inúmeros dispositivos do novo Código Civil. Deste modo, pode-se chegar à conclusão de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica a norma do art. 2043¹⁵ do Código Civil de 2002.

Segundo Marques (2002), pode-se concluir que o Código de Defesa do Consumidor e o tema de defesa do consumidor não foram “incorporados” ao Código Civil de 2002, pois é considerado por esse diploma como um tema a ser regulado por lei “especial”, como expressamente prevê a Constituição Federal, art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

As prestações de serviço de consumo continuam reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em virtude principalmente da Constituição Federal de 1988, conclui-se que “os revisores do novo Código Civil não tiveram a pretensão de incorporar o CDC ou qualquer norma de proteção específica do consumidor ao CCB/ 2002. A proteção assegurada é geral, respeitando a lei especial de tutela dos direitos dos consumidores.” (MARQUES, 2002, p. 556)

O próprio Relator, Deputado Ricardo Fiuza (BRASIL. Câmara dos Deputados, 2000, p. 29) conclui que ambas as leis conviverão e que o novo Código Civil expande para todo o direito privado tendências presentes no próprio Código de Defesa do Consumidor, afirmando que:

[...] no que tange à disciplina dos contratos, o projeto acompanha a tendência já assente tanto na jurisprudência como no Código de Defesa do Consumidor de restringir os efeitos do contrato de adesão, considerando nulas as cláusulas em que o aderente antecipadamente renuncia a direitos resultantes da natureza do negócio, bem como determinando que as cláusulas ambíguas ou contraditórias sejam interpretadas em seu favor.¹⁶

¹⁵ “Art. 2043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código”.

¹⁶ Veja Câmara dos Deputados, Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiuza, Código Civil, Brasília, 2000, p. 29.

Venosa (2003) em brilhante artigo jurídico ensina que:

O novo Código Civil não suprime ou derroga qualquer dos princípios do estatuto do consumidor. Lembre-se, ademais, que a lei do consumidor consagra um microssistema, dentro de um compartimento que a doutrina denomina de direito social, a meio caminho entre o direito público e o direito privado. Desse modo, ainda que se admita que algum princípio do novo Código Civil conflite com o Código de Defesa do Consumidor, este último prevalecerá. Assim ocorre com os microssistemas em geral, como, por exemplo, na Lei do Inquilinato. A verdade é, porém, que os princípios do novo Código Civil se harmonizam com a lei consumerista. O novo estatuto civil busca um novo direito social e como tal, uma função social do contrato, em oposição aos princípios patrimonialista e individualista do Código Civil de 1916.

O artigo 423 do Código Civil descreve que “*quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-ão adotar a interpretação mais favorável ao aderente*”. É evidente que esse dispositivo é direcionado ao consumidor, que é o aderente nas relações de consumo.

Embora o novo Código Civil não se refira expressamente ao Código de Defesa do Consumidor, não haverá arestas de difícil transposição quanto à aplicação da lei do consumidor perante o novo Código Civil.

Apesar de o microssistema do Código de Defesa do Consumidor constituir o principal diploma legal para regular as relações jurídicas de Direito das Relações de Consumo, nada impede que o Código Civil, naquilo que não conflite com o sistema do Código do Consumidor, regule também as relações de consumo, principalmente no que toca aos temas atinentes à Teoria Geral do Direito Privado.

Diversas relações jurídicas não foram tratadas pelo Código Civil e estão reguladas por leis especiais, como é o caso das relações de consumo, que são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, as relações jurídicas de consumo, isto é, aquelas realizadas entre o consumidor (artigos 2º caput, 2º par. único, 17 e 29 do CDC) e fornecedor (artigo 3º caput do CDC), que tenham por objeto o produto (artigo 3º§1º do CDC) ou serviço (artigo 3º §2º do CDC), não são reguladas pelo Código Civil, mas sim pelo Código de Defesa do Consumidor. O Código Civil se aplicará a essas relações apenas subsidiariamente, desde

que a norma do Código Civil que se pretende aplicar à relação de consumo seja compatível com o microsistema jurídico e legal do Código de Defesa do Consumidor.¹⁷

Resumindo, a entrada em vigor do novo Código Civil não interferirá na proteção do consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor, e sim, as normas deste último diploma legal serão aplicadas de forma prevalente e somente às relações de consumo, entre profissionais e leigos. As normas do Código Civil de 2002 apenas dão base ao Código de Defesa do Consumidor, e serão aplicadas subsidiariamente, ou se mais benéficas, aos contratos de consumo. As normas do Código Civil de 2002 aplicam-se prioritariamente se contratos intercivis (contratos entre dois consumidores) e interempresariais (contratos entre duas pessoas jurídicas ou entre dois empresários).

¹⁷ Para Cláudia Lima Marques o novo Código Civil servirá de base conceitual para o Código de Defesa do Consumidor e pode ser usado, quando mais favorável ao consumidor do que a lei especial.

6 DA PROTEÇÃO CONTRATUAL

O disposto no artigo 46¹⁸ do Código de Defesa do Consumidor, consagrou uma das mais salutares medidas, pois os bancos, as financeiras, e outras que operam financiando bens de consumo duráveis ou qualquer outro, fazem um contrato com letras microscópicas, para que ninguém leia, ou entregam contrato com cláusulas em branco, fazendo o mutuário assinar e, ao depois, preencherem-nas a seu talante.

Segundo Zenun (1999), no artigo 47, “*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”, o Código de Defesa do Consumidor faz uma repetição do que qualquer manual de Direito das Obrigações, ou tão só dos Contratos, ensina, de modo que está correto ao mencionar, que na dúvida, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, o que é louvável, mas os contratos são feitos de tal forma que só são favoráveis ao mutuante, ao credor etc.

Além destes dispositivos acima mencionados, outros dispositivos do Código de Defesa do Consumidor dão a proteção contratual, a exemplo dos artigos 48, 49 e 50:

Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

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

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

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

¹⁸ “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

6.1 Introdução

Segundo Almeida (1993), nos últimos tempos, a produção em massa aliada à comercialização em grande escala geraram a standardização dos contratos para a colocação dos produtos e serviços no mercado de consumo.

Surgiram os contratos de adesão e paralelamente a esse fato, notou-se nessa nova modalidade contratual (adesão), a hipertrofia da vontade do fornecedor, que estipulava previamente as cláusulas e condições e praticamente as impunha ao consumidor-aderente. Tais cláusulas, que trataremos adiante, na verdade, não resultavam de acordo de vontade das partes, mas de verdadeira imposição de uma das partes, o dispoente. Também não objetivavam proteger os interesses das partes, mas sobretudo dar maior garantia possível ao fornecedor, em regra integrante de grandes complexos industriais e comerciais. Em suma, a superioridade econômica conduziu à superioridade contratual.

O desequilíbrio nas relações contratuais trouxe como conseqüência os abusos e lesões patrimoniais de toda ordem aos consumidores, que não encontravam resposta adequada no sistema até então vigente, mormente em razão da aplicação rigorosa do *Pacta Sunt Servanda*¹⁹, da falta de tratamento legislativo acerca da modificação e da revisão das cláusulas contratuais desproporcionais ou excessivamente onerosas, da falta de tipificação e sancionamento das cláusulas chamadas abusivas, da ausência de garantia legal e da não regulamentação da garantia nos contratos, dentre outros motivos.

Em uma primeira resposta a isso, a doutrina e jurisprudência dispuseram-se a engendrar meios de proteção contratual ao consumidor, tendo como objetivo primordial evitar a validade de cláusulas abusivas nos contratos ou pelo menos amenizar os efeitos das mesmas.

¹⁹ *Os contratos existem para ser cumpridos.* Este brocardo é a tradução do latim *Pacta sunt servanda*, segundo o qual os contratos uma vez celebrados livremente, incorporam-se ao ordenamento jurídico passando a vigorar como se fossem verdadeiras normas jurídicas. É o *Princípio da Força Obrigatória*, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes. No Estado Liberal prevalecia a autonomia da vontade, o acordo entre as partes, se impunha e uma vez firmado o compromisso deveria ser integralmente cumprido mesmo que resultasse em injustiça. A autonomia da vontade até então intocável nos ordenamentos jurídicos começou a ser questionada e limitada pela intervenção do Estado na vida econômica, reduzindo-se, então, o chamado Estado Liberal. A obrigatoriedade, que antes era absoluta, passou a submeter-se e a respeitar a lei e outros princípios entre os quais o princípio da boa-fé, da legalidade, da igualdade. Assim, podemos afirmar que o *Pacta Sunt Servanda* deve ser entendido como sendo o princípio segundo o qual as partes são obrigadas pelo contrato, desde que sejam respeitados os limites fixados pela lei.

Conforme pondera Bittar (1990, p. 60), “foi somente com a constatação de desequilíbrio contratual que se pôde chegar a um regime eficaz de defesa do consumidor”.

No Brasil, esse sistema próprio veio com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, por meio do qual foi outorgado amplo sistema de proteção na área contratual, coibindo abusos e criando mecanismos poderosos de prevenção e repressão contra fraudes.

Objeto de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor.

Na concepção de GRINOVER et al. (2001, p. 442) vemos que :

As relações jurídicas privadas em geral (civis ou comerciais) continuam a ser regidas pelos Códigos Civil, Código Comercial e legislação extravagante e evidentemente, as leis civis e comerciais são aplicáveis às relações jurídicas de consumo, para integração de lacuna por situação não prevista pelo Código, naquilo que não contrariar o sistema de defesa do consumidor regulado pelo CDC.

O Código de Defesa do Consumidor rompe com a tradição do Direito Privado, cujas bases estão assentadas no liberalismo que reinava na época das grandes codificações européias do século XIX para relativizar o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, alterando a regra milenar expressa pelo brocardo *pacta sunt servanda*, e enfatizar o princípio da conservação do contrato (art. 6º, nº V); instituir a boa-fé como princípio basilar informador das relações de consumo (art. 4º, caput e nº III; art. 51, nº IV); impor ao fornecedor o dever de prestar declaração de vontade (contrato), se tiver veiculado oferta, apresentação ou publicidade (art.30); estabelecer a execução específica da oferta como regra (art.35,nºI, e 84, §1º), apenas para dar alguns dos mais significativos exemplos da inovação e modificação das regras privatísticas até então vigentes para as relações de consumo, normas essas revisitadas pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor.

Para Grinover et al (2001), isso ocorre porque as regras tradicionais do Direito Privado, fundadas na dogmática liberal do século XIX, não mais atendem às necessidades das relações jurídicas de hoje, notadamente em se tratando de negócios jurídicos de massa, realizados sob a forma de contratos padronizados e de adesão. O excesso de liberalismo, manifestado pela preeminência do dogma da vontade sobre tudo, cede às exigências da ordem pública, econômica, e social, que deve prevalecer sobre o individualismo,

funcionando como fatores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade.

