

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

JEAN BOENEN EL OSSAIS

**CLAUSÚLAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS
DE CONSUMO**

SÃO PAULO – SP

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

JEAN BOENEN EL OSSAIS

**CLAUSÚLAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS
DE CONSUMO**

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica – PUC/SP, para a
obtenção do título de Especialista em
Direito das Relações de Consumo

Orientador: Prof. Dr. Vitor Morais de Andrade

SÃO PAULO – SP

2015

Banca Examinadora

Dedico, primeiramente, a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse na minha vida, e não somente nestes anos como universitário, mas que em todos os momentos é o meu maior mestre. Dedico ainda este trabalho aos meus mais sagrados heróis, meus pais, Jean Salim El Ossais e Maria Lucia Boenen El Ossais que me ensinaram preciosos valores para colocá-los em prática e me deram a melhor educação que um homem pode ter, além de sempre me incentivarem em minha carreira. Dedico também este trabalho a pessoa que possui o mesmo sangue que o meu, minha amada irmã, Victória Boenen El Ossais, que mesmo jovem deu os mais nobres exemplos de disciplina e dedicação, além de também sempre me incentivar a ir em frente em meus objetivos. Dedico também a todos os meus familiares e amigos, por todo apoio e incentivo recebido.

AGRADECIMENTOS

A Coordenação do Curso de Especialização e seu respectivo e respeitável corpo docente, com referências ao nosso ilustre Coordenador Dr. Frederico da Costa de Carvalho Neto, agradecemos pelos prazerosos e importantes momentos em que aqui pudemos vivenciar a educação continuada no segmento jurídico.

Agradecemos o Professor Vinicius Zwarg pelos ensinamentos, oportunidades, incentivos de novos desafios e melhoria constante.

Não podemos deixar de agradecer ao Dr. Vitor Morais de Andrade, nosso Orientador, pelo apoio, dedicação, empenho e paciência em direcionar o presente trabalho para que este atingisse o objetivo proposto.

“Por um mundo melhor, especialmente, para o Consumidor. Quando o Legislador pátrio resolveu incluir a figura do consumidor como um “ser especial”, um indivíduo fragilizado na disputa desigual que deflui do mercado de consumo, talvez não imaginasse os rumos que tal medida inspiraria”.

Christiano Heineck Schmitt

RESUMO

O tema do presente trabalho trata das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo.

Podemos dizer que dividimos este trabalho em três partes. Fazemos referência na parte I deste trabalho, da parte histórica do contrato, do surgimento dos contratos de massa, seus princípios, o conceito de contratos de adesão e o conceito de cláusulas abusivas(as quais desequilibram a relação contratual, prejudicando a parte mais fraca e vulnerável na relação contratual, o consumidor) e também sobre a proteção do consumidor como direito fundamental.

Na parte II, discorreremos sobre todas as cláusulas abusivas elencadas no art. 51 do CDC e citamos um exemplo de jurisprudência em cada capítulo referente ao rol exemplificativo do referido artigo.

Na parte III, no final do artigo, no item “Das Considerações Finais”, nos referimos a aplicação subsidiária do Código Civil de 2002, bem como sobre as divergências de princípios do CDC e CC de 2002 na regulação das cláusulas abusivas. Aqui, discorreremos também, sobre o diálogo entre o CC de 2002 e o CDC e resumidamente de alguns pontos em comum do CDC e CC de 2002, bem como das diferenças existentes nos mesmos. São pontos que não poderíamos deixar de mencioná-los, uma vez que ambos os Códigos estão inseridos no mesmo sistema.

Por fim, concluímos que os princípios visam assegurar ao consumidor suas necessidades básicas previstas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, respeito à sua dignidade, saúde, segurança e aos seus interesses econômicos, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida.

Palavras-chaves: contratos de adesão; cláusulas abusivas; relação jurídica de consumo; proteção do direito do consumidor como direito fundamental.

ABSTRACT

The theme of this work deals with the unfair terms in Consumer Contracts.

We can say that divided this work into three parts. We refer in Part I of this work, the historical part of the contract, the emergence of mass contracts, their principles, the concept of standard contracts and the concept of unfair terms (which unbalance the contractual relationship, hurting the weakest part and vulnerable in the contractual relationship, the consumer) and also on consumer protection as a fundamental right.

In Part II, we carry on about all the unfair terms listed in art. 51 CDC and quoted an example of jurisprudence in each chapter of the exemplary role of that article.

In Part III, the end of the article in "Das Final Thoughts", we refer to the subsidiary application of Civil Code of 2002, as well as differences in principles of the CRC and 2002 CC in the regulation of unfair terms. Here, also commented above on the dialogue between the DC 2002 and the CDC and briefly a few points in common CDC and CC 2002, and the differences in them. These are points that we could not fail to mention them, since both codes are entered on the same system.

Finally, we conclude that the principles are designed to ensure consumers their basic needs provided for in the Federal Constitution and the Consumer Protection Code, that is, respect for their dignity, health, safety and its economic interests, in order to improve the quality life.

Keywords: adhesion contracts; unfair terms; legal relationship of consumption; protection of consumer rights as a fundamental right.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART – Artigo

AG RG – Agravo Regimental

AP – Apelação

CC- Código Civil

C Cível – Câmara Cível

CDC- Código de Defesa do Consumidor

CF- Constituição Federal

DES – Desembargador

NCC – Novo Código Civil

REL – Relator

RES – Resolução

RESP – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	<u>12</u>
1 RESUMO E NOÇÃO GERAL SOBRE O CONTRATO	14
1.1 Histórico e conceito	14
1.2 A História (“evolução do contrato”) e o Contrato de adesão	16
1.3 O Estado e o Contrato de Adesão	18
2. OS CONTRATOS DE ADESÃO E SUA INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA	21
3. CONCEITO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	25
4. BREVE SÍNTESE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO CIVIL	30
5. CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CDC E SUA NULIDADE	32
6. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL	34
7. ARTIGO 51 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	39
<u>8. CLÁUSULA ABUSIVA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR</u>	43
9. CLÁUSULA ABUSIVA DE IMPEDIMENTO DE REEMBOLSO	47
10. CLÁUSULA ABUSIVA DE TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO FORNECEDOR A TERCEIROS	52
11. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ E EQUIDADE	56
12. CLÁUSULA ABUSIVA DE INVERSÃO PREJUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA	60
13. CLÁUSULA ABUSIVA DE ARBITRAGEM COMPULSÓRIA	65
14. CLÁUSULA ABUSIVA DE REPRESENTANTE IMPOSTO	68
15. CLÁUSULA ABUSIVA DE OPÇÃO DE CONCLUSÃO DO NEGÓCIO	70
16. CLÁUSULA ABUSIVA DE VARIAÇÃO UNILATERAL DO PREÇO	72
17. CLÁUSULA ABUSIVA DE CANCELAMENTO UNILATERAL DO CONTRATO	74
18. CLÁUSULA ABUSIVA DE RESSARCIMENTO DE CUSTOS	76
19. CLÁUSULA ABUSIVA DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO	78

20. CLÁUSULA ABUSIVA DE VIOLAÇÃO DE NORMAS AMBIENTAIS	81
21. CLÁUSULA ABUSIVA EM DESACORDO COM O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	85
22. CLÁUSULA ABUSIVA DE RENÚNCIA À INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS NECESSÁRIAS	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
DA CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

INTRODUÇÃO

Devido as grandes transformações econômicas é que surgiram os contratos de massa, ou seja, contratos de adesão. Nestes encontramos diversas cláusulas abusivas, as quais lesam os direitos dos consumidores. Por este motivo, o tema escolhido pelo autor deste trabalho acadêmico, “Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo”, é de grande importância nas relações de consumo.

A importância do estudo aqui proposto, é analisar as cláusulas abusivas inseridas nos contratos de consumo e seus reflexos jurídicos. No entanto, antes de adentrarmos nesta parte, iniciamos este trabalho discorrendo sobre a parte histórica e do conceito de contrato, bem como a evolução das relações contratuais até os dias atuais.

Discorreremos sobre os princípios basilares, para que a relação entre fornecedor e consumidor seja uma relação equilibrada, harmônica e, sobretudo, a boa-fé, a qual deve prevalecer.

O Código de Defesa do Consumidor reconhece que o consumidor é a parte mais fraca, vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo. É justamente por este motivo, que o CDC considera as cláusulas abusivas nulas, proibindo-as expressamente por atribuírem ao fornecedor vantagens excessivas em detrimento do consumidor. Entretanto, mesmo sob a proteção do CDC, o número de ações propostas no Poder Judiciário pelos consumidores é grande, pois há muito abuso por parte dos fornecedores. Tal fato, leva os consumidores a ingressarem no Judiciário pleiteando os seus direitos, os quais foram lesados.

O número de cláusulas abusivas elencadas no artigo 51 do mencionado Diploma Consumerista, é apenas exemplificativo; basta haver desequilíbrio na relação de consumo, ferindo o Princípio da Boa-Fé, para que o Juiz declare determinada cláusula como abusiva.

Importante ressaltar que os Princípios da Boa-Fé e do Equilíbrio de Direito e Obrigações são os que regem o sistema de nulidade das cláusulas abusivas.

Ao estudarmos cada uma das cláusulas abusivas elencadas em cada inciso do artigo 51, citamos para ilustrar o trabalho, os casos concretos, ou seja, jurisprudências. Ao analisarmos estas, verificamos que não há dúvidas quanto a nulidade de determinadas cláusulas inseridas nos contratos de adesão.

Por fim, nas 'Considerações Finais', demonstramos que o CDC e o Código Civil de 2002 mantem um diálogo e que o CC de 2002 pode ser utilizado subsidiariamente e, também quando houver lacuna no CDC. Em suma, tratamos neste tópico não somente da aplicação subsidiária do CC de 2002, mas também das divergências de princípios do CDC e do CC de 2002, no que se refere a regulação das cláusulas abusivas.

Todo o estudo sobre o tema em questão, foi realizado através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, chegando-se a uma determinada conclusão exposta no final do presente trabalho.

1: RESUMO E NOÇÃO GERAL SOBRE O CONTRATO.

1.1. Histórico e Conceito

A princípio trataremos da parte histórica e do conceito de contrato, para melhor compreensão do tema aqui proposto, até chegarmos aos dias atuais.

Pois bem, durante muito tempo da história da humanidade, o homem era visto para servir as classes dominantes, isto é, a nobreza, o clero e as grandes corporações mercantis. Portanto, naquela época não eram livres para contratar, ficavam a mercê das classes dominantes. Não havia a intervenção do Estado nas atividades comerciais, os industriais e comerciantes tinham total liberdade de negociar, eram amparados pelo princípio da plena autonomia, deixando-os fortalecidos na relação contratual, como fim único o crescimento da atividade econômica e a eliminação de todos os riscos que pudesse atrapalhar tal crescimento. Justamente por terem liberdade de negociar, os industriais e comerciantes, eram amparados pelo princípio da plena autonomia, deixando-os fortalecidos na relação contratual, como fim único o crescimento da atividade econômica e a eliminação de todos os riscos que pudesse atrapalhar tal crescimento. Ocorre que tal tratativa, deixava a parte contratante enfraquecida, pois ficava a mercê dos “mandamentos” impostos nos contratos pelos industriais e comerciantes, os quais somente visavam o crescimento econômico.

Tal fato, ocorreu no período da revolução industrial e da implementação do comércio.

A Revolução Francesa nos trouxe o libelo do individualismo, da cidadania, do liberalismo econômico, tudo isto servindo de base ao capitalismo moderno. O indivíduo e a sua vontade passaram a ser a causa primeira no funcionamento das instituições do Estado Moderno. O homem passou a ser o centro e o objetivo maior da sociedade organizada.

Foi com o Código Civil Francês de 1804 em que o contrato passou a ter importância e força de lei. Foi com a “liberdade” e a “igualdade” que as pessoas poderiam livremente contratar e serem contratadas. Esta época foi a época mais simples do contrato, onde as partes discutiam as suas vontades. Afinal, foi com o Diploma Legal Francês que surgiram as palavras de ordem: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Segundo GORLA¹, esse momento da evolução do contrato tem um aspecto da função econômico-social e um retorno ao formalismo, ou à preponderância da tipicidade do contrato.