6.2 Definição de Contrato de Consumo

Contrato de consumo é aquele no qual uma das partes é o consumidor conforme o artigo 2º do CDC “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”, e a outra parte fornecedor conforme o artigo 3º do CDC²⁰. Em razão da natureza dessa relação entre consumidor e fornecedor, a caracterização de apenas uma das partes como consumidor ou fornecedor, sem a correspondente e inversa caracterização da outra parte, importa na configuração de um contrato estranho à relação de consumo, isto é, será um contrato de natureza civil, administrativa etc, e deste modo não será submetido em princípio às regras do Código de Defesa do Consumidor.

“Denomina-se contrato de consumo todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços”.(CALAIS-AULOY 1991 apud MARQUES, 1998, p.139)

Para Marques (1998) essa terminologia tem como mérito englobar a todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em um dos pólos da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes. Tal desequilíbrio teria reflexos no conteúdo do contrato, daí nascendo a necessidade do direito regular estas relações contratuais de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, harmonizando as forças do contrato através de uma regulamentação especial.

A caracterização do contrato de consumo dependerá dos sujeitos que formam a relação contratual. Há contratos que pela forma não podem ser considerados como contratos de consumo, pois se encontram necessariamente inseridos em relações interempresariais como os contratos de *franchising*, *factoring*, licença de uso de marca etc. Há contratos que pela forma são necessariamente civis como a constituição de

²⁰ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

sociedade civil, associação etc. Tais contratos, comerciais e civis, não se referem a relações de consumo e assim, não serão submetidos à legislação do consumidor.

Portanto, para se identificar quais são os contratos submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor é necessário ter uma visão clara do campo de aplicação desta lei, tanto em razão da pessoa, definindo quem será considerado consumidor e quem são fornecedores de bens e serviços, quanto em razão da matéria, incluindo ou excluindo contratos especiais, como os de trabalho, contratos administrativos, ou as técnicas especiais de contratação, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.

6.3 Limitações à Liberdade Contratual

O princípio da igualdade de todos perante a lei justificou, no início, a abstenção do Estado no momento da formação do contrato. Em nome desse princípio, pressupunha-se que as partes haviam discutido previamente os termos e as condições do contrato, chegando, ao final, a um denominador comum, arcando cada qual com os efeitos jurídicos decorrentes. A idéia da igualdade das partes conduziu, a seu turno, no campo contratual, ao princípio da autonomia da vontade, traduzido na liberdade de contratar, direito de realizar ou não determinado contrato, segundo entendia como o direito de definir o conteúdo do contrato, pactuando livremente suas cláusulas e condições.

No entanto, segundo Almeida (1993, p. 100), a autonomia da vontade, que de início se pensou absoluta e irrestrita, na verdade mostrou-se relativa, diante da constatação de que a liberdade contratual é relativa por sua própria natureza e encontra limites nas normas de ordem pública e nos bons costumes.

A ocorrência de abusos, no entanto, conduziu à modificação da noção de contrato no direito contemporâneo.

A intervenção estatal fez-se presente nessa área, procurando compensar o desequilíbrio existente entre as partes contratantes, a dizer, entre o fornecedor, economicamente melhor preparado, e o consumidor, mais fraco econômica e socialmente, no intuito de superar a inferioridade deste último com uma superioridade jurídica. A principal maneira que se mostrou a intervenção estatal é o dirigismo contratual, que vem a ser a imposição de limitações à liberdade contratual, pelo Estado, com o objetivo de

proteger o consumidor hipossuficiente, mediante a promulgação de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de contratos, limitando sensivelmente a autonomia da vontade.

Segundo Marques (1998), o declínio da liberdade contratual é um fato na moderna sociedade de consumo. A aceitação de uma liberdade contratual limitada vai ter reflexos na teoria do Direito. Assim, na nova noção da oferta, reforça-se o caráter vinculante da oferta, em nome da segurança das relações contratuais e da proteção da confiança, mas, e principalmente, passam a integrar a oferta todas as informações (mesmo publicitárias), que possam fazer nascer expectativas ilegítimas quanto á qualidade, à quantidade do produto ou quanto ao tipo de obrigações assumidas se aceita a oferta.

Pode-se afirmar que o fornecedor não possui autonomia absoluta no ato de contratar, não podendo preceituar livremente as condições e cláusulas de um contrato como quiser, pois deverá pautar-se pelo regramento do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor que trata das cláusulas abusivas. Desde que não infrinja o disposto neste artigo, nem as normas de ordem pública e os bons costumes, estará garantida a autonomia da vontade.

6.4 O Contrato nas Relações de Consumo e os Princípios Básicos do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, preocupado com a livre formação da vontade do consumidor e para prevenir eventuais prejuízos decorrentes da contratação, instituiu regras para o contrato nas relações de consumo. Além das normas gerais (artigos 46 a 50), tipificou e sancionou as cláusulas abusivas no artigo 51, dispôs sobre o crédito, financiamento, compra e venda, alienação fiduciária e consórcio (arts. 52 e 53), bem como conceituou contratos de adesão e disciplinou seu regramento e controle (art. 53, c/c o art. 51, § 4º).

O contrato nas relações de consumo, conforme ensina Almeida (1993, p.102-103) contém algumas regras que lhe são aplicáveis, são elas:

a) Na fase que antecede a contratação, o fornecedor é obrigado a dar conhecimento prévio do conteúdo do contrato ao consumidor. E deve redigi-lo de modo a facilitar a compreensão de seu sentido e alcance por aquele. Descumpridos esses deveres, haverá

incidência da não-obrigatoriedade, ou seja, os contratos “não obrigarão os consumidores”, que a eles não estarão vinculados nem poderão ser compelidos ao seu cumprimento (art.46);

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

b) Não apenas o contrato definitivo vincula o fornecedor. Também as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos possuem tal efeito e ensejam execução específica (art.48);

Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

c) O princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*) sofreu sensível abrandamento com a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art.6º, V), o que já era amplamente admitido pela doutrina, no âmbito civil;

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

O Código acolheu, na via legislativa, a teoria da imprevisão, construída e sustentada pela doutrina, ao incluir, como direito do consumidor, a revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art.6º, V). A onerosidade excessiva dificulta extremamente o adimplemento do contrato, justificando-se, desse modo a revisão.

É de se lembrar também que o Código acolheu na matéria o princípio da boa-fé, a ser observado tanto na fase pré-contratual, como nas fases de conclusão e execução. Nota-se aí o rigor que disciplina a proteção do consumidor em relação aos contratos e a preocupação com fraudes e abusos.

Além dos princípios gerais, que abrangem toda a matéria positivada, o Código de Defesa do Consumidor também estabeleceu **princípios básicos** aplicáveis especificamente

na área de contratos: **o princípio da transparência, o princípio da boa-fé, e o princípio da equidade:**

a) Princípio da transparência: nos contratos é essencial que as partes atuem com sinceridade, seriedade e veracidade, tanto na fase inicial como na fase de contratação propriamente dita. O princípio da transparência significa informação correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo;

b) Princípio da boa-fé: o Código de Defesa do Consumidor no *caput* do artigo 4º além de mencionar a transparência, menciona a necessária harmonia das relações de consumo. Exige-se que os agentes da relação de consumo, fornecedor e consumidor, estejam predispostos a atuar com honestidade e firmeza de propósito, sem expedientes para causar prejuízos à outra parte. A boa-fé, ao lado da equidade, conduz à paz social e à harmonia entre as partes contratantes, permitindo que o mercado flua com regularidade e sem percalços. O princípio da boa-fé em matéria contratual reflete na tutela civil do consumidor, protegendo-o da publicidade enganosa e das práticas comerciais, quando ainda não contratou, além de permitir o arrependimento (art.49), mesmo depois de efetivada a contratação.

Segundo Marques (1998) o princípio da boa-fé, é o princípio máximo e orientador do Código de Defesa do Consumidor e o princípio da transparência não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais;²¹

c) Princípio da equidade: significa que deve haver entre as partes contratantes, equilíbrio entre direitos e deveres, como objetivo de alcançar a justiça contratual. Por esse motivo são proibidas as cláusulas abusivas, que podem proporcionar vantagens para apenas uma das partes, o fornecedor. Por isso também existe a possibilidade de modificação das cláusulas e a revisão dos contratos por onerosidade excessiva superveniente (art.6º,VI). Por esse motivo as cláusulas contratuais são interpretadas em favor do consumidor (art.47).

²¹ Sobre o princípio da boa-fé como orientador de toda a atividade dos parceiros de uma obrigação, veja SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. **Obrigação como processo**. São Paulo: J Bushatsky, 1976.

6.5 Aplicação da Disciplina Contratual do Código de Defesa do Consumidor a outras Relações Jurídicas

Muitos dos preceitos que agora estão positivados pelo Código de Defesa do Consumidor eram encontrados no ordenamento jurídico, sob a forma de princípios gerais de direito, a exemplo, a cláusula geral de boa-fé, o princípio da boa-fé, o princípio da interpretação mais favorável ao aderente etc.

O Código de Defesa do Consumidor veio a consolidar muitas das teses já sufragadas pela nossa doutrina e jurisprudência. De outro lado, as regras gerais sobre contratos de consumo estatuídas no Código de Defesa do Consumidor são de sobredireito, aplicáveis portanto, a todos os ramos do Direito Privado, ainda que não se trate de relação de consumo em sentido estrito, conforme explica Grinover et al. (2001).

Deste modo, a teoria geral dos contratos criada pelo capítulo da proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor, deve ser aplicada a toda e qualquer relação jurídica de Direito Privado, seja civil, comercial ou de consumo.

6.6 Os Contratos de Adesão

Com o grande crescimento da sociedade de consumo, que teve início marcante no início deste século, surgiu a necessidade de contratação em massa, por meio de formulários com cláusulas preestabelecidas de sorte a agilizar o comércio jurídico. Neste contexto não há mais lugar para as tratativas contratuais onde as partes podiam discutir os tópicos do contrato que seria formado por elas.

Como ensina Zenun (1999, p.90):

O contrato de adesão é uma espécie de contrato em que as cláusulas que vão o compor são, por antecipação, estabelecidas por uma das partes, a qual se designa proponente, numa proposta, que será aceita ou não pela outra parte, sem direito a qualquer discussão, aceitando-os ou não e, no primeiro caso, aderindo a proposta feita, e isso serve tanto para produtos como para prestação de serviços.

A definição desse tipo contratual é feita pela forma de contratação e não pelo objeto da relação negocial.

O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores desejarem contratar com a empresa para adquirirem bens ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.

O próprio Código de Defesa do Consumidor fez uma opção nessa matéria e definiu o que é contrato de adesão em seu artigo 54, “caput” :

Art. 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.

O Código de Defesa do Consumidor é a primeira lei brasileira que regula o contrato de adesão, definindo-o, fornecendo seu regime jurídico e o método para a sua interpretação. O Novo Código Civil trata timidamente do contrato de adesão, mencionando-o em apenas dois momentos, nos artigos 423 e 424.

O artigo 423 diz que, *“quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”*, artigo este que acolheu a jurisprudência brasileira quando ainda era projeto. O artigo 424 reza que, *“nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”*.

O contrato de adesão não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, “mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do mesmo, exigência das economias de escala.” (GRINOVER et al., 2001, p. 459)

O elemento essencial do contrato de adesão é a ausência de uma fase pré-negocial, a falta de um debate prévio das cláusulas que fazem parte do contrato, a sua predisposição unilateral, restando ao outro contratante a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor

manifesta-se pela simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens e serviços.

O fenômeno dos contratos de adesão é cada vez mais comum na experiência contemporânea, produzindo-se em múltiplos domínios como, por exemplo, o dos seguros, o dos planos de saúde, o das operações bancárias, o da venda e aluguel de bens etc.

O Poder Público utiliza-se de contratos de adesão nas suas relações diretas com os consumidores de seus serviços e, na maioria das vezes, predispõe as cláusulas dos contratos que serão oferecidos pelos concessionários aos consumidores.

6.7 Cláusulas Gerais dos Contratos

A implementação da contratação em massa, por intermédio do contrato de adesão, é levada a efeito por meio das cláusulas gerais dos contratos²², reguladas pela primeira vez, de modo harmônico e sistemático, no Direito Positivo brasileiro pelo Código de Defesa do consumidor, por intermédio da enumeração das cláusulas abusivas e da sistemática dos contratos de adesão.

“Estas cláusulas vêm sendo utilizadas entre nós muitas das vezes em contratos bancários, de seguros, de planos de saúde etc., mas são praticamente ignoradas pelos nossos doutrinadores do Direito Civil e Comercial.” (GRINOVER et al., 2001, p. 461)

Segundo Grinover et al. (2001) essas cláusulas gerais têm atributos do pré-estabelecimento, unilateralidade da estipulação, uniformidade, rigidez e abstração. São estipulações feitas por um dos futuros contratantes, denominados predisponente ou estipulante (unilateralidade), antes, portanto, do início das tratativas contratuais (pré-estabelecimento), que servirão para reger os negócios do estipulante relativos àquela área negocial (uniformidade), sendo que o intento do predisponente é no sentido de que o futuro aderente aceite todos os termos das cláusulas sem discutir seu conteúdo e alcance das

²² Das cláusulas gerais dos contratos, se distinguem as cláusulas gerais de contratação e os contratos de adesão. Aquelas são o conjunto de regras ou normas (regulamento interno, estatutos etc) disciplinadas unilateralmente pelos fornecedores a fim de que sejam realizados os contratos e operações comerciais, industriais ou de prestação de serviços desses fornecedores, tendo como destinatário principal o funcionário da empresa ou do órgão público. Os contratos de adesão são a concretização das cláusulas contratuais gerais, que enquanto não aceitas pelo aderente são abstratas e estáticas, e portanto, não configuram ainda como contrato. As cláusulas gerais de contratação tornar-se-ão contrato de adesão se e quando forem aceitas pelo aderente.

mesmas (rigidez), e, ainda, que essa forma de contratação possa atingir indistintamente o contratante que quiser aderir às cláusulas gerais (abstração), vale dizer, que possa haver circulação em massa desses formulários onde estão contidas as cláusulas gerais para que as contratações se dêem em massa, atingindo assim, grande número de contratantes.

Os contratos de adesão são a concretização das cláusulas contratuais gerais, que enquanto não aceitas pelo aderente são abstratas e estáticas, não configurando ainda como contrato, deste modo, se ainda não aceitas pelo consumidor nada valem.

O texto do Código de Defesa do Consumidor aprovado pelo Congresso Nacional falava em cláusulas contratuais gerais (art. 51, §3º) e em cláusulas gerais dos contratos (art. 54, §5º), preferindo a denominação cláusulas à palavra condições. Entretanto, ambos os parágrafos que mencionavam esse importante instituto foram vetados pelo Presidente da República. Essas cláusulas existem e continuarão existindo, a despeito do veto, de modo que continua válido o exame da doutrina que sobre elas existe, porque inevitável lhes seja dado tratamento jurídico compatível com o sistema instaurado pelo Código de Defesa do Consumidor. O veto apenas pretendeu que o controle administrativo dessas cláusulas feito pelo Ministério Público não tivesse “caráter geral”, como constava do §3º do artigo 51.

6.8 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos anteriores

A defesa dos direitos do consumidor foi tutelada constitucionalmente em 1988.

Os negócios jurídicos celebrados a partir de 11 de março de 1991 foram submetidos ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor. Foi estabelecido então, grande polêmica em torno da aplicabilidade ou não das normas da Lei 8078 de 11 de Setembro de 1990, que são normas de ordem pública como esclarece o artigo 1º, aos contratos firmados em período anterior à sua vigência, isto é, de execução continuada ou diferida.

Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

“O tema é um dos mais polêmicos e interessantes do novo direito do consumidor e, mesmo da teoria geral do direito brasileiro: aplicação ou não das normas do Código de Defesa do Consumidor a contratos assinados antes da entrada em vigor da nova lei”. (MARQUES, 1998, p. 254) .

Continua Marques (1998), dizendo que existem três pontos principais que alimentam a polêmica sobre a matéria: a) o sistema brasileiro de garantias constitucionais quanto ao respeito ao ato jurídico e aos direitos adquiridos; b) a importância renovada da teoria, de origem no direito comparado, da aplicação imediata das normas de ordem pública econômica; c) o fato de na Constituição de 1988 as garantias constitucionais também incluírem a proteção dos interesses dos consumidores pelo Estado.

Galdino (2001), ao discorrer sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos a termo ou de trato sucessivo, diz ser conveniente analisar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e o princípio da irretroatividade, amparados pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVI.

O ato jurídico perfeito é toda manifestação lícita de vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, e está definido pela Lei de Introdução ao Código Civil no artigo 6º, §1º como o ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. O direito adquirido é toda vantagem jurídica, líquida, certa, lícita, concreta, que a pessoa obtém na forma da lei vigente e que se incorpora definitivamente e sem contestação ao patrimônio de seu titular, não lhe podendo ser subtraída para vontade alheia, inclusive dos entes estatais e seus órgãos. Acerca da irretroatividade, a jurisprudência é divergente quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor. Há decisões entendendo que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor por prevalecerem as normas de ordem pública e social (artigo 1º) sobre o direito adquirido, enquanto há outras decisões em sentido contrário, aplicando o código somente aos contratos celebrados depois de 11.03.1991.

A segurança jurídica é um valor tão importante que conquistou hierarquia constitucional. A regra do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal reproduz a tradicional garantia constitucional de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

A irretroatividade da lei é a regra do direito pátrio, e a retroatividade é a exceção devendo, a sua interpretação e aplicação serem restritas.

Nos contratos de trato sucessivo, que envolvam uma relação de consumo na sua execução, há necessidade de resguardar o equilíbrio que presidiu os interesses dos contratantes ao consentirem. Nesse caso, “os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor retroagem para proteger este contra as cláusulas iníquas e invalidar ato negocial em que se manifesta a unilateralidade de uma das partes, com exercício abusivo de direito.” (GALDINO, 2001, p. 66)

A irretroatividade da lei, aponta de modo direto para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor apenas em favor de consumidores que tiverem contratos concluídos a partir da entrada em vigor da Lei 8078 em 11 de março de 1991, excluindo-se assim os contratos celebrados anteriormente ao advento da nova lei.

Em se tratando de contratos de duração em que as obrigações assumidas pelos contratantes não podem ser executadas em uma oportunidade única, essa equação direta de superação do conflito constitucional em referência não é a melhor solução para as hipóteses, por exemplo, de contratos de assistência médica, seguro, depósito bancário etc. que podem ser celebrados antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e terem efeitos projetados muitos anos após a celebração.

Em relação aos contratos de duração com prazo indeterminado, a legislação consumerista deve ser aplicada aos fatos jurídicos verificados após 11 de março de 1991. Como exemplo pode-se citar um contrato de serviços de assistência médica, celebrado em novembro de 1989 com prazo de dois anos, as cláusulas incompatíveis com a disciplina legal introduzida em março de 1991 permaneceriam intactas até o fim daquele prazo em novembro de 1991. No caso de ocorrer renovação de tal contrato, perdem validade as cláusulas incompatíveis com a disciplina introduzida em março de 1991. Se o contrato tivesse sido firmado sem prazo, as cláusulas incompatíveis com o Código de Defesa do Consumidor perdem validade já a partir de 11 de março de 1991, não devendo ser observadas quanto aos eventos ocorridos a partir de então. Aplica-se, portanto, o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de consumo de duração anteriores à sua vigência quando celebrados sem prazo certo ou a partir da renovação do prazo determinado.

7 CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS E A PROTEÇÃO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor não definiu o instituto das cláusulas abusivas em seu artigo 51 e incisos, apenas enunciou hipóteses de cláusulas abusivas em um elenco meramente exemplificativo, atendendo aos reclamos da doutrina, posto que a expressão “entre outras” do *caput* do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor evidencia o critério da lei de mencionar em *numerus apertus* os casos de cláusulas abusivas²³ nos contratos de consumo. São elas:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

²³ Podemos tomar a expressão “cláusulas abusivas” como sinônima de cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas ou ainda cláusulas excessivas.

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado, a qualquer consumidor ou entidade que o represente, requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código, ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

O critério do Código de Defesa do Consumidor para a enumeração das cláusulas abusivas em seu artigo 51, segundo Grinover et al. (2001) foi informado pela experiência tirada tanto da jurisprudência brasileira dos últimos anos, especialmente quanto aos contratos de adesão, quanto dos casos mais frequentes que passaram pelos PROCONs e pelo Ministério Público, e também pela influência do Direito Alemão.

Com um elenco meramente exemplificativo o Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor contra cláusulas abusivas em contratos firmados com o fornecedor ou prestador de serviços.

Importante ressaltar que o artigo 51 não exaure o rol das cláusulas contratuais abusivas, visto ser o rol exemplificativo. Os artigos 52, §§ 1º e 2º, e 53 do Código de Defesa do Consumidor contemplam quatro novas cláusulas abusivas.

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Art. 53. 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 benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

“A intervenção estatal fez com que o contrato passasse a ser dirigido no seu conteúdo, por meio de leis que impõem ou proíbem certas condutas.” (ALMEIDA, 2000, p. 140)

Segundo Almeida (2000), nessa perspectiva é que o regime codificado elencou as cláusulas contratuais abusivas, hauridas da experiência estrangeira, da jurisprudência nacional e do cotidiano dos órgãos de defesa do consumidor, dentre aquelas mais costumeiramente usadas para lesar o consumidor.