A finalidade da evolução do contrato é:

- estabelecer de modo objetivo o intento de contrair um vínculo de caráter jurídico;
- garantir a certeza das relações ou de determinadas relações jurídicas;
- proteger o promitente e sua família contra deliberações não ponderadas;
- obedecer à exigência de uma justiça perequativa na condenação do promitente.

GORLA² observa que “todas estas finalidades operam obviamente num sistema contratual preocupado com a exigência de certeza e de fazer justiça entre os *indivíduos* num negócio considerado como privado, em que se agitam interesses considerados como privados. Isto diz respeito à função do direito ou o interesse público, somente por um genérico escopo do direito mesmo de manter a paz e a ordem social, mediante o reconhecimento das promessas e do valor da palavra dada”.

GORLA³ nos ensina que a moderna teoria da função econômico-social do contrato, tende a estabelecer o reconhecimento jurídico mais ao negócio, do que à *conventio* ou à chamada vontade das partes.

No entanto, a teoria clássica parte do princípio de que “ as partes Sendo assim, o contrato nada mais é do que um acordo de vontades livres.

¹ João Bosco L. da Fonseca. *Cláusulas Abusivas Nos Contratos*, p.25 Apud G. Gorla, *II contrato*, 1954, vol. I, p.199

² Idem, *ibidem*, p. 199

³ Idem, *ibidem*, p.199

1.2 – A História (“evolução do contrato”) e o Contrato de Adesão

O contrato passou por várias transformações, em virtude dos fenômenos sociais que surgiram durante as duas guerras mundiais.

Com a chamada Revolução Industrial, houve novas modificações nas relações sociais. Surgiu a produção industrial em escala, a qual transformou toda a sociedade e o mercado. Nesta época, o mercado consumidor passou a ter mais importância do que o indivíduo.

Devido o surgimento de um grande mercado consumidor de materiais e serviços, surgiu o Contrato de Adesão e as figuras do ofertante e do aderente. Tal contrato nada mais é do que um contrato de massa com a finalidade de atender um grande número de pessoas que necessitam consumir materiais ou serviços, onde somente o ofertante coloca as regras para a sua efetivação, não ocorrendo a negociação. O surgimento do Contrato de Adesão foi uma ferramenta jurídica para a solução naquele momento, para aquela realidade, pois até então, tudo era negociado através de contratos paritários e individuais.

W. FRIEDMANN⁴ nos mostra que o contrato passou por quatro fatores principais que transformaram a sua função e essência. São eles:

- 1- É a chamada *civilização de massa*, a qual modificou o relacionamento humano, deixando de ser individual para posicionar-se no âmbito dos grandes grupos.
- 2- Crescente substituição do contrato individual pelo coletivo; como exemplo, temos o que ocorreu na primeira manifestação entre operários e patrões;
- 3- Enorme expansão do bem-estar geral e dos serviços sociais do Estado;
- 4- Confronto entre a necessidade de segurança contratual com a frequência cada vez maior de convulsões políticas, econômicas e sociais.

Com esta evolução, o contrato assume formas padrão, o chamado contrato de massa, ou melhor, contrato de adesão.

⁴ W.Friedmann, *El derecho en una sociedad en transformación*, 1966, ps.106-141

Os chamados Contratos de adesão são chamados de “contratos de massa”, pois se estendem a um número indefinido de pessoas, são impressos, redigidos pela empresas sem a participação dos clientes, ou seja, da parte contratante, a qual não discute as condições.

A idéia de autonomia da vontade gerou à evolução da figura do contrato, convertendo-o em contrato de adesão, o qual é redigido pelo empresário.

O Ilustre Jurista, SALEILLES⁵, descreve muito bem a nova realidade no domínio do direito. Vejamos:

“Sem dúvida, há contratos e contratos; e estamos longe na realidade desta unidade de tipo contratual que supõe o direito. Será necessário que, cedo ou tarde, o direito se incline diante das nuances e das divergências que as relações sociais fizeram surgir. Há supostos contratos que do contrato só tem o nome, e cuja construção jurídica ainda está por fazer; para os quais, em todo caso, as regras de interpretação individual que acabam de ser descritas deveriam sofrer, sem dúvida, importantes modificações; poder-se-ia chamá-los, por ausência de melhor termo, de *contratos de adesão*, nos quais há o predomínio exclusivo de uma só vontade, agindo como vontade unilateral, que dita sua lei, não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada, e que se engaja por antecipação, por *adesão* daqueles que quiserem aceitar a lei do contrato, e apoderar-se deste engajamento já criado por sobre si mesmo. É o caso de todos os *contratos de trabalho* na grande indústria, dos *contratos* de transporte com as grandes companhias de estradas de ferro, e de todos os contratos que se revestem de um caráter de lei coletivo e que, já o diziam os romanos, se aproximariam bem mais de *Lex* do que do acordo de vontades”.

O surgimento do contrato de adesão veio juntamente com a evolução dos fatores econômicos a partir do século XIX. No entanto, as transformações econômicas, como menciona BERLIOZ⁶:

“tiveram como conseqüência produzir um *desequilíbrio da força contratual*”, transformando-se o contrato em um meio através do qual “uma parte dita suas condições e faz prevalecer seus interesses egoístas”.

⁵ João Bosco L. da Fonseca. *Cláusulas Abusivas Nos Contratos*.p.31 Apud R. Saleilles, *De la déclaration*, p. 229

⁶ Idem Ibidem, p. 33 Apud G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, 1973, ps. 14

1.3.- O Estado e o Contrato de Adesão.

Apesar do Contrato de Adesão trazer algumas vantagens, tais como agilidade, possibilidade de representação à longa distância física do ofertante, possibilidade de atendimento rápido de uma grande massa de pessoas, padronização administrativa e jurídica no tratamento dos contratos, baixo custo operacional e praticidade; em um dado momento, foi necessária a intervenção do Estado, a qual ocorre até os dias atuais, devido à parte mais forte economicamente impor cláusulas abusivas sem ter o consumidor como reagir juridicamente. Via-se claramente que o que importava era o mercado e não o indivíduo.

A intervenção do Estado por intermédio de medidas administrativas e legais, procurou compensar de alguma forma a superioridade econômica do ofertante em detrimento da superioridade jurídica do aderente, promovendo a publicidade do Direito Privado e com isso, evoluiu da forma liberal para a forma social.

A função do contrato é tornar efetiva a circulação de riquezas, para tal, há uma operação econômica. Sabemos, que não há na relação existente entre as partes contratantes, igualdade, tampouco equilíbrio nesta relação, tanto nos aspectos sociológico, psicológico e sob o aspecto econômico.

A desigualdade entre as partes é facilmente verificada, por ser a parte que se investe de maior vantagem por estar dotada de maior quantidade de poder econômico e terá sempre maior poder sobre a que detém menor poder, no caso o consumidor.

Vê-se nas cláusulas contratuais uma série de exigências destinadas a garantir o poderio da parte contratada, dando-lhes uma série de vantagens. Já com relação à parte contratante, a parte mais fraca, hipossuficiente, uma série de prejuízos, pois não há equilíbrio, igualdade nesta relação. Há, sim, uma série de cláusulas abusivas encontradas no contrato de adesão.

Entre os consumidores verifica-se o fenômeno de massa, inviabilizando os interesses homogêneos, a fim de reunir-se todos com os mesmos interesses para defesa contra a prepotência dos mais fortes.

Os contratos de massa são impressos e redigidos pelas empresas, com o intuito de reduzir os riscos e aumentar a margem de segurança, diminuir a carga de detalhamentos na elaboração de grande número de contratos e aumentar a eficiência produtiva no relacionamento com um grande número de clientes, isto é, grande massa de clientes.

SALEILLES⁷ sugeriu que se desse o nome de contrato de adesão, a estes contratos, elaborados unilateralmente pela empresa e oferecidos à clientela, que não participa de sua elaboração, que não discute as condições e que se vê na posição de uma escolha entre duas únicas opções (*pegar ou largar*).

Vejamos os ensinamentos de RIPERT⁸ Vejamos:

“No momento em que o Código de Napoleão foi elaborado o Estado somente se apercebia dos aspectos políticos, ausentando-se por completo das preocupações econômicas. Mas hoje, no Estado concretamente democrático, as ideias mudaram profundamente, direcionando-se para um rumo social e moral. O Estado assume a defesa e a proteção dos mais fracos, pois, assinala, “a democracia tem obsessão pela justiça”, daí a tendência para procurar o seu direito, pois que “está convencida de que ao progresso material deva corresponder um progresso moral e social”.

BERLIOZ⁹ menciona que se chegou a uma situação de *crise do contrato*. Vejamos:

“Que traduz uma distorção entre a teoria e os fatos do direito contratual. Com efeito, os juristas continuaram a utilizar a linguagem tradicional enquanto a ideia de contrato se estendia incontinentamente a novas situações de fato”.

No entanto, com o decorrer do tempo, o contrato de adesão evoluiu, isto é, passou de uma forma “selvagem” a uma configuração civilizada, decorrente do controle da atuação do poder econômico privado.

Importante mencionar mais uma vez aqui os ensinamentos de BERLIOZ¹⁰. Vejamos:

“A expansão do capitalismo, a passagem do capitalismo individualista ao capitalismo associacionista, fazem com que o contrato de adesão, de instrumento de opressão, se transforme no liame entre a empresa moderna e seu cliente.

⁷ Idem Ibidem, p.31. Apud R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1929 –ps.229-230.

⁸ Idem Ibidem, p.107 Apud G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1948, ps.251-252

⁹ Idem Ibidem, p.36 Apud G. Berlioz, *Les contrats d'adhésion*, 1973, p.27.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 37 Apud G. Berlioz, *Les Contrats d'adhésion*, 1973, p.27

O aparecimento do capitalismo industrial tinha suprimido o debate desarmando e aderente na luta de interesses, a expansão do capitalismo torna essa luta impossível, pois tem-se o “contrato sem combate”. A transição das relações individuais para o tipo de relacionamento de massa, de grupos, tem como consequência a “estandardização” do contrato, a despersonalização e a uniformização tendente ao prestígio do formalismo”.

Vejamos os ensinamentos de JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA¹¹:

“Ainda uma dificuldade se apresenta, pela inexistência de uma justiça especializada para dirimir as controvérsias surgidas entre consumidores e fornecedores. O Judiciário se alimenta ainda de fontes ressecadas dos princípios derivados da tese da autonomia da vontade, alicerçada na crença da igualdade das partes do contrato. É possível encontrar ainda decisões judiciais que dizem textualmente: “O contrato é leonino; mas as partes ao assinarem, pelo que ele é válido e deve ser respeitado”, ou ainda: “a cláusula é realmente leonina; mas pacta sunt servanda”. O ensino jurídico também não se apercebeu de que o direito evoluiu; continua-se ainda adorando o Código de Napoleão e idolatrando o Código Civil de 1916, incondicionalmente”.

No capítulo a seguir, trataremos dos Contratos de Adesão e da sua interpretação.

¹¹ João Bosco Leopoldino da Fonseca, *Cláusulas Abusivas nos Contratos*, os. 59-60

2. OS CONTRATOS DE ADESÃO E SUA INTERPRETAÇÃO CONTEMPORANÊA.

Antes de mais nada, é preciso conceituarmos o que vem a ser contrato.

Duas ou mais pessoas ao contratarem algo sobre referido objeto, mesmo que os interesses sejam distintos, podem criar, modificar ou extinguir direitos, a final o contrato é um negócio jurídico bilateral; portanto, as partes podem discutir as cláusulas inseridas no mesmo.

Segundo WALD¹², “O contrato é um ato bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial)”.

Entretanto, tais características não se encontram no contrato de adesão.

O CDC é a primeira lei pátria a disciplinar diretamente o contrato de adesão, definindo-o e fornecendo seu regime jurídico e método de interpretação.

Vejamos a conceituação de contrato de adesão no art. 54, da Lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor:

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 o conteúdo.

Aqui não há que se falar em acerto prévio entre as partes, ou seja, as cláusulas do contrato de adesão devem ter sido estipuladas pela autoridade competente ou unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços.