Já para Grinover et al. (2001), as cláusulas abusivas não se restringem aos contratos de adesão, mas a todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, pois o desequilíbrio contratual, com a supremacia do fornecedor sobre o consumidor pode ocorrer em qualquer tipo de contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual. Daí a razão de as cláusulas abusivas estarem tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor em seção diversa do regulamento do contrato de adesão, significando terem abrangência para além dessa forma de contratação em massa.

“A lista do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se tanto para contratos de adesão como para contratos negociados e prevê sempre a nulidade absoluta das cláusulas que nele se subsumirem.” (MARQUES, 2002, p. 779)

Para alguns doutrinadores a cláusula abusiva tem como fonte inspiradora o abuso de direito. Na concepção de Fonseca (1993, p.127), lemos que:

[...] uma cláusula contratual poderá ser tida como abusiva quando se constitui um abuso de direito (o predisponente das cláusulas contratuais, num contrato de adesão, tem o direito de redigi-las previamente; mas comete abuso se, ao redigi-las, o faz de forma a causar dano ao aderente). Também será considerada abusiva se fere a boa-fé objetiva, pois, segundo a expectativa geral, de todas e quaisquer pessoas, há que haver equivalência em todas as trocas. Presumir-se-á também abusiva a cláusula contratual quando ocorrer afronta aos bons costumes, ou quando ela se desviar do fim social ou econômico que lhe fixa o direito. A aferição dessas condições não se faz, contudo, através da indagação da real intenção das partes interveniente no contrato.

Para outros doutrinadores a cláusula abusiva não tem como fonte inspiradora o abuso de direito, “as cláusulas abusivas não podem ser entendidas como abuso de direito, mas sim cláusulas excessivas, muito onerosas, que comportam uma vantagem

indiscriminada em favor de um contratante em detrimento do outro”. (DONATO, 1993, p. 239)

Indiscutivelmente, as cláusulas abusivas sempre existiram, ainda que lhes fossem atribuídas outros nomes, como por exemplo cláusulas leoninas, vexatórias, exorbitantes etc. Tais cláusulas passaram a ter uma importância mais abrangente por consequência do fenômeno da proliferação dos contratos com cláusulas contratuais gerais e dos chamados contratos de adesão. No entanto, isso não significa que elas sejam privativas deles, e que só possam aparecer em contratos de consumo.

Importante frisar que as cláusulas abusivas são interpretadas favoravelmente ao consumidor, isto é, privilegia o economicamente mais fraco na relação contratual, assim como se denota do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor ao dispor que “*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”. Isto antes do advento da lei era feito com base em entendimentos dos tribunais.

No entendimento de Almeida (2000), não se pode dizer que essa regra privilegia sem razão o consumidor, isto porque está em consonância com o reconhecimento universal, constitucional e legal da vulnerabilidade do consumidor e se compatibiliza com seu direito básico de proteção contra cláusulas abusivas ou impostas (artigo 6º, IV).

Deste modo, havendo a presença de uma cláusula abusiva, ou cláusulas abusivas, seja em um contrato de adesão, como em qualquer outro contrato de consumo, o consumidor terá a garantia de proteção pelo Código de Defesa do Consumidor, isto devido à sua vulnerabilidade.

7.1 Conceito e Análise das Cláusulas Abusivas

Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que é o consumidor, aliás por expressa definição do artigo 4º, nº I,²⁴ do Código de Defesa do Consumidor, que reconhece sua vulnerabilidade, é aquela cláusula

²⁴ Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

que estabelece obrigações iníquas, causando desequilíbrio contratual entre as partes e fere os princípios da boa-fé e da equidade.

“A cláusula contratual abusiva é a manifestação comissiva do abuso do direito na área contratual, mais especificamente no momento de pré-elaboração do contrato que será utilizado”. (FERNANDES, 1999, p. 115)

Não se pode definir a cláusula abusiva como cláusula ilícita, porque nesta não há exercício de um direito subjetivo, aliás, nem mesmo existe um direito. Já na cláusula abusiva existe um direito subjetivo, que é utilizado no intuito de favorecer uma das partes, provocando um desequilíbrio contratual. Portanto, a cláusula abusiva não é ilícita em sua essência porque o abuso decorre do contexto, isto é, quando ela não se origina do acordo de vontades, mas da predisposição unilateral.

Apesar das diferenças entre cláusulas ilícitas e cláusulas abusivas, a consequência jurídica para ambas é a mesma, ou seja, a nulidade que será tratada em tópico posterior.

As cláusulas vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor, previstas no artigo 51 em rol exemplificativo merecem destaque e análise de cada inciso e parágrafo. Deste modo, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais seguintes:

a) Cláusula de não indenizar (artigo 51, I);

As cláusulas de exoneração da responsabilidade civil somente operam se objeto de estipulação contratual. Não se pode estabelecer cláusula de não indenizar os danos derivados de responsabilidade extracontratual. As pretensões de terceiros também ficam imunes à eventual eficácia dessa cláusula.

No regime do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer cláusula que contenha óbice ao dever legal de o fornecedor indenizar é considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito, sendo ilegítima a sua inclusão em contratos de consumo.

O artigo 25 do Código do Consumidor veda a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar pelo fato ou pelo vício do produto ou serviço (artigos 12 e s. e 18 e s.). Na área contratual é sancionada com nulidade absoluta cláusula desse teor, bem como a que implique renúncia ou disposição de direitos, admitindo-se a tarifação ou limitação do valor indenizatório se o consumidor for pessoa jurídica e ocorrer situação que a justifique. A não-vedação, segundo Almeida (2000),

conduziria à irresponsabilidade do fornecedor e à total desproteção do consumidor, que não encontraria meios de ressarcir-se.

Segundo Grinover et al. (2001), estão também vedadas as cláusulas de exoneração da responsabilidade do fornecedor por danos derivados da mora ou cumprimento defeituoso da prestação, bem como as que o exonerem dessa responsabilidade por ato de seus representantes, auxiliares, funcionários ou prepostos.

É nula também a cláusula que impedir o consumidor de ajuizar ação de resolução do contrato por inadimplemento. Prevalece o direito de qualquer das partes de resolver o contrato por inadimplemento da contraparte.

No entanto, não estão vedadas as cláusulas penais, mas devem elas ser estipuladas de modo a não implicarem exoneração ou limitação do dever de o fornecedor indenizar.²⁵

As exceções de compensação e de retenção por benfeitorias não podem ser restringidas por cláusula no contrato de consumo, porque essa estipulação impõe ao consumidor disposição de direito seu.

O Código de Defesa do Consumidor atenua o rigor da proibição da cláusula de exoneração da responsabilidade quando o contrato de consumo se der entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica. A norma autoriza a estipulação contratual que limite a responsabilidade do fornecedor, não autorizando todavia, a cláusula de exoneração, que mesmo para os contratos com consumidor - pessoa jurídica está proibida. No entanto, “não é sempre que tal limitação é permitida, será permitida somente em situações justificáveis, o que ficará ao juiz a tarefa de dizer quando a situação é justificável, para que se dê eficácia à cláusula limitadora.” (Grinover et al., 2001, p. 511);

b) Impedimento de reembolso pelo consumidor: (artigo 51, II);

Em muitos dispositivos o Código de Defesa do Consumidor confere ao consumidor o direito de ser reembolsado das quantias pagas total ou parcialmente, dependendo do caso. São consideradas abusivas as cláusulas que “*subtraiam ao consumidor a opção de reembolso de quantia já paga*”, pois tal restituição, outorgada como opção ao consumidor deve ser respeitada. Quando por exemplo o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto no artigo 49, parágrafo único do Código de Defesa do

²⁵ No mesmo sentido o artigo 18, letras *a, b e c*, do Decreto-Lei português nº446/85.

Consumidor, tem o direito de ver-se reembolsado das quantias eventualmente pagas, imediatamente e monetariamente atualizadas, de acordo com os índices oficiais.

“Cláusula desse jaez ofende o arcabouço protetivo idealizado pelo legislador e limita indevidamente o leque de opções outorgado ao consumidor”. (ALMEIDA, 2000, p. 141)

A regra incide quando o direito de reembolso ou devolução das quantias pagas estiver assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Veda-se também, essa cláusula em questão, por importar disposição de direitos, previsto no inciso I do artigo 51 já tratado acima;

c) Transferência de responsabilidade (artigo 51, III);

O Código de Defesa do Consumidor disciplinou conveniente e exaustivamente a questão da responsabilidade do fornecedor pelo fato e pelo vício do produto ou serviço. Nessa premissa, não poderia permitir que mediante cláusula contratual essa responsabilidade fosse transferida a terceiros, de forma a burlar o sistema protetivo e dificultando o ressarcimento, porque a relação jurídica de consumo se verifica entre fornecedor e o consumidor, que dela são sujeitos.

As partes devem suportar os ônus e as obrigações decorrentes do contrato de consumo, incluídos entre elas o dever de indenizar. O consumidor não tem nenhuma relação jurídica com terceiros, eventualmente designado pela cláusula para responder pelos danos causados pelo fornecedor.

Se a responsabilidade decorre da lei, “não pode o fornecedor, por meio de cláusula contratual (ato de vontade, portanto), procurar eximir-se dela, transferindo-a a terceiros”. (ALMEIDA, 2000, p. 141);

d) Cláusulas iníquas, abusivas e exageradas (artigo 51, IV);

Este inciso tem como objetivo preservar a dignidade do consumidor e o equilíbrio contratual, deste modo, a lei vedou cláusulas iníquas (perversas, injustas, cruéis, contrárias à equidade) e abusivas (que desrespeitem valores éticos da sociedade), que sejam

incompatíveis com a boa-fé ou a equidade²⁶ ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. O próprio Código define o que seja vantagem exagerada, a que “*ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence*”, a que “*restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual*”, e por fim, a que “*se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso*” (artigo 51, §1º, I a III);

e) Cláusula- surpresa (artigo 51, V) VETADO.

O inciso que previa a proibição das cláusulas-surpresa, por deliberada inspiração no § 3º da AGB-Gesetz alemã, foi vetado pelo Presidente da República, o que não significa que essas cláusulas estejam admitidas. Muito pelo contrário, tais cláusulas continuam proibidas por serem contrárias à boa-fé, ao dever de informação do fornecedor, ofendem o direito de informação adequada do consumidor e o sistema de proteção do consumidor de modo geral (artigos 6º, nºIII, 46 e 51, nº IV e XV do Código de Defesa do Consumidor).

Segundo Grinover et al. (2001), o inciso vetado tem por objeto proteger o consumidor ingênuo e não informado. A surpresa do consumidor sobre determinada circunstância contratual pode decorrer não só da má-fé do fornecedor na conclusão do contrato e da falta de esclarecimento adequado sobre o conteúdo do contrato, mas também da redação obscura, dúbia ou contraditória de uma ou mais cláusulas.

f) Inversão prejudicial do ônus da prova (artigo 51, VI);

O dispositivo do Código de Defesa do Consumidor ora analisado não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas sim, diz ser nula a convenção se trouxer prejuízo ao

²⁶ A doutrina registra certa dificuldade na conceituação de equidade. Sobre ela diz o Prof. Washington de Barros Monteiro: “eis aí a mais nítida manifestação do idealismo jurídico. Mais sentida do que definida, personifica sinteticamente a justiça do caso concreto, a humanidade do direito (Butera)...Através dela, suaviza o juiz o rigor da norma abstrata, tendo em vista as circunstâncias peculiares do caso concreto” (*Curso de direito civil, parte geral. 1ª parte, São Paulo, Saraiva, 1968, p.45*). Entende-a Tupinambá Nascimento “como aquilo que, no se decidir um caso, ou conflito de interesse, esteja em harmonia com o sentimento do justo, esteja em conformidade com a justiça” (*Comentários ao Código do consumidor, 1991, p.32*).

consumidor. Trata-se de norma salutar, adotada pelos mais modernos ordenamentos jurídicos que regulam relações consumeristas.²⁷

Para dar efetividade e impedir subversão ao sistema protetivo do consumidor, em boa hora o legislador proibiu o ajuste de cláusula estabelecendo o contrário, ou seja, a inversão do ônus da prova em favor do fornecedor, e, conseqüentemente, em prejuízo do consumidor.

A título de exemplo são proibidas as cláusulas de inversão do ônus probante que projetem a certeza ou refutabilidade da existência ou inexistência de um fato, às custas de declaração do consumidor. Manifestação dessa proibição é encontrada na cláusula que transfira para o consumidor o ônus de provar que não foi adequadamente esclarecido pelo fornecedor sobre o conteúdo e conseqüências do contrato (artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor).²⁸

Outros exemplos que podem ser citados ainda: 1) a declaração contida em contrato de adesão de que o consumidor recebeu o produto enviado, sem oferecer reclamações; 2) declaração do consumidor que afirme estar corretos o projeto e os valores da escala de “croquis”, de móveis encomendados à fábrica; 3) declaração do vendedor de imóveis ou construtor de que é conhecido nas relações negociais locais.²⁹ Nesses casos, não se pode carrear ao consumidor, por cláusula contratual, o ônus da prova de fatos que dizem respeito à própria atividade do fornecedor;

g) Arbitragem (artigo 51, VII);

As partes têm a faculdade de recorrerem à arbitragem, na via judicial ou extrajudicial. Ninguém é obrigado a submeter-se ao juízo arbitral se assim não o desejar (Lei 9307/96, Arbitragem).

²⁷ O artigo 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil, interpretado a *contrario sensu*, permite a distribuição convencional do ônus da prova, de forma diversa da estipulada no diploma processual civil. Apenas diz ser nula essa convenção quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²⁸ “Art.46- Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

²⁹ Exemplos retirados da jurisprudência alemã, que reputa inválida a cláusula de inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. Nessas decisões, reputaram-se inválidas cláusulas de inversão do ônus da prova derivadas de declarações do consumidor em contratos de adesão, do seguinte teor: “eu mesmo li e entendi todas as cláusulas do contrato”; “fui pormenorizadamente aconselhado sobre o contrato”.

A escolha das partes pela arbitragem para solução de lides não significa renúncia ao direito de ação³⁰, nem ofende o princípio constitucional do juiz natural. Ao celebrarem o compromisso arbitral as partes estão apenas deslocando, transferindo a jurisdição, que de ordinário é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado.

O compromisso arbitral é o negócio jurídico pelo qual as partes se obrigam a instituir o juízo arbitral fora da jurisdição estatal e a submeter-se à decisão do árbitro ou árbitros nomeado pelas partes, podendo ser judicial ou extrajudicialmente (artigo 9º da Lei 9307/96).

“A instituição do juízo arbitral é uma espécie de justiça privada”. (CARPI, 1983, p. 97 apud GRINOVER et al., 2001, p. 523)

A Lei de Arbitragem estipula regra específica quanto à cláusula compromissória nos contratos de adesão:

Art. 4º- ... § 2º- Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula. ”

Este dispositivo não é incompatível com o Código de Defesa do Consumidor, artigo 51, inciso VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente.³¹

Segundo Grinover et al., (2001), é possível nos contratos de consumo a instituição de cláusula que estabeleça a arbitragem, desde que se obedeça, efetivamente a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo;

h) Imposição de representante (artigo 51, VIII);

O que se tem por normal nas relações de consumo é a atuação pessoalmente pelo consumidor ou mediante representante de sua confiança. Assim, não será normal e até beirará as raias do abuso e da fraude a imposição pelo fornecedor de representante para

³⁰ No sentido de que o juízo arbitral não constitui ofensa ao princípio do direito de ação, José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 278.

³¹ Nesse sentido: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, comentários nº 14 e 15 ao artigo 51, VII do CDC.

concluir ou realizar negócios em nome do consumidor, que restará vulnerável e submetido ao poder econômico do fornecedor.

É comum, principalmente em contratos bancários e de cartões de crédito, existir cláusula pela qual o devedor (consumidor) nomeie seu bastante procurador, em caráter irrevogável e irretroatável, representante indicado de antemão pelo credor (fornecedor), que pode ou não pertencer ao mesmo grupo financeiro do credor, para que, em nome do devedor, emita nota promissória, letra de câmbio ou qualquer outra cambial. Mesmo com a lição da doutrina de considerar nulas e ineficazes essas cláusulas, os tribunais tem proclamado sua validade.

No entanto, de ora em diante, “na clareza da lei proibindo a cláusula, não há mais lugar para a divergência entre a doutrina e jurisprudência: a cláusula é, *ex vi legis, nula de pleno direito.*” (GRINOVER et al, 2001, p. 526)

Mesmo antes dessa proibição pelo Código de Defesa do Consumidor, essa cláusula de mandato já era nula.

A razão para a adoção, pela lei, dessa circunstância como motivo de nulidade da cláusula de mandato que impõe mandatário ao consumidor é fundada: a) na possibilidade de haver conflito de interesses entre mandante e mandatário; b) no desvirtuamento do contrato de mandato.

Para que a representação exista validamente, é necessária a presença de dois requisitos essenciais: a) a procuração ou poder representativo; b) a *contemplatio domini*.

A *contemplatio domini* é elemento constitutivo do conceito jurídico de representação: o representante age em nome alheio, como substituto do representado, afastando de si os efeitos jurídicos advindos da representação. Quando age em nome alheio, deve agir no exclusivo interesse do representado. Esta é a característica essencial da representação, mandatário agir no interesse exclusivo do mandante, conforma ensina a mais moderna doutrina;

i) Opção exclusiva do fornecedor (artigo 51, IX);

Como regra, compete ao consumidor concluir ou não o contrato, assumindo as obrigações decorrentes. Para preservar essa faculdade é que o Código de Defesa do

Consumidor proíbe cláusulas que “*deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor*”.

Vê-se com essa norma que o legislador preocupou-se em dirigir o contrato de consumo para o ponto de equilíbrio ideal entre fornecedor e consumidor;

j) Alteração unilateral do preço (artigo 51, X);

Aqui se denota uma proibição pelas mesmas razões do inciso IX, isto é, não pode o fornecedor ficar com o poder de a qualquer tempo alterar unilateralmente o preço no contrato de consumo, porque tal ato levaria ao desequilíbrio contratual que o Código de Defesa do Consumidor proíbe devido a hipossuficiência do consumidor, ofendendo o artigo 4º, nº III.

A via normal é a fixação do preço contratado para o produto ou serviço, por consenso das partes. O acordo deve incidir sobre todas as condições do contrato, principalmente sobre o preço, pois permitir que o fornecedor de maneira unilateral fixe o valor do contrato ou a respectiva variação será prestigiar a superioridade econômica daquele em detrimento do consumidor.

Inclui-se na proibição deste dispositivo a alteração unilateral das taxas de juros e outros encargos;

k) Cancelamento unilateral do contrato (artigo 51, XI);

Depois de celebrado o contrato entre consumidor e fornecedor, o contrato deverá ser cumprido pelos contratantes. Para desfazer o contrato, haverá necessidade do concurso dos contratantes para tanto, ou, pelo menos, que tal faculdade seja outorgada a todos os contratantes. O que não se permite é apenas o fornecedor ter a faculdade de pôr fim ao contrato. *A contrario sensu*, o Código de Defesa do Consumidor permite a inclusão de cláusula que permita o cancelamento do contrato por qualquer das partes, tentando assim manter consumidor e fornecedor em situação de igualdade e equilíbrio;

l) Ressarcimento de custos (artigo 51, XII);

Cláusula que confira somente ao fornecedor o direito de se ressarcir dos gastos com cobrança é considerada abusiva, portanto nula de pleno direito.

Deste modo, sendo necessário o recurso à cobrança para que o fornecedor possa fazer valer os seus direitos derivados do contrato de consumo, o Código de Defesa do Consumidor permite a estipulação contratual de que esses encargos sejam carreados ao consumidor, mas só se a este último for assegurado igual direito, ou seja, se precisar cobrar o cumprimento da obrigação do fornecedor ou prestador de serviços;

m) Modificação unilateral do contrato (artigo 51, XIII);

Essa norma é consequência do princípio estatuído no artigo 4º, nº III, do Código de Defesa do Consumidor: igualdade e o equilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor. Disso deriva que toda alteração contratual superveniente à conclusão do contrato de consumo deve ser discutida entre fornecedor e consumidor.

Não é permitida a cláusula que conceda ao fornecedor o direito de modificar unilateralmente o contrato (conteúdo ou qualidade), mediante estipulações como modificação do preço, prazo de entrega do produto ou serviço, prazo ou bases de garantia contratual, taxas de juros e outros encargos financeiros, números de prestações etc.

O legislador quis com isso preservar o equilíbrio nos negócios entre fornecedor e consumidor e assegurar a este a igualdade nas contratações;

n) Violação de normas ambientais (artigo 51, XIV);

Neste inciso do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor a preocupação não é com o consumidor, e sim com o meio ambiente.

A Constituição Federal, em seu artigo 225 tutela o direito ao meio ambiente, sendo dever de toda a coletividade sua preservação. Assim, impede a lei, que ambos os contratantes, fornecedor e consumidor estipulem cláusulas que “*infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais*”. Ambos os contratantes são obrigados ao cumprimento da legislação protetiva ao meio ambiente.

Se uma cláusula tenha potencialidade para ofender o meio ambiente é considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor. Não há necessidade da ofensa real ao meio ambiente, basta que a cláusula possibilite a ofensa ambiental.

Os termos *meio ambiente e normas ambientais* estão no corpo do dispositivo de forma ampla, incluídos neles o meio ambiente natural (ar, água, florestas, fauna, flor etc.), meio ambiente urbanístico (zoneamento, poluição visual e sonora etc.), meio ambiente cultural (patrimônio e bens de valor histórico, turístico etc.) e meio ambiente do trabalho (salubridade e segurança no meio ambiente de trabalho etc.);

o) Desconformidade com o sistema protetivo (artigo 51, XV);

Esta disposição dá ampla margem para o magistrado verificar o que está inserido nesta norma que é indeterminada, assim o juiz vai dizer o que significa “*estar em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor*”.