Assim, começaram a surgir os chamados contratos de adesão, que nas palavras de RIZZATTO NUNES¹³:

[...] que o direito acompanhou tal movimento industrial e criou o modelo próprio de contratação, adequado ao processo industrial que surgia.

¹² Amoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro*- p. 183

¹³ Rizzatto Nunes , op. cit., p. 4

Passou-se a criar fórmula padronizadas, autênticas cláusulas contratuais em série, verdadeiros contratos de consumo.

O papel do contrato de adesão é de agilizar as transações jurídicas, democratizando as relações negociais, em que se possibilita um número elevado de contratantes que tenha acesso aos bens.

MARQUES¹⁴ escreveu sobre os contratos de adesão. Vejamos:

“São contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, expressa ou tacitamente, que cláusulas, pré-elaboradas pelo fornecedor unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico”.

Apesar de ser de difícil definição, o contrato de adesão ensina ORLANDO GOMES¹⁵ que apesar da enorme controvérsia sobre seu traço distintivo, é possível identificar seis pontos de identificação, a saber:

1. uma oferta a uma coletividade;
2. uma obra exclusiva de uma das partes;
3. por ter regulamentação complexa;
4. preponderante posição de uma das partes (a ofertante);
5. não admitir a discussão da proposta.
6. instrumento próprio da prestação dos serviços privados de utilidade pública.

O CDC veio para regular as relações de consumo entre as partes, em “pé” de igualdade, para que haja equilíbrio e não abuso de direito por parte do fornecedor, lesando o consumidor que é a parte vulnerável, mais fraca na relação de consumo. Para que haja equilíbrio e transparência na negociação entre as partes, é fundamental a boa-fé e a confiabilidade entre as partes envolvidas na relação de consumo.

BONATTO¹⁶ afirma que “o contrato de adesão, como tal, não é considerado abusivo”.

¹⁴ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p.52

¹⁵ Orlando Gomes. *Contratos*. 10ª. edição, 1984, Rio de Janeiro, Forense.

¹⁶ Claudio Bonatto. op. cit., p. 149.

O autor ainda faz menção à cláusula abusiva nos contratos firmados com os consumidores conforme se transcreve abaixo:

“O abuso não resulta do fato que o consumidor é obrigado a aderir a este ou àquele texto pré-impresso, mas, efetivamente, do conteúdo eventual de uma convenção de cuja redação ele não participou, e que ele não poderá modificar visto a relação de forças existentes entre as partes confrontadas e que provavelmente ele encontrará uniformizada no setor respectivo”.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90, foram instituídas diversas normas com o objetivo de evitar-se as cláusulas abusivas nos contratos, permitindo dessa forma, dar maior garantia de proteção para o consumidor, que é considerado a parte mais frágil, desconhecedoras dos seus direitos, como as cláusulas contratuais passaram a serem controladas judicialmente, uma vez que foi esta Lei que regulamentou todos os pontos controversos da relação de consumo e fazendo com que houvesse uma equidade de posição entre as partes, tanto vedando ou limitando certas práticas abusivas por parte do fornecedor.

O CDC também proibiu expressamente o uso de cláusulas abusivas nos contratos, garantindo dessa forma, uma proteção ao consumidor, independentemente de seu conhecimento sobre o assunto, já que o contrato passou a ter um efetivo controle judicial.

Encontramos nos contratos de adesão as chamadas cláusulas abusivas inseridas pelo fornecedor. O CDC, em seu art. 51 enumera em um rol exemplificativo as cláusulas em questão, as quais prejudicam o consumidor, causando desequilíbrio nesta relação. Mas foi com o advento da Lei 8.078/1990, que ao sentir-se prejudicado, o consumidor poderá ingressar em juízo requerendo a alteração ou exoneração da chamada cláusula abusiva, as quais são nulas de pleno direito, conforme dispõe o artigo citado.

Ressaltamos, que deve se almejar a objetivação do bem comum no contrato de adesão, uma vez que este é o meio mais freqüente em nossa sociedade de celebração dos negócios jurídicos.

O art. 51 da Lei nº 8.078/90 dar maior destaque as denominadas cláusulas consideradas abusivas, aquelas que causam desvantagens ou prejuízos para o consumidor e que causam desequilíbrio entre os direitos e deveres das partes contratantes, especialmente a parte do consumidor.

O consumidor a partir da Lei nº 8.078/90, poderá requerer diretamente em Juízo, a alteração ou exclusão de qualquer cláusula considerada abusiva no contrato, uma vez que estas são consideradas nulas de pleno direito.

Os contratos de adesão, em geral, apresentam-se, atualmente, como o mais frequente meio de celebração dos negócios jurídicos na sociedade brasileira, sendo que, face esta assertiva, os mesmos sofreram diversas transições na economia moderna, que deve se buscar a objetivação do bem comum.

3.CONCEITO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Mencionamos, acima, que nos contratos de adesão encontram-se cláusulas abusivas, as quais prejudicam a parte mais fraca da relação contratual, qual seja, o consumidor. Por este motivo é que o Estado passou a intervir, para que haja equilíbrio na relação contratual, pois está de dever ser de confiança, transparência e o consumidor tem todo o direito de receber todas as informações necessárias.

Pois bem, uma cláusula abusiva se constitui num abuso de direito, ao causar dano ao aderente; ferindo o princípio da boa-fé objetiva e os bons costumes. Quando estes são afrontados, ocorre abuso de direito, reforçando a posição daquele que é mais forte economicamente.

Podemos também definir as cláusulas abusivas, seguindo dois caminhos apontados por CLAUDIA LIMA MARQUES¹⁷, *tais como*:

- 1) uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais 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 (direito) concedido a um agente;
- 2) ou uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade, mas com paradigmas modernos, com a boa-fé objetiva ou a antiga figura da lesão enorme, 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.

Vejamos resumidamente o que diz HELÈNE BRIKS¹⁸ a respeito das cláusulas abusivas:

“Têm a finalidade de reforçar a posição do contratante economicamente forte. Este, ao pré-redigir o contrato e fixar as cláusulas fundamentais, procura sempre assegurar mais o seu negócio, quer sempre livrar-se de riscos que poderiam advir de casos fortuito, visa a tornar-lhe sempre mais fácil a execução.

¹⁷ Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3ª. Edição, p.942

¹⁸ João Bosco L. da Fonseca. *Cláusulas Abusivas Nos Contratos*, p. 129 Apud *Les clauses abusives*, Paris, 1982 – p.09

Consequentemente, terá como efeito tornar mais forte o compromisso de seu contratante. Elas grassam, como uma verdadeira praga, em todos os tipos de contratos de adesão. A desigualdade das partes é, por isso mesmo, flagrante e com tendência de crescimento. As duas características acima apontadas levam a uma terceira, de caráter *objetivo, mensurável*. Tendente o contratante economicamente forte a reforçar e garantir a sua posição, acentuando-se a desigualdade das partes, haverá infalivelmente um *desequilíbrio nas prestações*. Romper-se-á a perfeita reciprocidade. Inexistirá aquele desiderato da *justiça comutativa*, como assinalado por Aristóteles. Este é o ponto nodal da conceituação de cláusula abusiva, que o será justamente por propiciar a concretização de *prestações não equivalentes*. Este critério é o que tende a ser adotado atualmente pelos legisladores, e é o que deverá orientar os tribunais. Não pode mais a indagação a respeito da “intenção de causar dano a outrem” ter prevalência sobre a verificação da *desigualdade, da falta de corresponsabilidade das prestações*.”

Podemos extrair da fala de HELENE BRIKS¹⁹ as palavras:

“desigualdade das partes, desequilíbrio nas prestações, causar dano a outrem e falta de corresponsabilidade das prestações. São palavras que resumem muito bem o conceito de cláusulas abusivas.”

No entanto, faz-se imprescindível mencionar que no Código de Defesa do Consumidor, a distinção entre cláusulas abusivas e ilícitas passou a não existir. Afirma BRIKS que “algumas cláusulas abusivas são também cláusulas ilícitas, isto é, *contrárias a uma regra de ordem pública*”.

É importante adentrarmos a alguns pontos, os quais devemos observar neste capítulo. A pouco nos referimos às cláusulas abusivas como sendo abuso de direito. Para tal, vamos transcrever a seguir o pensamento de alguns autores.

Para SAVATIER,²⁰ “o abuso de direito parece constituir um caso de conflito entre o direito e a moral, ou, com mais precisão, entre um direito positivo pertencente a uma pessoa e o dever moral que lhe incumbe. Usando de seu direito, a pessoa pode faltar a um dever moral”.

¹⁹ Idem, Ibidem, p. 129. Apud H. Briks idem ibidem, p.09

²⁰ R. Savatier, *Des effets et de La sanction du devoir moral em droit positif franaes et devant la jurisprudence*, Paris, 1916 –pgs. 23-24

Para SALEILLES²¹, “seria aquela que veria no abuso de direito um exercício anormal do direito, exercício contrário   destinação econômica ou social do direito subjetivo, exercício reprovado pela consciência pública e ultrapassando por conseguinte o conteúdo do direito; pois todo direito, do ponto de vista social, é relativo, não havendo direitos absolutos, nem mesmo o de propriedade”.

Para RIPERT²², “a regra moral pode ser estudada em sua função normativa quando vem impedir o abuso da forma jurídica que se quereria utilizar para fins que a moral reprov . Contra o princípio da autonomia da vontade ela levanta a necessidade de as partes respeitarem a lei moral, a proteção devida ao contratante que se encontra em estado de inferioridade e que é explorado pela outra parte; ela ensina que a justi a deve reinar no contrato e que a desigualdade das prestações pode ser reveladora da exploração dos fracos; ela lan a a d vida sobre os acordos que são expressão de uma vontade demasiado poderosa dominando uma vontade enfraquecida”.

ser abuso de direito, adentraremos no campo da moral, pois quando há abuso, há afronta a moral, a boa-fé e os bons costumes.

Iniciando pela Moral, o que vem a ser esta. KANT²³ ao procurar estabelecer a distinção entre  tica, direito e moral entendeu que há uma estreita relação entre essas três fontes de obrigação e a dificuldade de se estabelecer um limite definido entre elas.

Vejamos a observação de MARTÍN BERNAL²⁴:

“Existe uma zona em que os preceitos morais e as normas jurídicas coincidem ou se superpõem.      que o Direito e a Moral buscam os mesmos objetivos e perseguem a realização dos mesmos valores”.

Quanto a boa-fé a encontramos em vários t picos do Código Civil. A título de exemplo citamos os artigos 112, 255, 490, 1072, 1318, 1443, 1507, dentre outros.

²¹ Idem Ibidem, p.113 Apud R.Saleilles, * tude Surla Théorie générale de l'obligation d'apr s le premier projet de code civil pour L'empire allomand*, p. 122

²² Idem Ibidem, p.118. Apud G. Ripert, *La r gle morale dans les obligations civiles*, 1935, p.06

²³ Idem Ibidem, p. 118. Apud Kant. *Introducción a La Teoría del derecho*, os. 53-55

²⁴ Idem Ibidem, p. 119 Apud Martín Bernal, *El Abuso del Derecho*, 1982, p. 160

Ao nos referirmos ao Princípio da Boa-Fé, citamos CELSO ANTÔNIO²⁵, por entender que eles representam normas gerais do direito, mandamento nuclear de um sistema que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES²⁶ explica que a boa-fé objetiva está fundada, também, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses da outra parte, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo das relações jurídicas.

É imprescindível que haja na relação contratual os seguintes requisitos: confiança, transparência, solidariedade, cooperação e lealdade. Desta forma, a relação entre as partes será de equilíbrio e o direito do consumidor preservado. O princípio da boa-fé, o qual é o alicerce da relação entre dois ou mais indivíduos, defende os requisitos mencionados.

Para VICENZO²⁷, “A boa-fé possui duas funções, primeiramente ela permite criar a presunção de que há um comportamento leal e que há cooperação entre as pessoas, o que dá maior eficácia ao significado da Justiça; em um segundo momento ela se manifesta como criadora de deveres jurídicos de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão das relações jurídicas e limitadora do exercício de direitos e garantias subjetivos”.