As leis de proteção ao consumidor devem ser cumpridas integralmente. Normas de ordem pública, imperativas que são, não podem ser derogadas pela vontade das partes. Deste modo, além da vedação específica de algumas cláusulas contratuais, o legislador, em caráter geral, procura coibir as cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.³²

Cláusulas que ofendam o sistema de proteção do consumidor são portanto abusivas, nulas de pleno direito conseqüentemente. Exemplos são cláusulas de eleição de foro diferente do domicílio do consumidor;

p) Benfeitorias necessárias (artigo 51, XVI);

O Código Civil assegura ao possuidor de boa-fé o direito à indenização por benfeitorias necessárias, isto é, aquelas que tem por finalidade conservar a coisa ou evitar que a mesma se deteriore.

³² Fazem parte do sistema de proteção ao consumidor as disposições do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Economia Popular (Lei nº 1.512/51), da Lei Delegada nº 4/62, da Lei nº 8.002/90, da Lei nº 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Econômica), da Lei Antitruste (Lei nº 8.158/91). De outros diplomas legais que tutelem, direta ou indiretamente, os direitos e interesses do consumidor, bem como das normas administrativas que digam respeito à ordem econômica e aos direitos do consumidor.

O dispositivo ora em análise não permite a cláusula que importe em renúncia às benfeitorias necessárias, isto é, o consumidor terá direito a ser indenizado por benfeitorias necessárias, e se houver uma cláusula que estipule a sua renúncia é nula de pleno direito.

Tal proibição também se encontra no inciso I deste mesmo artigo 51 que veda cláusula que implique renúncia ou disposição de direitos;

q) Presunção relativa de vantagem exagerada (artigo 51, § 1º, I, II, III);

Além das hipóteses descritas no §1º que é exemplificativo, podem existir outras hipóteses a serem consideradas exageradas. A presunção mencionada no dispositivo é relativa, podendo o fornecedor fazer prova em contrário.

O inciso I diz ser exagerada a vantagem que ofende os princípios estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

O inciso II trata da ameaça do objeto ou do equilíbrio do contrato, tendo em vista que não é preciso que haja desequilíbrio contratual efetivo, pois a lei presume exagerada a vantagem, sempre que o objeto do contrato estiver ameaçado pelo conteúdo da cláusula. Se se tratar de compra e venda por exemplo, se a vantagem de preço for de tal monta que coloque em risco o equilíbrio contratual, incide a presunção de que trata o inciso em análise.

No inciso III do § 1º do artigo 51 diz-se que a onerosidade excessiva pode ensejar o direito à modificação da cláusula contratual para que se preserve o equilíbrio entre as partes (artigo 6º, V), a revisão do contrato em virtude de fatos supervenientes (artigo 6º, V, segunda parte) e a nulidade da cláusula por trazer desvantagem exagerada ao consumidor (artigo 51, 1º, III).

Essa proteção existe tendo em vista também que a onerosidade excessiva pode propiciar o enriquecimento sem causa.

Importante ressaltar que somente as circunstâncias extraordinárias é que entram no conceito de onerosidade excessiva, dele não fazendo parte os acontecimentos decorrentes de riscos normais do contrato;

r) Conservação do contrato (artigo 51, §2º);

A nulidade de uma cláusula contratual não invalida o contrato por inteiro. O contrato poderá ser mantido, no entanto sem a cláusula que seja abusiva, dando-se utilidade ao contrato.

Não obstante isso, a conservação do contrato depende de não configurar ônus excessivo a qualquer das partes, porque, não teria sentido a manutenção de um contrato em detrimento de uma das partes, quando essa desvantagem lhe acarretasse ônus excessivo no cumprimento das prestações contratuais;

s) Controle administrativo das cláusulas contratuais gerais pelo Ministério Público (artigo 51, § 3º) VETADO;

Segundo Grinover et al. (2001), o controle administrativo das cláusulas contratuais gerais pelo Ministério Público não está inviabilizado, pode e deve ser feito por intermédio do inquérito civil, poderoso instrumento conferido ao Ministério Público como expediente preparatório da ação civil pública.

O dispositivo vetado previa que a decisão administrativa do Ministério Público sobre as cláusulas submetidas a exame, tivesse caráter geral, atingindo o universo contratual do fornecedor em toda a sua extensão.

Dois foram os fundamentos do veto: a) somente poderiam ser atribuídas funções ao Ministério Público por lei orgânica federal (artigo 128, §5º da CF); b) o controle dos atos jurídicos somente poderia ser feito pelo Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV da CF).

Na concepção de Grinover et al. (2001, p. 537) lemos que:

As razões do veto são injurídicas, duplamente, primeiro porque qualquer lei ordinária pode atribuir funções ao Ministério Público (artigo 129, IX, CF) e segundo porque a decisão do Ministério Público seria administrativa, não ferindo os princípios constitucionais do direito de ação e da inderrogabilidade da jurisdição;

t) Representação ao Ministério Público para o ajuizamento de ação visando a declaração de nulidade de cláusula contratual contrária ao disposto no Código de Defesa do Consumidor (artigo 51, § 4º);

Este dispositivo não encerra hipótese de legitimidade exclusiva para agir ao Ministério Público, porque qualquer legitimado pelo artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor poder mover qualquer tipo de ação judicial³³ necessária para a efetiva proteção que o Código proporciona ao consumidor, conforme decorre do artigo 83 do mesmo diploma legal.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art.82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

O consumidor ou entidade que o represente poderá pedir ao Ministério Público que ajuíze ação judicial para o controle de cláusulas contratuais.

O membro do Ministério Público ao defender o interesse a pedido de um consumidor que pode ser classificado como um direito individual, estará defendendo um

³³ “Art.83 – Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada tutela. Parágrafo único – Vetado.”

direito de interesse social como o próprio Código de Defesa do Consumidor reza em seu artigo 1º.

Deste modo, poderá então o Ministério Público propor ação visando o controle concreto de cláusula contratual abusiva, mas não pode mover ação para obter indenização individual em favor de um determinado consumidor. Não obstante isso, somente estará legitimado para obter indenização em ações coletivas para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, não poderá então defender direitos individuais puros, não homogêneos.

7.2 Cláusulas Abusivas Acrescidas

Dentre todas as garantias de proteção contra cláusulas abusivas em rol exemplificativo que o consumidor dispõe, o Código de Defesa do Consumidor abre um leque vasto onde cada vez mais se busca o equilíbrio entre as partes nos contratos de consumo, como no artigo 6º, inciso IV, que traz como direito básico ao consumidor, a proteção contra cláusulas abusivas, e no artigo 51, incisos e parágrafos, que trata das cláusulas abusivas.

Além de toda essa garantia e proteção ao consumidor prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997 que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078/90, determina em seu artigo 56 que a Secretaria de Direito Econômico divulgue, anualmente, elenco complementar de cláusulas abusivas. Esse elenco que é meramente exemplificativo tem o objetivo de orientar os órgãos integrantes do SNDC e, principalmente possibilitar a fiscalização e a aplicação de sanções quando o fornecedor estabelecer obrigações iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em situação ruim, em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com o princípio basilar da boa-fé e a equidade (CDC, artigo 51, IV, c/c Decreto n. 2881/97, artigo 22, IV).

Artigo 56 – “Na forma do art.51 da Lei nº 8.078, de 1990, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a Secretaria de Direito Econômico divulgará, anualmente, elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art.22 deste Decreto.

§ 1º- Na elaboração do elenco referido no *caput* e posteriores inclusões, a consideração sobre a abusividade de cláusulas contratuais se dará de forma genérica e abstrata.

§ 2º- O elenco de cláusulas consideradas abusivas tem natureza meramente exemplificativa, não impedindo que outras, também, possam vir a ser assim consideradas pelos órgãos da Administração Pública incumbidos da defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e legislação correlata.

§ 3º- A apreciação sobre a abusividade de cláusulas contratuais, para fim de sua inclusão no elenco a que se refere o *caput* deste artigo, se dará de ofício ou por provocação dos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 1990. ”

O elenco complementar que o Decreto 2181/97 trata, é divulgado por meio de Portarias, como por exemplo a Portaria n.4, de 13 de março de 1998, do Secretário de Direito Econômico (SDE), publicada no *DOU*, da Seção I, de 16 de março de 1998 que trouxe dentre outras as seguintes cláusulas abusivas: *1) cláusulas que 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) imponham limite ao tempo de internação hospitalar que não o prescrito pelo médico etc.*

7.3 Características Gerais das Cláusulas Abusivas

Para que haja uma definição de cláusula abusiva dois caminhos podem ser seguidos, uma aproximação subjetiva na qual se conecta a abusividade com a figura do abuso de direito, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado de suas finalidades sociais de um poder concedido a um agente, ou uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com paradigmas modernos, tal como a boa-fé objetiva, isto é, como se seu elemento principal fosse o resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave sofrido objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido no contrato.

Para Marques (2002), o primeiro caminho está muito ligado à própria expressão “cláusula abusiva”, e apesar de criticado, tal caminho pode ser útil, porque só pode ser abusivo o que excedeu os limites, e na visão tradicional de plena liberdade contratual, os limites na fixação das cláusulas contratuais praticamente inexistem. Portanto, denominar

uma cláusula do contrato como sendo abusiva é pressupor a reação do direito contratual, é aceitar a imposição de novos limites ao exercício de um direito subjetivo, no caso, o da livre determinação do conteúdo do contrato.

Se a expressão contém em si inseparável juízo de valor, ao identificar a conduta do elaborador da cláusula como abusiva, seria necessário, portanto, traçar um paralelo entre a abusividade detectada em algumas cláusulas contratuais e a figura do abuso de direito.

O abuso do direito na concepção de Marques (2002, p. 770), seria a “falta praticada pelo titular de um direito, que ultrapassa os limites ou que deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido, assim, apesar de presentes o prejuízo causado a outrem pela atividade do titular do direito a sua hipótese de incidência é diferenciada.”

O que ofende o ordenamento é o modo com que foi exercido um direito, acarretando um resultado, este sim, ilícito.

No pensamento de Bricks (1982) apud Marques (2002, p. 774) vemos que:

Todas as cláusulas abusivas apresentam como característica ou pontos em comum justamente o seu *fim*, que seria melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detém a posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor, e seu *efeito*, que é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados ao fornecedor.

A tendência hoje no direito comparado e na exegese do Código de Defesa do Consumidor é “conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais, seu efeito, seu resultado e não tanto repreender uma situação maliciosa ou não subjetiva.” (MARQUES, 2002, p. 774)

7.4 Nulidade das Cláusulas Abusivas

As nulidades das cláusulas abusivas têm sistema próprio dentro do Código de Defesa do Consumidor.

As normas sobre nulidades inscritas no Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil ou outras leis extravagantes não são inteiramente aplicáveis às relações de consumo, devido aos sistemas de nulidades não serem uniformes, variando de acordo com a peculiaridade de cada ramo da ciência do Direito.

O Código de Defesa do Consumidor afastou-se do sistema de nulidades do Código Civil, deste modo ficou superado o entendimento de que as nulidades *pleno juri* independem de declaração judicial para se fazerem atuar,³⁴ e de que as nulidades absolutas precisam de sentença judicial para produzirem seus efeitos no ato ou negócio jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor apenas reconhece as nulidades de pleno direito quando enumera as cláusulas abusivas, porque tais cláusulas ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor, base normativa de todo o Código como se observa no artigo 1º da Lei 8078/90.³⁵

Tanto na lista exemplificativa das cláusulas consideradas abusivas, do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor quanto em seu artigo 53, que se refere aos contratos de compra e venda a prazo, a sanção escolhida pelo legislador para coibir os abusos foi a de nulidade absoluta.³⁶

Segundo Grinover et al. (2001), nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz. A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa.³⁷ Quanto à subsistência da relação jurídica de consumo contaminada por cláusula abusiva, o efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade da cláusula abusiva é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio jurídico de consumo já preexistia essa situação de invalidade, de sorte que o magistrado somente faz reconhecer essa circunstância fática anterior à propositura da ação.

Como a nulidade das cláusulas abusivas é matéria de ordem pública (artigo 1º CDC), não é atingida pela preclusão, de modo que pode a nulidade ser alegada no processo a qualquer tempo e grau de jurisdição, impondo-se ao juiz o dever de pronunciá-la de ofício. Aplica-se, por extensão, o Código de Processo Civil, artigos 267, § 3º, 301, §4º e artigo 303.

³⁴ Entendimento dominante na doutrina. Ver, por todos, Martinho Garcez, *Nullidades dos actos juridicos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Editos, 1910, vol. , n° 44 e seguintes.

³⁵ Art. 1º- O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

³⁶ Neste sentido, observe-se a recente decisão do STJ, no REsp 243764/RS, Min. Carlos Alberto Menezes e Min. Nancy Andrichi, 06.02.2001.

³⁷ Neste sentido Miranda, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed., São Paulo: RT, 1983, p. 75-76 e 206.

O legislador brasileiro preferiu instituir uma só lista de cláusulas abusivas, que está descrita no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, sancionando as cláusulas ali descritas com a nulidade absoluta.

Segundo Almeida (2000), o Código de Defesa do Consumidor sancionou as cláusulas abusivas com *nulidade absoluta*, com conseqüências jurídicas tais como a de as cláusulas nunca terem eficácia, não convalerem pela passagem do tempo, nem pelo fato de não serem alegadas pelo interessado, podendo, ser pronunciadas de ofício pelo juiz, dispensada a arguição da parte, e também não são supráveis e não produzem qualquer efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage à data da contratação.

A doutrina majoritária conclui que a nulidade dos artigos 51 e 53 é uma nulidade cominada e absoluta (artigo 145 do Código Civil de 1916 e artigo 166, incisos VI e VII do Código Civil de 2002), isto porque como já dito acima as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e origem constitucional.³⁸

“Isso é de suma importância, para que se permita a atuação eficaz do Judiciário brasileiro, identificando de ofício tais cláusulas, apesar da passividade e submissão dos consumidores individualmente considerados.” (MARQUES, 2002, p. 777)

Trata-se de ação é imprescritível, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor não fixou nenhum prazo para o exercício do direito de pleitear em juízo a nulidade da cláusula abusiva.

7.5 Autorização Excepcional para Modificação de Cláusulas

O artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor abre uma exceção no sistema da nulidade absoluta das cláusulas contratuais, permitindo que o juiz revise ou modifique, a pedido do consumidor, as cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou que sejam excessivamente onerosas para ele em razão de fatos supervenientes. Trata-se de um direito básico do consumidor:

Art. 6º- São direitos básicos do consumidor:

³⁸ Veja sobre a divisão da doutrina, entre os que consideravam nulidade relativa (FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Revisão dos contratos**: do código civil ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 62.

(...)

V- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

O inciso supramencionado traz uma novidade na proteção contratual do consumidor, permitindo que o Poder Judiciário modifique as cláusulas referentes ao preço, ou qualquer outra prestação a cargo do consumidor, se “desproporcionais”, isto é, se acarretarem desequilíbrio contratual, o desequilíbrio de direitos e obrigações entre as partes contratantes, a lesão.

Na concepção de Marques (2002, p. 781), lemos que:

O Poder Judiciário, o Estado, em última análise, intervém na relação contratual de consumo, para sobrepor-se à vontade das partes, para modificar uma manifestação livre de vontade, para impor um equilíbrio contratual. Não desconhecemos o fato de que, ao retirar-se de um contrato a cláusula considerada abusiva e substituir seu conteúdo pelo regramento legal na matéria, já estamos “modificando” o texto contratual, colmatando a lacuna, integrando o contrato de forma a que se possa dar execução a este, segundo os novos princípios de boa-fé e equilíbrio contratual. Queremos aqui chamar a atenção para o fato do CDC autorizar uma modificação nas cláusulas de preço, onde geralmente não há regra supletiva apta a preencher a lacuna. Nesse sentido, a sanção de nulidade absoluta não seria apta a preencher sua função, era necessário autorizar o juiz a agir de forma excepcional, revisando as cláusulas do contrato referente ao preço para reencontrar o equilíbrio perdido com a atual excessiva onerosidade.

Prevê também o inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade da revisão judicial de uma cláusula que trate de preço, que quando do fechamento do contrato era equitativa, mas que em razão de fatos supervenientes tornou-se excessivamente onerosa para o consumidor.

O artigo 6º, inciso V, não exige que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, ao desaparecimento do fim que é almejado pelo contrato.³⁹ Basta que se demonstre objetivamente a excessiva onerosidade advinda para o consumidor.⁴⁰

³⁹ Assim ensinou o STJ, no caso do *leasing* em dólar: “Revisão contratual – Arrendamento mercantil (*leasing*) – Relação de consumo – Indexação em moeda estrangeira (dólar) – Crise cambial de janeiro de 1999 – Plano real. Aplicabilidade do art. 6º, inciso V, do CDC – Onerosidade excessiva caracterizada – Boa-

7.6 Proteção Contra Cláusulas Abusivas

A proteção contra cláusulas abusivas é o mais importante instrumento de defesa do consumidor. Tanto assim que constitui seu direito, previsto no artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, a “*modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*” Trata-se de um dos direitos básicos do consumidor que está previsto no artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, esse direito básico funciona para proteger o consumidor contra a enumeração do artigo 51 que é um rol meramente exemplificativo. Além disso, vale ressaltar o que previsto no artigo 47 do mesmo Código: “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, tanto nos contratos de adesão quanto nos de “comum acordo”.⁴¹

“Não é demais lembrar que as relações de consumo são informadas pelo *princípio da boa-fé* (artigo, 4º, *caput* e inciso, III, do CDC), de sorte que toda cláusula que infringir esse princípio é considerada, *ex lege*, como abusiva.” (GRINOVER et al., 2001, p. 464)

Com o Código de Defesa do Consumidor foram introduzidas normas que proíbem expressamente as cláusulas abusivas nos contratos, dando, garantia ao consumidor de uma maior proteção, bem como um controle judicial das cláusulas contratuais, desta forma, com fundamento na Lei 8078/90, o consumidor poderá solicitar, em juízo, a alteração ou exclusão de uma cláusula considerada abusiva.

O Código de Defesa do Consumidor reforçando a teoria da lesão, impede que os abusos continuem sob pretexto do *Pacta Sunt Servanda* , porque, se houver desequilíbrio na relação contratual, haverá necessidade da revisão das cláusulas contratuais, isto porque,

fé objetiva do consumidor e direito de informação – Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior.

⁴⁰ A jurisprudência tem aceito, como motivo suficiente para a revisão contratual e para a ação corretora do equilíbrio contratual pelo judiciário, situações em princípios individuais, como por exemplo a perda do emprego.

⁴¹ É suficiente que seja uma relação jurídica de consumo para que o negócio jurídico receba proteção contra cláusulas abusivas.

a parte economicamente mais forte impõe sua vontade, na maioria das vezes ferindo o Princípio da Igualdade.

A proteção contra cláusulas abusivas passou a ser um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, devido à multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais, sem que se esquece que o princípio maior da interpretação dos contratos de consumo está previsto no artigo 47⁴² do Código de Defesa do Consumidor, onde está claro que todo e qualquer contrato de consumo será interpretado de modo mais favorável ao consumidor e não apenas as cláusulas que gerem dúvida nos contratos de adesão.

Deste modo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o *Pacta Sunt Servanda* cedeu às exigências da ordem pública ficando assim, limitada a autonomia da vontade diante do interesse geral da coletividade.

7.7 Cláusulas Abusivas nos Contratos de Adesão

Tendo em vista a evolução da sociedade que passou a necessitar cada vez mais dos bens de consumo, conseqüentemente a produção e distribuição de tais bens aumentaram, de modo que, os contratos de adesão têm sido utilizados por grande número de pessoas.

A forma pela qual apareceram e se fixaram os contratos de adesão veio propiciar o surgimento de cláusulas por demais onerosas para o aderente, destinadas a fortalecer cada vez mais a posição do empresário predisponente trazendo para a grande massa economicamente mais fraca um peso a mais para suportar, decorrente do rompimento do equilíbrio que deveria existir entre as prestações no contrato.

Não se pode dizer que a cláusula abusiva, ou excessivamente onerosa, seja uma conseqüência lógica ou jurídico-formal do contrato de adesão. Poderá vir a ser uma decorrência de *caráter econômico*, justamente porque cria maior peso, maior ônus para o contraente fraco, e exonera cada vez mais o predisponente. (FONSECA, 1995, p.110)

Se por um lado os contratos de adesão⁴³ de certa forma trazem vantagens para o consumidor por ser um método de contratação mais rápido e sem burocracias,

⁴² “Art. 47 As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

⁴³ Ver conceito de contrato de adesão no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

proporcionando a obtenção de bens de consumo de maneira rápida, ele pode ser extremamente prejudicial ao consumidor, uma vez que o fornecedor é quem elabora unilateralmente o contrato, e assim o fazendo, torna-se mais fácil de serem incluídas cláusulas abusivas.

O fornecedor ao elaborar o contrato unilateralmente e inserir as cláusulas que bem entender, oferece à adesão do consumidor que pode ou não aderir ao contrato. Entretanto, em algumas situações o consumidor não terá escolha, tendo que aderir ao contrato mesmo tendo conhecimento das cláusulas abusivas.