Para finalizarmos sobre o Princípio da boa-fé, o faremos citando o pensamento e ensinamentos de RUI STOCO²⁸, vejamos:

“enquanto conceito ético-social incorporado ao Direito, contém dois sentidos: a) a **boa-fé-lealdade**; e b) a **boa-fé-crença**. Isto “(...) porque a lealdade é o nome da boa-fé.

É a transparência e a sinceridade. Não se exterioriza apenas no princípio da lealdade processual, mas na lealdade com o dever de realizar o justo, com a pacificação social, com a harmonização.”

²⁵ Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 230.

²⁶ Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000

²⁷ Brunela Vieira de Vicenzi. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003.

²⁸ JUDITH MARTINS-COSTA apud RUI STOCO, op. cit., p. 39/40.

Quanto aos bons costumes, o CDC, em seu art. 7, o coloca como uma das fontes do direito, juntamente com os princípios gerais do direito, analogia, e equidade.

Como quer que seja, na expressão “*costumes*” pode-se ver predominantemente um aspecto de *moral social*, ou seja, aquilo que é reconhecido pelo grupo social como uma forma adequada de viver e, sobretudo, de conviver. No âmbito do Código do Consumidor, a expressão *costumes* tem um alcance bem mais amplo, inserida como deve estar no contexto da ordem econômica e social, conforme palavras de JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA²⁹.

Terminamos este capítulo, transcrevendo trechos dos ensinamentos do Autor acima. Vejamos o que diz a respeito:

“Ainda uma dificuldade se apresenta, pela inexistência de uma justiça especializada para dirimir as controvérsias surgidas entre consumidores e fornecedores. O Judiciário se alimenta ainda de fontes ressecadas dos princípios derivados da tese da autonomia da vontade, alicerçada na crença da igualdade das partes do contrato. É possível encontrar ainda decisões judiciais que dizem textualmente: “O contrato é leonino; mas as partes ao assinarem, pelo que ele é válido e deve ser respeitado”, ou ainda: “a cláusula é realmente leonina; mas pacta sunt servanda”. O ensino jurídico também não se apercebeu de que o direito evoluiu; continua-se ainda adorando o Código de Napoleão e idolatrando o Código Civil de 1916, incondicionalmente”.

²⁹ *Cláusulas Abusivas nos Contratos* – pgs. 59-60

4. BREVE SÍNTESE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO CIVIL.

O Código Civil de 2002 é a lei central do sistema de direito privado e serve de base para a conceituação nova do microsistema específico do CDC, naquilo que couber. Neste Diploma Legal encontramos as seguintes características: eticidade, socialidade e economicidade. Tais características realçam mais no contrato, pois é justamente nestes que são consagradas, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a submissão aos efeitos da revisão contratual para que haja reequilíbrio da parte econômica, a qual faz parte entre os integrantes da relação contratual.

No Código Civil de 2002 foram criadas para combater o abuso de direito e a usura real, assim como o estado de perigo e a lesão, invalidando o contrato, a simulação, a qual passou do campo de anulabilidades para o das nulidades, tornando mais forte a repulsa contra os contratos lesivos, os quais privilegiam

Este Diploma Legal, o qual estamos nos referindo, leva sempre em conta a boa-fé objetiva, isto é, o padrão ético do comportamento das pessoas de bem na condução dos negócios, conforme pode-se verificar em seu art. 422.

A boa-fé é a mesma nos contratos civis e nos contratos de relação de consumo. Ocorre que enquanto o CDC considera o consumidor como a parte mais fraca, vulnerável, no Código Civil, ocorrendo desequilíbrio na relação contratual, terá que se apurar, *in concreto*, um abuso cometido em determinado pacto e, provando-se tal fato é que se configurará a ilicitude do negócio.

CLAUDIA LIMA MARQUES³⁰ menciona que:

“O novo Código Civil também supera o individualismo do Código Civil de 1916 e impõe, com base nos princípios da função social dos contratos (art.421), da boa-fé e da probidade (art.422), limites à liberdade contratual em geral e um controle de conteúdo dos contratos e das práticas contratuais civis e comerciais, assim como um controle especial das cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão civis e comerciais (art. 424).

³⁰ Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* – 3a Edição – p. 942

Se este controle ocorrerá nos contratos intercivis e interempresariais, quanto mais nos contratos de consumo, nestes com base expressa no CDC”.

BIANCA MASSIMO³¹ *nos ensina que:*

“ A tendência do direito contratual moderno é no sentido de banir do mercado como um todo (e não apenas no mercado de consumo) o “abuso de posições de domínio contratual”, de forma que mesmo entre empresários as infrações aos princípios éticos (boa-fé objetiva, desequilíbrio econômico, lesão etc) devem comprometer a validade de contratos ou cláusulas”.

É fundamental apurar se determinada situação foi injusta e impôs a parte mais fraca condições abusivas, aproveitando-se de sua necessidade ou inexperiência e boa-fé. Mas não podemos nos esquecer de que o Código Civil leva em conta a *autonomia da vontade*, isto significa que se uma das partes aceitou as condições contratuais conscientemente, mesmo que o contrato em questão seja desequilibrado, não caberá neste caso apontar defeito no contrato civil.

Vejamos os ensinamentos de HUMBERTO THEODORO JUNIOR³² mencionado:

“É possível atacar o contrato civil por transgressão aos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico; mas não da forma direta e automática prevista no Código do Consumidor. O contratante prejudicado terá então que provar o vício do negócio, como a quebra, in concreto, da ética negocial praticada por uma parte contra a outra. Não há, portanto, presunção de abuso no campo genérico das relações presididas pelo Código Civil”.

³¹ Humberto Theodoro Júnior, *Direitos do Consumidor* –p.288

³² Idem, *Ibidem*, p.288-289

5. CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CDC E SUA NULIDADE.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, repressende veementemente as cláusulas abusivas inseridas pelo fornecedor em diversos tipos de contratos de adesão.

O rol apresentado no art. 51 referente às cláusulas abusivas é exemplificativo. As referidas cláusulas abusivas descritas no rol são nulas.

Na parte II deste trabalho, abordaremos os tipos de cláusulas abusivas e mencionaremos jurisprudências, para ilustrar a matéria com as decisões dos tribunais.

É imprescindível que as referidas cláusulas sejam controladas, afastando desta forma, o abuso de direito por parte dos fornecedores em detrimento dos consumidores, a parte mais fraca, vulnerável da relação de consumo.

O Professor NESON NERY JUNIOR mencionou no CDC, de sua autoria, página 453 que:

“ (...) conter o excessivo poder econômico da empresa, e por outro lado, proteger a parte economicamente mais fraca na relação contratual estabelecida nos moldes dos contratos de massa”. Portanto, há mecanismos de controle das cláusulas abusivas, tais como: controles abstratos, concreto, interno, externo, antecipado, posterior, legislativo, administrativo e judicial”.

Citaremos apenas um destes controles, somente a título de conhecimento, para não “fugir” do tema proposto no presente capítulo.

Pois bem, o consumidor tem em suas mãos mecanismos de controle – é o chamado controle interno. O art. 46 do CDC coloca à disposição do consumidor, a informação relativa à validade dos contratos ao prévio conhecimento do seu conteúdo, prerrogativa que pode e deve ser exigida pelo consumidor, conforme mencionou CRISTIANO HEINECK SCHMITT, em sua obra denominada “Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo”.

Voltemos, portanto, ao tema aqui proposto, ou seja, nulidade das cláusulas abusivas descritas no art. 51, o qual se utiliza da expressão ‘nulidade de pleno direito’.

Quando referimo-nos a ordem pública de proteção ao consumidor, reportamo-nos aos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. Vejamos os referidos artigos:

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;

"Art. 48 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor".

Vejamos o que mencionou MOYSES SIMÃO SZNIFER³³:

"Podemos afirmar com segurança que o Direito do Consumidor brasileiro teve origem primordialmente na Constitucional Federal promulgada em 1988, que inseriu em diversos dispositivos a obrigatoriedade de defesa e proteção ao consumidor. Cuida-se do primeiro e único diploma constitucional que contemplou e dispôs expressamente sobre a proteção que deve ser conferida ao consumidor e acerca da criação de um Código de Defesa do Consumidor".

³³ *Proteção Constitucional ao Consumidor* – site: www.jusbrasil.com.br

6. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Como já mencionamos anteriormente, foi com a Carta Magna, em seu art. 5, inciso XXXII, que primeiramente se preocupou sobre a defesa do consumidor; cabendo à União, aos Estados e ao Distrito Federal, e, também, aos Municípios legislar e serem responsáveis nos casos em que ocorrer dano ao consumidor.

Com a finalidade de assegurar a todos os indivíduos existência digna, valorização do trabalho humano e respeito à livre iniciativa, o Constituinte inseriu o Princípio da Defesa do Consumidor na Ordem Econômica. O Constituinte mencionou a expressão “o Estado promoverá a defesa do consumidor”. Tal expressão está ligada a função moderna do Estado.

Transcrevemos trecho em que EROS GRAU³⁴ se pronuncia a respeito da matéria. Vejamos:

“A expressão política pública designa atuação do Estado. Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção. O Estado Moderno atua, enquanto tal, intervindo na ordem social. A mera produção do Direito (onde a instauração de uma ordem jurídica, estatal), a simples definição das esferas do privado e do público – esta última concebida como o universo dentro do qual gravitam os interesses tidos como públicos(e que, por isso, encarnam ‘questões públicas’) – desde logo consubstanciam expressões de atuação interventiva estatal....Deixa o Estado, desde então, de intervir na ordem social exclusivamente como produtor do Direito e realizador de segurança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para que o que faz uso do direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas”.

Vejamos, o que alerta BOBBIO³⁵:

³⁴ João Bosco Leopoldino da Fonseca, *Cláusulas Abusivas nos contratos*- p.173-174

³⁵ Idem, *Ibidem*, p.175

“O fenômeno da publicização do direito se refere ao contínuo crescimento das funções do Estado com relação ao estado agnóstico ou neutro do século passado; o fenômeno do aumento das normas de organização se refere à formação das grandes organizações no âmbito tanto do estado quanto da sociedade civil, isto é, às grandes concentrações de poder na sociedade *moderna*, de que o estado, no sentido específico e restrito da palavra, não é senão uma das manifestações”.

Portanto, o constituinte se preocupou com o bem-estar, a justiça social e o progresso e, para tal, partiu da visualização moderna do Estado como incentivador de tais princípios. O Estado passa a intervir e atuar na defesa do consumidor e, mais especificamente no campo dos contratos e das cláusulas abusivas. A defesa do consumidor ocorre tanto na esfera privada como pública.

Ao se preocupar com a defesa do consumidor, o Constituinte estabeleceu normas de proteção de ordem pública e interesse público, nos termos dos artigos 5, inciso XXXII, 170, inciso V da C.F, e art. 48 de suas disposições transitórias.

O art. 4 do CDC trata da Política Nacional das Relações de Consumo, com a finalidade de atender as necessidades dos consumidores.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA³⁶ nos ensina que:

“A defesa e proteção dos interesses econômicos dos consumidores passam, a teor do disposto no art. 4, agora focalizado, a fazer parte integrante da política econômica a ser adotada e implementada pelo Estado. Estabelece-se uma política nacional de relações de consumo com um objetivo determinado: encarrega-se o Estado de promover o atendimento das necessidades do consumidor. Este artigo é o ponto de inserção do instituto da proteção ao consumidor no âmbito da preocupação do Direito Econômico. Somente a partir desse ângulo, considerando-se a proteção e defesa do consumidor como um campo de atuação do Estado para implantar uma política econômica direcionada a proteger o consumidor e, ao mesmo tempo, garantir o desenvolvimento econômico e tecnológico, têm sentido as medidas de proteção adotadas pelo legislador”.

³⁶ idem, ibidem, p.178

Visto os artigos acima e feitas às considerações pertinentes aos mesmos, agora vamos abordar o **art. 6 do CDC**, o qual menciona sobre os direitos básicos do consumidor. Interessa aqui a leitura dos incisos IV e V. São eles:

IV- A proteção ao consumidor também deve se dar no campo da 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.

A proteção ao consumidor se deve as cláusulas abusivas, assim como as práticas abusivas. Em se tratando de práticas abusivas, as encontramos no art. 39 do CDC.