É comum ocorrer na elaboração do contrato a inserção de cláusulas abusivas por meio de redação que dificulta a interpretação do consumidor, como também não coloca as cláusulas que restringem direitos e ainda não oferece oportunidade de conhecimento prévio do contrato e quando o consumidor adere a tais contratos pode se ver prejudicado por cláusulas abusivas.

O consumidor como sendo parte vulnerável na relação de consumo tem a garantia a efetiva proteção contra cláusulas abusivas, assim, o Código de Defesa do Consumidor reconhece a sua vulnerabilidade e estabelece uma série de normas que visam a proteção do consumidor, mas que não tem a finalidade de prejudicar o fornecedor apenas por ser a parte economicamente mais forte, mas sim reestabelecer o equilíbrio contratual.

Como a lista de cláusulas abusivas previstas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativa, outras podem ser reconhecidas e declaradas abusivas pelo Juiz, desde que se verifique a existência de desequilíbrio na relação contratual.

Inúmeras cláusulas consideradas abusivas pela jurisprudência tem sido editadas pela Secretaria de Direito Econômico por meio das Portarias de nº 3 de 13 de março de 1998, nº 4 de 15 de março de 2001, nº 5 de 27 de agosto de 2002.

Também o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor garante ao consumidor proteção contra cláusulas abusivas declarando-as nula de pleno direito.

O legislador fez bem em estabelecer que o rol do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor é exemplificativo, de maneira que os fornecedores não possam inserir outras cláusulas que não as previstas no referido artigo.

7.8 Quadro Comparativo das Cláusulas Abusivas – Países do Mercosul

Como já estudado acima, o Brasil é um país que tem uma legislação sobre Direito do Consumidor muito vasta, que se materializa pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, isto graças à Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez na história jurídica, contemplou os direitos no consumidor nos artigos 5º, inciso XXII, 170, inciso V, e ainda nas Disposições Transitórias em seu artigo 48.

A proteção jurídica do consumidor não é tema que diga respeito a um único país, isto é, “é tema supranacional, pois abrange todos os países, desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento.” (ALMEIDA, 2000, p. 4)

A relevância do tema levou a ONU a se preocupar com a defesa do consumidor, aliás atitude esperada do organismo internacional, que em 1985 com a Resolução n. 39/248, de 16 de abril baixou normas sobre a proteção do consumidor, reconhecendo assim, “*que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo*”.

O elogiável trabalho da ONU nas palavras de Almeida (2000), não constitui iniciativa isolada, mas sim é um resultado de constante verificação dos problemas que afligiam os consumidores e de como se processavam os mecanismos de proteção nos vários países, notadamente os da Europa.

Antes mesmo da manifestação da ONU, vários países já cuidavam do tema, elaborando legislação pertinente, criando órgãos que pudessem garantir a proteção do consumidor etc.

Os países que fazem parte do Mercosul⁴⁴ também dão garantias a seus consumidores, protegendo-os dentre outras coisas contra as cláusulas abusivas.

No Brasil, no Código de Defesa do Consumidor a proteção contra cláusulas abusivas está prevista no artigo 51 e menciona o seguinte texto:

⁴⁴ Os artigos que protegem o consumidor na Argentina, Paraguai e Uruguai, e que serão citados abaixo foram extraídos da obra “A Proteção Contratual ao Consumidor no Mercosul”, de Patrícia Helena de Ávila Jacyntho e Paulo Roberto Colombo Arnoldi, 2001, p. 87 e seguintes.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado, a qualquer consumidor ou entidade que o represente, requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código, ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Importante lembrar que não são apenas essas as cláusulas abusivas, pois o rol do artigo 51 é exemplificativo, e além disso, anualmente são publicadas Portarias com elenco complementar de tais cláusulas.

Na Argentina, a proteção contra cláusulas abusivas, está prevista no artigo 37 da lei que protege os consumidores argentinos, e não é tão detalhada como a lei brasileira:

Artigo 37- São consideradas abusivas segundo a lei argentina, as cláusulas que desnaturalizem as obrigações ou limitem a responsabilidade por dano, importem renúncia ou restituição aos direitos do consumidor ou ampliem os direitos da outra parte, invertam o ônus da prova em prejuízo do consumidor.

No Paraguai, a proteção contra cláusulas abusivas está descrita no artigo 28 e tem o seguinte conteúdo:

Artigo 28- São cláusulas abusivas aquelas que desnaturalizem as obrigações ou que eliminem ou restrinjam as responsabilidades por danos, importem renúncia ou restrição aos direitos do consumidor ou ampliem os direitos da outra parte, contenham qualquer preceito que imponha a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, imponham a utilização obrigatória de arbitragem, permitam ao prestador a variação unilateral de preço e de outras condições do contrato, violem ou infrinjam normas meio ambientais, impliquem renúncia do consumidor do direito de ser ressarcido ou reembolsado de qualquer obrigação que seja legalmente a cargo do prestador, imponham exageradamente condições injustas de contratação, exageradamente onerosas para o consumidor ou o tornem indefeso.

No Uruguai, o consumidor também tem meios para se proteger contra cláusulas abusivas, em um rol apenas exemplificativo, nos artigos 30 e 31:

Artigo 30- É abusiva, por seu conteúdo, ou por sua forma, toda cláusula que determine claros e injustificados desequilíbrios entre os direitos e obrigações dos contratantes em prejuízo dos consumidores, assim como toda aquela que viole a obrigação de atuar de boa-fé. A apreciação do caráter abusivo das cláusulas não referirá ao produto ou serviço nem ao preço ou contraprestação do contrato, sempre que ditas cláusulas se redigirem de maneira clara e compreensível.

Artigo 31- São consideradas abusivas sem prejuízo de outras, as seguintes:

- A) As que exonerem ou limitem a responsabilidade do provedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços, salvo se uma norma de direito o habilite ou por qualquer outra justificada;
- B) As que impliquem renúncia dos direitos do consumidor;
- C) As que autorizem o provedor a modificar os termos do contrato;
- D) A cláusula resolutória pactuada exclusivamente a favor do fornecedor. A inclusão da mesma deixa a salvo a opção pelo cumprimento do contrato;
- E) As que contenham qualquer preceito que imponha o ônus da prova em prejuízo do consumidor quando legalmente não corresponda;

- F) As que imponham representantes ao consumidor;
- G) As que impliquem renúncia do consumidor ao direito de ser ressarcido de qualquer obrigação que seja legalmente a cargo do fornecedor;
- H) As que estabeleçam que o silêncio do consumidor se terá por aceitação de qualquer modificação, restrição ou ampliação do pactuado no contrato.

Diante do que foi tratado é de notar-se quão importante é o tema da proteção do consumidor no mundo, principalmente quando se trata de cláusulas abusivas, no qual muitos dos países que dão essa proteção têm um rol amplo que protege seus consumidores.

8 CONCLUSÃO

As transformações vivenciadas pela sociedade no século passado, exigiram profundas alterações no cenário mundial, nos âmbitos político, econômico e jurídico. O percurso evolutivo da proteção do consumidor está ligado às mudanças tecnológicas e econômicas implantadas pela Revolução Industrial, que trouxe grandes mudanças para a sociedade no que se refere às relações de consumo.

No final do século XIX, com a evolução do liberalismo, no qual se assegurava a liberdade individual no campo da política, economia, moral etc., na sociedade, novas transformações surgiram, o indivíduo é substituído pelo grupo, as sociedades comerciais concentram os meios de produção, organizam-se de forma a criar situações de monopólio.

Através do elevado desenvolvimento produtivo, surge a sociedade de consumo.

Os produtores, com alta tecnologia visavam buscar um número cada vez maior de consumidores, alcançando dessa forma o almejado lucro. Daí surge as técnicas para buscar consumidores, o marketing etc.

Diante disso, o consumidor, destinatário de todo esse processo altamente produtivo no qual deveria aparecer como maior beneficiário, torna-se o rei do sistema, pois era para ele e pensando nele que se produzia porque conseqüentemente seriam os consumidores que comprariam os produtos.

Não obstante isso, embora estivesse o consumidor considerado como elemento imprescindível no processo produtivo, ainda era vulnerável e frágil em face ao poderio econômico da classe produtora.

Assim, não poderia o Estado manter-se indiferente e inerte ao desequilíbrio que existia entre os consumidores e produtores. A proteção do consumidor configurou-se numa necessidade a todas as nações desenvolvidas, precisando de medidas preventivas e punitivas.

No Brasil, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, o consumidor vê-se diante de uma grande garantia de tutela em todas as áreas necessárias para a proteção na relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de proteger o consumidor em suas relações de consumo devido à ocorrência de abusos por partes de fornecedores e prestadores de serviços impôs limites à liberdade contratual, e além disso, protege o consumidor contra cláusulas abusivas, que são vedadas, para que se fosse estabelecida a igualdade entre as partes.

O Código trouxe essa proteção no artigo 51, em um rol meramente exemplificativo, pois pode haver outras cláusulas que ali não estão escritas, além do que Portarias, anualmente lançam listas com novas cláusulas abusivas.

O consumidor é protegido quando celebra contratos com cláusulas abusivas, não será lesado pois o Código reconhece a nulidade absoluta da cláusula abusiva.

Conclui-se então, que o consumidor, para que fique em pé de igualdade com o fornecedor, tornando assim uma relação equilibrada tem uma lei que o protege quando caracterizados abusos, como por exemplo as cláusulas abusivas.

Vedando abusos, o legislador busca estabelecer o equilíbrio nas relações contratuais e negociais que celebram consumidores e fornecedores.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARQUIVOS DO CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO DA FUNDAÇÃO PROCON. **Breve histórico da proteção ao consumidor**. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br>>. Acesso em: 4 fev. de 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. _____. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BULGARELLI, Waldírio. **Questões contratuais no código de defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estudos e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 7.

FERNANDES, Guilherme Neto. **Revista do Consumidor**. 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAMA, Hélio Zagheto. **Direitos do consumidor, código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. _____. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

JACYNTHO, Parícia Helena de Ávila; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **A proteção contratual ao consumidor no mercosul**. São Paulo: Lex, 2001.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Código do consumidor anotado**. São Paulo: Editora J. de Oliveira, 1999.

LAZZARINI, Marilena. **Direitos do consumidor de A a Z**. São Paulo: IDEC, 1997.

MANDEBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V. 3.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY, Nelson Júnior; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material**. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral das obrigações**. 29ª ed. São Paulo:Saraiva, 2001.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Contratos**. São Paulo: Atlas, 1998.

SHARP JÚNIOR, Ronald A. **Código de defesa do consumidor anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIDOU, J. M. Othon. **Proteção do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **O código do consumidor e o código civil**. São Paulo, 2003. Disponível em:<<http://www.societario.com.br/dermarest/svconsumidor.htm> > Acesso em: 7 maio. 2003.

ZENUN, Augusto. **Comentários ao código do consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.