O art. 39 do CDC apresenta as práticas abusivas contra os consumidores, pois trata-se das relações entre fornecedores e consumidores não incluídas em contratos formais, ocasionando abusos de direito. O rol apresentado é taxativo e os critérios concretos são expostos para se reconhecer o abuso de direito e são considerados critérios de identificação.

Vejamos o referido artigo:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I- condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

XI - Dispositivo incluído pela [MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999](#), transformado em inciso XIII, quando da conversão na [Lei nº 9.870, de 23.11.1999](#)

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Tal artigo refere-se ao abuso de direito, uma vez que o contrato não é formal e o instrumento não é concretizado. Por este motivo, o Legislador preocupou-se com as práticas abusivas, as quais não dão também à relação de consumo o devido equilíbrio e boa-fé. O consumidor está amparado pelo CDC quanto às práticas abusivas, pois no inciso IV do art. 6, o mesmo reza:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como

contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Quanto ao art. 51 do CDC, o qual trata das cláusulas abusivas, já tratamos de forma geral sobre o assunto na parte I deste trabalho. Na parte II deste trabalho que inicia-se a seguir, veremos cada uma das cláusulas abusivas descritas no rol exemplificativo do artigo em questão.

7. ARTIGO 51 DO CDC

Antes de transcrevermos adiante o artigo 51 do CDC, devemos ressaltar, a seguir, alguns pontos importantes.

A preocupação do Legislador Brasileiro ao instituir no artigo 51 um rol de cláusulas abusivas, é para que as mesmas tenham nulidade absoluta. A relação de cláusulas abusivas inseridas no referido artigo, veio para que haja um controle judicial *ex officio* e, a intenção é de que diminuam referidas cláusulas no contrato de adesão oferecidos no mercado. A intenção é impor limites para reduzir a autonomia da vontade, impondo cláusulas imperativas, a fim de proteger o consumidor e, consequentemente o equilíbrio da relação contratual.

CLAUDIA LIMA MARQUES³⁷ leciona que:

“Tais normas são de ordem pública, imperativas e inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da “vontade”, das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática. Passamos aceitar no Brasil, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como equidade contratual e a boa-fé objetiva, os quais permitem ao Poder Judiciário um novo e efetivo *controle do conteúdo* dos contratos de consumo. Este mesmo espírito de controle do conteúdo do contrato encontra-se no Código Civil de 2002 – arts. 421 a 424”.

Vejamos, portanto, os artigos 421 a 424 do Código Civil de 2002, os quais estão inseridos no Título V Dos Contratos em Geral, Capítulo I- Das Disposições Gerais e Seção I- Preliminares:

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

³⁷ Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* – 4ª. Edição – Revista dos Tribunais - p.1109

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

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Ao analisarmos os referidos artigos, verificamos que a preocupação do Legislador era permitir que o Poder Judiciário tenha um novo e efetivo controle do contrato.

Por fim, a referida postura do Legislador tanto em um diploma processual como em outro, é de que estejam presentes na relação contratual os princípios da boa-fé, equidade, respeitando o interesse de ambas as partes, sem que sejam prejudicadas. Especificamente no CDC este foi elaborado, conforme nos ensina CLAUDIA LIMA MARQUES³⁸, “para “desiguais”, para “diferentes” em relações mistas, entre um consumidor e um fornecedor. É *Código* (todo construído sistemático) de *proteção* (ideia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do *Consumidor*!”.

Diante do exposto, transcrevemos, a seguir, na íntegra o teor do artigo 51 do CDC, o qual estudaremos nos capítulos a seguir. Vejamos:

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;

³⁸ idem, ibidem, p.1236

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.

Nos Capítulos a seguir, da Parte II deste trabalho acadêmico, abordaremos cada inciso do artigo 51, uma vez que cada um deste trata de um tipo de cláusula abusiva apresentada(s) nos contratos de adesão, prejudicando de tal forma, a parte mais vulnerável na relação contratual; o Consumidor.

8. CLÁUSULA ABUSIVA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR.

A cláusula abusiva de limitação de responsabilidade do fornecedor encontra-se no inciso I do art. 51. Vejamos:

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.

Ora, aqui, o fornecedor deve assumir o risco do negócio, portanto, se o produto e serviços encontram-se com vícios, seja ele de qualquer natureza, o fornecedor tem a obrigação, a responsabilidade de reparar o dano.

Deve-se sempre prevalecer na relação de consumo a boa-fé e a equidade.

Pois bem, ao analisarmos o inciso I, dividiremos em partes para um melhor esclarecimento a respeito da matéria.

Na primeira parte verificamos que:

- 1- A cláusula que impossibilite, exonere ou mesmo atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios, é nula;
- 2- A cláusula contratual que implique renúncia ou disposição de direitos, é nula.

O fornecedor sempre responderá por vícios dos produtos ou serviços.

O Professor RIZZATTO NUNES³⁹ cita como exemplo as cláusulas que desoneram o fornecedor de responder por sua inadimplência contratual, como o atraso na entrega do produto, a renúncia do consumidor por valor adiantado, a obrigação de o consumidor adimplir sem que o fornecedor o tenha feito etc.

³⁹ Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p.698

Na segunda parte do inciso em questão, a qual menciona que permite a indenização a limitação da indenização, quando se trata do consumidor pessoa jurídica

Tal norma menciona que “a indenização poderá ser limitada em situações justificáveis.

RIZZATTO NUNES⁴⁰ nos ensina que:

“ A nosso ver, essa expressão (“situações justificáveis”), que é, de fato, um limite posto à exceção aberta da possibilidade de estipular cláusula que, por sua vez, também limite o dever de indenizar, pressupõe duas hipóteses para o atingimento de sua finalidade: a) que o tipo de operação de venda e compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo; b) que a qualidade do consumidor pessoa jurídica, de sua parte, também justifique uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora. Note-se, além disso, que a norma apenas permite que a negociação recaia no *quantum da indenização*, para limitá-la, o que implica dizer que não pode haver cláusula exonerando totalmente o fornecedor do dever de indenizar. É o que se extrai da letra da lei, que dispõe que “ a indenização poderá ser limitada”. Logo, não pode ser eliminada”.

Pois bem, visto os ensinamentos do Professor RIZZATTO NUNES, veremos a seguir, o que PAULO LUIZ NETO LÔBO mencionou sobre o referido inciso.

PAULO LUIZ NETO LÔBO⁴¹ entende que:

“ A interpretação literal deste inciso poderia levar à conclusão de que a lei restringiu-se à hipótese dos vícios do próprio objeto (coisa ou serviço). Estariam excluídos os vícios de direito (evicção) e a responsabilidade por fato do produto ou serviço? Apesar da redação imprecisa ou a técnica do dispositivo, a interpretação sistemática conduz à inclusão de todas as hipóteses de responsabilidade civil nas relações de consumo.

⁴⁰ *idem*, *ibidem*, p.699

⁴¹ *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas* – p. 176

A Lei brasileira destinou o capítulo IV do Título I à responsabilidade civil, em três seções, cuidando de todas as hipóteses possíveis de reparação de dano emergente dessas relações. O art. 25 fecha o círculo ao determinar que é vedada a cláusula “que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”. Em suma, todas as condições gerais que limitem ou excluam responsabilidade são, nas relações de consumo, consideradas abusivas. Esta é a regra geral”.

Terminamos este capítulo, transcrevendo abaixo jurisprudência, extraída do site jus brasil sobre a cláusula ora estudada, vejamos:

DIREITO CIVIL. PENHOR. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROUBO/FURTO DE JÓIAS EMPENHADAS. CONTRATO DE SEGURO. DIREITO DO CONSUMIDOR. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. CLÁUSULA ABUSIVA. AUSÊNCIA DE INDÍCIO DE FRAUDE POR PARTE DA DEPOSITANTE. I - O contrato de penhor traz embutido o de depósito do bem e, por conseguinte, a obrigação acessória do credor pignoratício de devolver esse bem após o pagamento do mútuo. II - Nos termos do artigo 51, I, da Lei 8.078/90, são abusivas e, portanto, nulas, as cláusulas que de alguma forma exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios no fornecimento do produto ou do serviço, mesmo que o consumidor as tenha pactuado livre e conscientemente. III - Inexistente o menor indício de alegação de fraude ou abusividade de valores por parte da depositante, reconhece-se o dever de ressarcimento integral pelos prejuízos morais e materiais experimentados pela falha na prestação do serviço. IV - Na hipótese dos autos, em que o credor pignoratício é um banco e o bem ficou depositado em cofre desse mesmo banco, não é possível admitir o furto ou o roubo como causas excludentes do dever de indenizar. Há de se levar em conta a natureza específica da empresa explorada pela instituição financeira, de modo a considerar esse tipo de evento, como um fortuito interno, inerente à própria atividade, incapaz de afastar, portanto, a responsabilidade do depositário. Recurso Especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

s Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

(STJ - REsp: 1133111 PR 2009/0143980-9, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 06/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2009)

(negrito nosso)

9. CLÁUSULA ABUSIVA DE IMPEDIMENTO DE REEMBOLSO

Ao estudarmos o CDC, verificaremos que no art. 53 o mesmo trata do reembolso das quantias pagas nos contratos de compra e venda de móveis e imóveis mediante o pagamento em prestações, sendo “nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor”, é o que nos ensina PAULO LUIZ NETO LÔBO⁴².

Sendo assim, vejamos o que nos diz o caput do art. 53 na íntegra:

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.

Portanto, encontramos no CDC no artigo acima o que diz respeito ao reembolso da quantia paga. Mas não é somente neste artigo que encontramos a cláusula abusiva sobre o não reembolso de quantia paga. Ao examinarmos o CDC, encontramos também no inciso II do parágrafo 1 do art. 18 e do parágrafo 3 do mesmo artigo; no caso do inciso IV do art. 19 e também do inciso II do art. 20 e no art. 49; conforme nos ensina RIZZATTO NUNES⁴³. Sendo assim, vejamos cada artigo mencionado acima.

Primeiramente, é importante ressaltar que os artigos 18, 19 e 20 estão inseridos no CDC, no Capítulo IV, Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos, e na Seção III, Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço. Quanto ao artigo 49, o mesmo encontra-se no Capítulo VI, Da Proteção Contratual, Seção I, Das Disposições Gerais.

Feita as considerações acima, iniciaremos a leitura e análise dos artigos mencionados. Vejamos:

⁴² condições Gerais dos contratos e Cláusulas Abusivas – p. 167

⁴³ Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 700

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; (grifo nosso)

III - o abatimento proporcional do preço.

Vejamos que caso o produto e serviço apresente vício, o consumidor tem três alternativas, sendo que uma delas, inciso II é o reembolso da quantia paga.

Analisando ainda o art. 18, encontramos no parágrafo 3 o seguinte:

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

Ao fazermos a leitura do parágrafo acima, notamos que sempre que houver a extensão do vício, o consumidor poderá se utilizar do parágrafo 1 do mesmo artigo que dá ao consumidor três alternativas, e, como já vimos, uma delas é o reembolso da quantia já paga (inciso II).

Vejamos o art. 19, inciso IV:

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Pois bem, como já havíamos visto, o fornecedor responde pelos vícios do produto e serviço. Este artigo faz menção a quantidade do produto, ou seja, em caso de vício responderá o fornecedor por tal e o consumidor tem a seu favor quatro alternativas à sua escolha, sendo que uma delas, é o reembolso da quantia já paga.

Vejamos o art.20, inciso II:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Nota-se que aqui, faz o artigo 20 menção ao vício quanto à qualidade do produto. O Fornecedor é responsável por tal e sendo assim, a lei faculta ao consumidor escolher uma das três alternativas que melhor lhe aprouver. Uma das alternativas, o inciso II, trata também do reembolso da quantia já paga.

Vejamos, finalmente, a situação da regra do artigo 49:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 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.

Note-se que a regra acima, trata do direito de arrependimento do consumidor, o qual tem o prazo de 07 dias para tal, nos casos da compra ter ocorrido fora do estabelecimento comercial. Acrescenta-se aqui, a compra realizada também pela internet. Neste caso, conforme parágrafo único, os valores pagos deverão ser reembolsados imediatamente e atualizados monetariamente.

Em suma, o consumidor tem o direito de reembolso da quantia paga e a cláusula que veda tal direito é nula, por tratar-se de abusividade.

Vejamos jurisprudência:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CDC. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA, NÃO CONHECIDA. RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM DEVOLUÇÃO QUANTIA PAGA. CONFORME ASSENTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, MERO DISSABOR OU CONTRATEMPO DO COTIDIANO, NÃO CARACTERIZA DANO MORAL INDENIZÁVEL. DECISÃO: RECURSO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1- Não se conhece de questão processual que pretende a nulidade da sentença, em não sendo indicadas as razões do cerceamento de defesa, porquanto as razões expendidas se subsumem ao mérito da causa, com argumentação de inexistência de defeito no serviço prestado a recorrida. 2- Como observado na sentença, há comprovação do depósito da primeira parcela da compra da máquina fotográfica e os documentos juntados pela recorrente não demonstram o envio do contrato à consumidora. 3- Em face do inadimplemento contratual, a rescisão do contrato e retorno das partes ao estado anterior, sem ônus para a consumidora, é medida imperativa. 4- Conforme assentado na jurisprudência do STJ, mero dissabor não caracteriza dano moral indenizável. 5- Recurso provido, em parte, sentença parcialmente reformada.

Acordam os Senhores Juízes da **2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, **IRACEMA MIRANDA E SILVA** – Relatora, **CÉSAR LOYOLA** – Vogal, **JOSÉ**

GUILHERME – Vogal, sob a presidência do Juiz **CÉSAR LOYOLA**, em **CONHECER DO RECURSO, NÃO CONHECER DA PRELIMINAR, DAR PARCIAL PROVIMENTO, SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, POR UNANIMIDADE**, de acordo com a ata do julgamento.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2008.

IRACEMA MIRANDA E SILVA

Relatora

10. CLÁUSULA ABUSIVA DE TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO FORNECEDOR A TERCEIROS.

O consumidor ao tratar com o fornecedor produtos e serviços, este tem a responsabilidade total caso ocorra vício ou defeito. Não pode o fornecedor alegar que a responsabilidade é de terceiro, afinal o consumidor não contratou terceiros, mas sim, o fornecedor.

Vejamos o inciso III do art. 51:

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

III - transfiram responsabilidades a terceiros.

O inciso III do referido artigo é bem claro a respeito. O fornecedor é o responsável pelo fato do produto e do serviço, não podendo eximir-se de tal obrigação.

RIZZATTO NUNES⁴⁴ nos esclarece que:

“Não há impedimento para o fornecedor contratar seguro para se garantir contra prejuízos pela necessidade de pagamento de indenização por acidente de consumo, como fazem os estacionamento, por exemplo”. Vejamos o que diz respeito o artigo 101 do CDC, sobre o réu que contratou seguro:

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil.

⁴⁴ Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p.701

Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

Portanto, em uma ação na qual o fornecedor figura como réu poderá o mesmo chamar à lide a seguradora. Veja-se que caso o pedido seja procedente, o réu será condenado nos termos do artigo 80 do Código de Processo Civil. Vejamos o que menciona tal artigo:

Art. 80. A sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar.

A leitura e análise deste artigo nos mostra que fornecedor e seguradora responderão solidariamente ao serem condenados.

Outro ponto a ressaltar, é nos casos em que o fornecedor está falido. Sendo assim, o síndico da massa falida será notificado para informar se há seguro de responsabilidade, pois, havendo, este responderá pelos danos arcados pelo consumidor na ação de indenização.

Vejamos, a seguir, jurisprudência a respeito da cláusula estudada no presente capítulo, extraída do site jus Brasil:

▬

E M E N T A

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. SAQUE EM CONTA CORRENTE BANCÁRIA E COMPRAS EFETUADAS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DO DEFICIENTE SERVIÇO BANCÁRIO. INEFICÁCIA DAS ALEGAÇÕES DE CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIROS COMO EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE E DE RESPONSABILIDADE. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE NEGOCIAL– ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CCB/02. ÔNUS PROBANTE. ALEGAÇÕES DESPIDAS DE ARCABOUÇO PROBATÓRIO. FOTOGRAFIAS DOS CAIXAS ELETRÔNICOS. PROVA DA FRAUDE. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO SOBRE A DILIGÊNCIA JUNTO AO CLIENTE NO SENTIDO DE VERIFICAR-SE A LISURA DAS

COMPRAS. DEVER DE CUIDADO OBJETIVO DESCUMPRIDO. ALEGAÇÕES DESRESPEITOSAS, NO SENTIDO DE TER SIDO DOLO OU CULPA DO CONSUMIDOR, TERCEIROS A ELE LIGADOS OU DE SEUS FAMILIARES QUE PROCEDERAM AOS SAQUES. ARGUMENTOS DESPIDOS DE QUALQUER PROVA. PROVAS DOS AUTOS QUE CONDUZEM À OUTRA CONCLUSÃO. DÚVIDA QUE DEVE PESAR A FAVOR E NÃO CONTRA O CONSUMIDOR. DEVER DE RESTITUIR O VALOR INDEVIDAMENTE RETIRADO DA CONTA CORRENTE DO AUTOR. DANOS MATERIAIS SUPORTADOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTA E. CORTE.

1. Os saques em conta-corrente inserem-se no contexto do contrato firmado entre o particular e o Banco, nos limites do CDC – Código de Defesa do Consumidor;
2. Os serviços incrementados pela Instituição Financeira não respondem apenas à manutenção e aumento dos já conhecidos lucros empresariais, devendo responder também pelos riscos da atividade desenvolvida (art. 927, parágrafo único, do CCB/02) uma vez que cabe à Instituição prover a segurança do Correntista e arcar com valor indevidamente sacado e com as compras indevidamente efetuadas;
3. Nos termos do art. 14, do CDC c/c art. 927, parágrafo único do CCB/02, a Instituição Bancária responde objetivamente pelos saques indevidos, realizados por supostos fraudadores, porquanto previsível o risco de tal ocorrência ilícita, inerente à atividade empresarial desenvolvida pela Instituição, e não ser justo imputar tal risco ao cliente e consumidor do serviço, mesmo em se considerando a Recorrente como co-vítima da suposta fraude. Ademais, não comprovou ter diligenciado junto ao cliente, no sentido de verificar se as compras eram realmente por ele efetuadas, imiscuindo-se, assim, do seu dever de cuidado objetivo;
4. As fotografias juntadas aos autos, ao contrário do quer fazer crer a Apelante, fazem prova da fraude e não do saque efetuado pelo consumidor;
5. “O fornecedor de serviços responde, independentemente de existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por

defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição e riscos. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento e o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam.”

6. Não existem sistemas eletrônicos ou de informática totalmente isentos de fraude, infalíveis, pelo que a alegação de que o cartão não poderia ter sido clonado não se sustenta, mormente quando despido de prova neste sentido. Ainda não se pode olvidar de sua responsabilidade alegando fato de terceiro, em razão da aplicação direta do dever de cuidado objetivo, do risco do negócio, em que não conseguindo evitar o dano, tem o dever de indenizar, à Inteligência do art. 927 do CCB/02;

7. Não são motivo suficiente à reforma da Sentença as simples alegações desabonadoras ao Autor, de que ou este ou pessoa por ele autoriza ou mesmo seus familiares procederam à retirada do numerário ou efetuaram as compras, quando despidas de quaisquer provas, ficando apenas no campo das conjecturas e especulações, cuja dúvida dever ser revertida em favor e não contra o consumidor;

8. Configurada a responsabilidade objetiva do recorrente pelo dano material suportado, em razão do demonstrado desfalque do numerário em conta corrente, nos termos do art. 186 c/c art. 927, do CCB/02, impõe-se o dever de indenizar.

Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

11. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ E EQUIDADE

A Cláusula geral da boa-fé e equidade encontra-se no art. 51, inciso IV, a saber:

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

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

Neste caso, quando o consumidor estiver em desvantagem pelas obrigações impostas no contrato, afrontando a boa-fé e equidade, isto é, o equilíbrio na relação de consumo, a cláusula é nula.

Ressaltamos que o Princípio da Boa-fé e Equidade deve prevalecer em todos os tipos de contratos de consumo. Sendo assim, tal princípio é considerado cláusula geral.

RIZZATTO NUNES menciona em seu livro – Comentários ao Código de Defesa do Consumidor -Lei n. 8078 de 11-9-1990, páginas 706 e 707, as palavras de PAULO LUIZ NETO LÔBO e da Professora MIRELLA D'ANGELO CALDEIRA no que se refere a “boa-fé”.

Vejamos as palavras de PAULO LUIZ NETO LÔBO:

“ A boa-fé sempre se entroncou historicamente com a equidade. O juízo de equidade conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado na busca do equilíbrio dos poderes contratuais, tendo de um lado o predisponente e de outro o aderente típico. Não atua no plano da política legislativa. Apesar de trabalhar com critérios objetivos, com ‘standards’ valorativos e com o efeito ‘erga omnes’ da decisão, a equidade é entendida no sentido no sentido aristotélico de justiça do caso concreto. No caso, a equidade surge como corretivo ou impedimento das condições gerais iníquas ou que provocam vantagem injusta ao predisponente em relação a qualquer aderente. A ideia da lei é que existam critérios definidos referenciáveis em abstrato e que o juiz – intérprete não os substitua por mera apreciação discricionária”.

Vejamos as palavras da Professora MIRELLA D'ANGELO CALDEIRA:

“Como a equidade aparece na Lei n. 8078 na condição de cláusula geral, funciona como princípio de equidade contratual, determinando que o intérprete busque encontrar e manter as partes em equilíbrio na relação obrigacional estabelecida, com o fim de alcançar uma justiça contratual. A Lei quer proteger os legítimos interesses e expectativas das partes. O que importa é o efeito do contrato. Se houver desequilíbrio, desigualdade entre as partes, o contrato deverá ser revisto e até mesmo alterado”.

Em suma, a boa-fé e a equidade ‘andam’ sempre juntas, com a finalidade de que haja na relação contratual o equilíbrio entre as partes, colocando o consumidor no mesmo patamar do fornecedor, para sanar a fragilidade em que se encontra o consumidor.

Vejamos, jurisprudência sobre cláusula sobre a boa-fé e equidade.:

º 71005386255 (Nº CNJ: 0009727-65.2015.8.21.9000)

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE COBRANÇA. EMPRÉSTIMO REALIZADO VERBALMENTE PELAS PARTES. ADMITIDA A NEGOCIAÇÃO PELA RÉ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. APLICAÇÃO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA DOS CONTRATOS. TESTEMUNHAS QUE CORROBORARAM AS ALEGAÇÕES DO AUTOR. MANTIDA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Quarta Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **Dr.^a Glaucia Dipp Dreher (Presidente)** e **Dr. Nilton Carpes da Silva**.

Porto Alegre, 27 de março de 2015.

DRA. GISELE ANNE VIEIRA DE AZAMBUJA,

Relatora.

RELATÓRIO

THEOLINDO LANSING ajuizou ação de cobrança contra MARTA NASS QUINOT.

Narrou ter emprestado o valor de R\$1.000,00 para a ré. Disse que o empréstimo foi realizado verbalmente. Contou que até o ajuizamento da demanda a ré não realizou o pagamento acordado pelas partes, não tendo tido êxito em obter o valor amigavelmente. Requereu a condenação da ré ao pagamento de R\$1.000,00.

A ré contestou o feito oralmente em audiência (fl. 16), confirmando ter realizado empréstimo verbal no valor de R\$1.000,00. Asseverou já ter realizado o pagamento do valor diretamente para Sra. Elmira, companheira do requerente, em dinheiro. Postulou a improcedência da ação.

Foram ouvidas testemunhas pelo sistema audiovisual (fl.18).

A ação foi julgada procedente para condenar a ré ao pagamento de R\$1.000,00, devidamente corrigido. (fls. 19/20).

Recorreu a ré (fls. 22-26).

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja (RELATORA)

Eminentes colegas.

Analisados os pressupostos de admissibilidade estipulados pelo art. 42 da lei 9.099/95 passo ao exame do recurso. A sentença merece ser mantida, restando desprovido o recurso interposto.

Incontroverso nos autos o empréstimo realizado entre as partes, no valor de R\$1.000,00, de forma verbal, tendo a própria ré admitido o empréstimo, em audiência.

A ré alega ter efetuado o pagamento do valor para a Sra. Elmira, companheira do autor. Todavia, esta foi ouvida em audiência e afirmou não ter recebido nenhum valor referente ao contrato formado entre as partes.

Com base na aplicação da boa-fé objetiva dos contratos, tenho que devida a cobrança do empréstimo, tendo as testemunhas ouvidas em audiência conformado a tese apresentada pelo autor, desincumbindo-se do seu ônus, nos termos do art. 333, I do CPC.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** e condenar a recorrente ao pagamento da sucumbência, fixado os honorários em 15% sobre o valor da condenação. Suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade de justiça deferido (fl. 29).

Dr.ª Glaucia Dipp Dreher (PRESIDENTE) - De acordo com o (a) Relator (a).

Dr. Niwton Carpes da Silva - De acordo com o (a) Relator (a).

DR.ª GLAUCIA DIPP DREHER - Presidente - Recurso Inominado nº 71005386255, Comarca de Crissiumal: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME."

Juízo de Origem: JUIZADO ESPECIAL CIVEL ADJUNTO CRISSIUMAL - Comarca de Crissiumal

12. CLÁUSULA ABUSIVA DE INVERSÃO PREJUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA.

Antes de mais nada, é fundamental conceituarmos o que vêm a ser ônus da prova.

Segundo HUMBERTO THEODORO JUNIOR⁴⁵, ônus da prova é como:

“Uma conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela narrados seja admitida pelo juiz”, ou seja, cabe a quem acusa provar a verdade dos fatos”.

É nada mais nada menos, que uma obrigação do autor provar a verdade dos fatos por ele narrados na peça inicial.

Já KAZUO WATANABE⁴⁶ o conceitua como sendo:

“O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

Isto quer dizer, que no caso das relações de consumo, a parte que é detentora das informações técnicas e específicas dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor, é o fornecedor, o fabricante. São, portanto, os detentores do poder econômico e, por este motivo tem uma certa vantagem sobre o consumidor.

O art. 3 do CDC conceitua o que vem a ser fornecedor. Vejamos:

Art. 3º. Fornecedor é 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.

Posto isto, para que a relação entre as partes ocorram de forma equilibrada, e o consumidor não se prejudique, uma vez que é a parte hipossuficiente nesta relação, nada mais justo que ocorra a inversão do ônus da prova.

⁴⁵ Curso de direito Processual Civil – p. 106

⁴⁶ Código Brasileiro de Defesa do consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto – p.795

Esta é uma forma de preservar os direitos e interesses do consumidor, respeitando-se o disposto no art. 1º do CDC. A defesa do consumidor é como cláusula pétrea, consagrada pela Constituição Federal, conforme art. 5, XXXII.

Pois bem, o CDC, em seu art. 6º, VIII reporta-se ao ônus da prova. Vejamos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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.

Ao juiz cabe decidir sobre os direitos das partes, sobre a produção das provas, a inversão do ônus da prova, agindo com discernimento e com embasamento nas leis e nos princípios, para que os requisitos possam ser julgados. Um dos critérios a ser analisado é a hipossuficiência do consumidor, que nada tem a haver com classe social, escolaridade, sexo, cor, raça, etc.

KAZUO WATANABE⁴⁷ nos ensina que:

“Numa relação de consumo [...] a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois somente ele tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica. [...] Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova, para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor”.

Portanto, ao ser analisado a hipossuficiência do consumidor, esta não tem haver com classe social, escolaridade, sexo, cor, raça, etc.

Outro fator a ser analisado pelo juiz é a verossimilhança das alegações, isto é, ao verificar o juiz de que a alegação feita na inicial é verossímil, tem aparência de verdade, o consumidor será beneficiário do direito à inversão do ônus da prova.

⁴⁷ Código Brasileiro de Defesa do consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto – p.794

Em suma, hipossuficiência e verossimilhança são critérios que deverão ser analisados pelo juiz antes de conceder este direito ao consumidor.

Sendo assim, o CDC permite a inversão do ônus da prova, conforme verificamos em seu art. 6º, inciso VIII e nos arts. 12, parágrafo 3, 14, parágrafo 3º e art. 38 o ônus de provar é do fornecedor. Vejamos a seguir os mencionados artigos, com exceção do art. 6º, visto anteriormente. São eles:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Desta feita, é nula a cláusula que estabeleça a inversão do ônus em prejuízo do consumidor.

Finalizamos o presente capítulo com a jurisprudência a seguir:

☐☐

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 144.269-9, DE IBAITI.
Agravante: BANCO DO BRASIL S.A.
Agravados: OLIVEIRA & CARNASCIALI LTDA.,
TEREZA CRISTINA DE OLIVEIRA CARNASCIALI e
OUTRO.
Relator: Des. DOMINGOS RAMINA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE
COBRANÇA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
APLICAÇÃO AOS CONTRATOS BANCÁRIOS.
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA
TÉCNICA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO
PROVIDO.

1. Sendo os bancos comerciantes, assim definidos já no vetusto Código Comercial de 1850 (art. 119), estão caracterizados como fornecedores de produtos e prestadores de serviços (art. 3º, caput e seus §§, do CDC), enquanto que os tomadores de crédito bancário ou usuários de quaisquer serviços prestados pelas instituições financeiras são consumidores, ainda que por equiparação, abrangidos pelo disposto no art. 29 do mesmo Código de Defesa do Consumidor.

2. A inversão do ônus da prova tem como fundamento a hipossuficiência do consumidor, não só no plano econômico, mas também jurídico, principalmente processual, porque não raras as vezes está o consumidor impossibilitado de comprovar seu direito por ausência de dados, enquanto o fornecedor tem ao seu alcance todos os elementos indispensáveis para a produção da prova

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 144.269-9, oriundos da Comarca de Ibaíti, em que é agravante Banco do Brasil S.A., sendo agravados Oliveira & Carnasciali Ltda., Tereza Cristina de Oliveira Carnasciali e Ney Carlos Carnasciali.

CONTRATO BANCÁRIO - CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - MONOPÓLIO DA
PROVA - ÔNUS DE PRODUZIR - INVERSÃO -
PERÍCIA - DEPÓSITO DOS HONORÁRIOS.
 Evidenciada, no contexto do caso, a hipossuficiência do consumidor perante a instituição financeira, deve ser

aplicado o preceito da inversão do ônus da prova, para que esta seja produzida por quem exerce, francamente, o monopólio das informações pertinentes ao negócio, contidas nos escaninhos herméticos da sistemática bancária.

Agravo desprovido. (TJ, Ac. 8244, 5ª CC, rel. Des. Luiz Cezar de Oliveira, DJ de 12.3.02). (negrito nosso)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO CONTRATUAL. CONFISSÃO DE DÍVIDA. DECISÃO QUE INDEFERIU PERÍCIA NOS CONTRATOS QUE ORIGINARAM A AVENÇA REVISANDA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, ENTENDENDO AUSENTES A HIPOSSUFICIÊNCIA E A VEROSSIMILHANÇA. PRELIMINARES RELEGADAS PARA ANÁLISE EM OUTRA FASE DO PROCESSO. POSSIBILIDADE DE SE DISCUTIREM OS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA A CONSTITUIÇÃO DO VALOR EXIGIDO, AINDA QUE REMONTEM AOS INSTRUMENTOS ORIGINÁRIOS. HIPOSSUFICIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA CARACTERIZADAS. PLEITO RECURSAL QUE INCLUI O EXAME DAS PRELIMINARES NÃO ANALISADAS NO PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTO NÃO CONHECIDO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

1 Na execução de confissão de dívida originada de contrato de abertura de crédito em conta corrente, facultase ao devedor a discussão sobre os critérios adotados para a constituição do valor exigido, ainda que remontem ao instrumento originário. Precedentes do STJ.

2 A hipossuficiência de que trata o Código de Defesa do Consumidor é de ser entendida como a diminuição da capacidade do consumidor não apenas sob a ótica econômica, mas também sob o prisma do acesso à informação, educação, associação e posição social.

3 O fato alegado pelo consumidor deve conter um determinado grau de verdade que convença o juiz da possibilidade de inverter o ônus da prova; desses indícios, extrairá o magistrado a verossimilhança, levando em conta o que ordinariamente acontece. (TA, AI 166.096-0, 3ª CC, rel. Juiz Conv. José Maurício Pinto de Almeida, julg.2.4.02). (negrito nosso)

13: CLÁUSULA ABUSIVA DE ARBITRAGEM COMPULSÓRIA.

A Cláusula de arbitragem compulsória na relação de consumo é considerada abusiva, uma vez que permite a indicação de um árbitro ou julgador, contratado pela parte mais forte ou remunerado por este.

Ora, na relação de consumo, a parte mais forte como é de nosso conhecimento é o fornecedor. Sendo assim, a relação de consumo passa a ficar desequilibrada, afinal, é uma unilateralidade abusiva, tornando o consumidor mais vulnerável.

Os arts. 4, incisos I e V e art. 51, incisos IV e VII do CDC tratam a referida cláusula como abusiva. Vejamos:

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

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

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

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

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

Portanto, ir a favor da arbitragem compulsória na relação de consumo, é ir contra as necessidades do consumidor, a boa-fé, a equidade, não reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, colocar este em desvantagem exagerada; ou seja, é ir contra todos os princípios basilares que

encontramos no CDC. É ir contra o que dispõem o art. 1º do CDC, ou seja, contra as normas de proteção e defesa do consumidor.

Sendo assim, se tal cláusula for imposta ao consumidor no contrato de adesão, transforma a arbitragem voluntária em compulsória, devido à aplicação da Lei 9.307 de 1996, em seu art. 4º. Vejamos:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Vejamos jurisprudência a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - CONTRATO DE ADESÃO - CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM - NULIDADE.

- É nula de pleno direito a cláusula contratual que prevê arbitragem compulsória em contrato de adesão.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - RELAÇÃO DE CONSUMO - POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS - ARBITRAGEM - ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. Em se tratando de relação de consumo, é possível que se modifiquem as cláusulas que destoem das disposições do **CDC** (art. 6º, V), mormente as que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV do **CDC**). - Nos contratos de adesão, é nula de pleno direito cláusula contratual que prevê arbitragem compulsória (art. 51, VII do **CDC**)"(TJMG, AI n. 1.0024.08.058093-9/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, J. 20-05-2009)- (negrito nosso).

"PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, seja no próprio contrato negocial ou em outro documento aditivo. Importante salientar que, uma vez acordada, ela obriga às partes a resolver o conflito através do Juízo Arbitral, por essa razão, a lei exige a manifestação de vontade das partes ao aderirem à cláusula compromissória, sob pena de ser declarada nula. A indicação em cláusula compromissória, de solução de conflitos eventuais e futuros por intermédio de juízo arbitral em relações de consumo decorrentes de contratos padrão ou de adesão, é nula de pleno direito" (**TJMG, AC n. 1.0024.08.180398-3/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Duarte de Paula. J. 05-05-2010**) – (negrito nosso).

14. CLÁUSULA ABUSIVA DE REPRESENTANTE IMPOSTO.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor utilizava o fornecedor de uma prática bastante comum na época, que era inserir nos contratos uma cláusula, na qual o consumidor nomeava um representante (procurador), para que este em seu nome, emitisse nota promissória, avalizasse cambiais, etc.

O fornecedor era a pessoa que indicava o procurador, o qual era ligado a ele. Algumas vezes, o procurador era funcionário, gerente ou diretor do fornecedor.

A cláusula inserida no contrato sobre a imposição de representante, é a chamada “cláusula-mandato”.

“A cláusula é considerada abusiva pela presunção absoluta de um desequilíbrio, afastando do vulnerável negocial o exercício efetivo de seus direitos”, conforme nos ensina TARTUCE E NEVES⁴⁸.

Não é justo o fornecedor prevalecer-se da fragilidade e vulnerabilidade do consumidor para impor representante. É neste sentido que aplica-se a Súmula 60 do STJ. Vejamos a referida Súmula:

Súmula 60 do STJ: É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.

A referida Súmula originou-se de reiterados julgamentos de litígios envolvendo instituições de crédito e mutuários, onde previa-se em cláusula instrumentária, poderes genéricos e inespecíficos para que terceira personalidade jurídica, integrante do mesmo grupo econômico do mutuante, assumisse obrigações e emitisse títulos de crédito em nome do mutuário, em seu exclusivo arbítrio e interesse (dela, a instituição mutuante). (site e-gov)

Vejamos as ementas a seguir:

“Ementa: Processo Civil. Recurso Especial. Agravo Regimental. Contrato Bancário. Nota Promissória. Cláusula-Mandato. Violação ao art. 51, IV, CDC. Súmula 60/STJ. Nulidade.

Desprovemento. 1 - É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário. Precedentes (REsp 504.036/RS e AgRg Ag 562.705/RS). 2 - Ademais, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado, caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Precedente (REsp 511.450/RS). 3 - Agravo regimental desprovido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ **AgRg no REsp 808.603/RS/ Relator: Ministro Jorge Scartezini/ Julgado em 04.05.2006/ Publicado no DJ em 29.05.2006, p. 264).**” (negrito nosso)

“**Ementa:** Contrato bancário. Julgamento extra petita. Não ocorrência. Taxa de juros. Limitação. Abusividade. Não ocorrência. Capitalização. Cabimento. Comissão de permanência. Cobrança. Admissibilidade. Compensação. Repetição do indébito. Prova de erro no pagamento. Desnecessidade. Depósito judicial de valores. Possibilidade. Cobrança de encargos excessivos. Mora. Descaracterização. Cadastro de inadimplentes. Inscrição. Possibilidade. Cláusula mandato. Súmula 60/STJ. [...] IX - É nula a cláusula contratual que prevê a outorga de mandato para criação de título cambial. Inteligência da Súmula 60/STJ. Recurso especial provido em parte. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ **REsp 788.045/RS/ Relator Ministro Castro Filho/ Julgado em 21.02.2006/ Publicado no DJ em 10.04.2006, p. 191).**”(negrito nosso).

15. CLÁUSULA ABUSIVA DE OPÇÃO DE CONCLUSÃO DO NEGÓCIO.

Como já dissemos anteriormente, o contrato é bilateral, portanto, ao deixar o fornecedor a opção de ir até o final com o contrato ou não, é ferir o princípio da boa-fé, da equidade e do equilíbrio, em detrimento da parte mais fraca na relação de consumo.

Agindo desta forma, o fornecedor passa a impor ao consumidor o que ele decidir. Portanto, tal cláusula é nula e não deve prevalecer.

“No conteúdo do inciso [inciso IX do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor] há uma clara vedação da falta da equivalência contratual, em que o fornecedor tem um direito sem a devida correspondência jurídica em relação à outra parte”, conforme leciona TARTUCE E NEVES⁴⁹.

RIZZATTO NUNES, cita o art. 122 do Código Civil, justamente por este dispor do que vem a ser ato lícito. Vejamos o referido artigo:

Art. 122 – “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

Em suma: a referida cláusula é ilícita, contrária à lei, a ordem pública e aos bons costumes, motivo pelo qual, o legislador inseriu-a no art.51, para proteção ao consumidor.

Vejamos jurisprudência a respeito:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO. Ocorrência de sinistro. Negativa da seguradora em indenizar. Pagamento de apenas duas parcelas do prêmio. Situação que não enseja a rescisão unilateral do contrato. Relação de consumo. Cláusula abusiva. Inteligência do art. 51, IX do CDC. Nulidade de pleno direito. Dever de indenizar configurado. Compensação da indenização devida com as parcelas atrasadas do prêmio, deduzidas a franquia e as despesas de transporte. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

"Não subsiste a **cláusula** de cancelamento automático da apólice, seja porque a resolução da avença é de ser requerida previamente em Juízo, seja porque reputada nula em face do Código de Defesa do Consumidor (**art. 51**, incisos IV e XI)" (STJ, Min. Barros Monteiro). Por isso, deve a seguradora pagar ao segurado o importe correspondente à indenização, descontando o valor das parcelas atrasadas do prêmio"(AC n. , de Araranguá, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 08.08.2002)."A jurisprudência do STJ sobre o tema assentou-se no sentido de que o atraso no pagamento das parcelas do prêmio do contrato de seguro não acarreta a sua imediata e automática resolução, mesmo que exista **cláusula** contratual que assim disponha. Dessa forma, para que o pagamento da indenização securitária seja suspenso na hipótese de mora do segurado, necessária se faz a prévia interpelação pela seguradora. Por sua vez, a resolução do contrato só se operará mediante a propositura de ação própria" (**Resp n. 318.408 - SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.09.2005**). (negrito nosso).

16. CLÁUSULA ABUSIVA DE VARIAÇÃO UNILATERAL DO PREÇO

O fornecedor ao firmar contrato com o consumidor deve respeitar as regras impostas no mesmo, caso contrário, estará infringindo a boa-fé, a equidade, o equilíbrio entre as partes; prejudicando de tal forma o consumidor, parte hipossuficiente no contrato.

Antes do advento da Lei 8.078, de 11/09/1990, o fornecedor alterava unilateralmente o preço do serviço e do produto, a seu bel prazer, e a parte mais frágil não tinha como se socorrer.

Uma vez que o preço foi estipulado pelo fornecedor e aceito pelo consumidor, aquele não poderá aumentá-lo após a transação.

O preço nada mais é que o valor cobrado pelo fornecedor pelo preço do produto, do valor dos serviços prestados, taxas, despesas e, também, taxa de juros cobrada e deverá prevalecer o índice de correção previsto na lei.

Sem o consentimento do consumidor, não pode o fornecedor alterar o preço do produto ou serviço; pois se assim o fizer, terá excessiva vantagem em detrimento da outra parte.

Ora, o contrato é bilateral e o CDC veio justamente para sanar os abusos cometidos pelos fornecedores, a parte economicamente mais forte. Sendo assim, tal abusividade encontrada no art. 51, inciso X do CDC repudia também tal prática, considerando abusiva e tal cláusula é nula.

Os Tribunais vêm rejeitando validade a cláusulas abusivas, especialmente em contrato de adesão.

Finalizamos este capítulo com a jurisprudência a seguir:

UUUU

31.7.2006

Terceira Turma Cível

Apelação Cível - Ordinário - N. - Campo Grande.

Relator - Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Apelante - Luiz Fernando Silva Torres.

Advogado - Carlo Daniel Coldibelli Francisco.

Apelado - Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A.

Advogado - André Luiz Sisti.

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – CONTRATO BANCÁRIO – FINANCIAMENTO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ALTERAÇÃO E MAJORAÇÃO UNILATERAL DA TAXA DE JUROS – CLÁUSULA ABUSIVA – ART. 51, IV, X, XIII, DO CDC – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos bancários, por envolver relação de consumo decorrente de prestações de serviços contemplados no art. 3º, § 2º, do referido diploma legal, e, ainda, porque referida norma foi criada visando a defesa do consumidor, instituída pela CF, como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio geral da atividade econômica (art. 170, inc. V).

A cláusula contratual que estabelece a alteração e majoração unilateral da taxa de juros pelo banco credor em prejuízos do consumidor/devedor, é nula de pleno direito nos termos do art. 51, IV, X e XIII, do CDC.

Tendo o apelante sido condenado ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência não tem o mesmo interesse em recorrer da sentença pleiteando a majoração de tal verba.

Recurso parcialmente provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de julho de 2006.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

17. CLÁUSULA ABUSIVA DE CANCELAMENTO UNILATERAL DO CONTRATO.

A referida cláusula diz respeito ao cancelamento unilateral do contrato por parte do fornecedor, sem dar ao consumidor o mesmo direito.

Ora, o contrato é bilateral, portanto, às duas partes tem o direito de cancelar o contrato e não somente, neste caso, o fornecedor. Portanto, no contrato de adesão, o correto seria o fornecedor inserir cláusula sobre resilição do contrato, na qual permita que ambos (fornecedor e consumidor) tenham o mesmo direito. No entanto, na prática, o que se verifica é que o interesse na resilição é, do fornecedor.

Pois bem, os contratos são de massa, ou seja, são contratos de adesão e nestes, são encontrados uma série de normas e princípios.

Podemos encontrar a cláusula de resilição nos contratos bancários, de consórcios, de seguros, de administração de cartão de crédito, dentre outros. Observamos que tais contratos são de prestação continuada, desde que o consumidor continue pagando o preço ajustado.

Portanto, tal norma que autoriza somente o fornecedor o cancelamento do contrato é nula, conforme inciso XI do art. 51 do CDC; uma vez que é contrária a boa-fé e equidade, assim como as demais cláusulas abusivas, gerando total desequilíbrio na relação contratual e insegurança ao consumidor.

Vejamos a seguir jurisprudência a respeito:

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. NEGÓCIOS BANCÁRIOS. CARTÃO DE CRÉDITO. CANCELAMENTO DO CARTÃO POR PARTE DA EMPRESA RÉ DE FORMA UNILATERAL. CLÁUSULA QUE DETERMINA O CANCELAMENTO DOS PONTOS ADQUIRIDOS AUTOMATICAMENTE É ABUSIVA. CONTRATO DE ADESÃO. DEVER DE RESTITUIR OS PONTOS. PATRIMÔNIO ADQUIRIDO ANTERIORMENTE. CORRETA A FIXAÇÃO DA MULTA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS. SENTENÇA MANTIDA. A cláusula contratual que prevê a perda automática dos pontos acumulados no cartão de crédito quando o cancelamento é

realizado de forma unilateral pela instituição financeira é abusiva nos termos do art. 51, IV § 1º, III do CDC, pois claramente evidenciadas as desvantagens exageradas que imputam ao consumidor a perda de um direito já incorporado ao seu patrimônio. Sendo abusiva a cláusula que determina a perda automática dos pontos em caso de cancelamento do cartão de crédito por parte da requerida, se mostra indevida a negativa do resgate, impondo-se a sua devolução ao consumidor. O prazo fixado pelo Juízo de origem para restabelecimento dos pontos cancelados, permitindo a utilização sem qualquer restrição (15 dias) está adequado e não comporta dilatação. O valor da multa arbitrada para o caso de descumprimento das determinações judiciais não merece redução, pois adequado aos parâmetros utilizados pelas Turmas Recursais. Ademais, se o réu não quer efetuar o pagamento da multa, basta que cumpra com as determinações judiciais de forma adequada. As petições de fls. 71/72 e 74 devem ser apreciadas no âmbito do cumprimento de sentença. **RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004871067, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em 29/08/2014) (negrito nosso).**

18. CLÁUSULA ABUSIVA DE RESSARCIMENTO DE CUSTOS.

Conforme podemos verificar com os ensinamentos de GARCIA⁵⁰ com relação à norma aqui estudada, o mesmo menciona que:

“Cláusula que confira somente ao fornecedor o direito de ser ressarcido dos gastos com a cobrança, em razão do inadimplemento do consumidor é considerada abusiva. Assim, tal direito deve ser concedido também ao consumidor, de modo a manter o equilíbrio nas relações consumerista”.

Ora, para que haja na relação contratual (relação de consumo) é imprescindível que as partes tenham o mesmo direito, sem o qual, não haverá equilíbrio, equidade e boa-fé, a final os direitos devem ser iguais às partes e não somente ao fornecedor detentor do poderio econômico é quem pode receber todas as vantagens, em “pé de desigualdade com o consumidor.

Na mesma esteira encontramos os ensinamentos da Professora ADA PELEGRINO GRINOVER⁵¹. Vejamos:

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

Portanto, não é justo e coerente somente o fornecedor se beneficiar do direito de se ressarcir dos gastos com cobrança.

Vejamos a jurisprudência abaixo:

“Ementa: Apelação Cível. Alienação Fiduciária. Ação de busca e apreensão. Ação revisional. Possibilidade de Revisão e de aplicabilidade do CDC. Afastamento de cláusulas reputadas abusivas sob essa ótica. Juros remuneratórios [...] Cobrança de Honorários extrajudiciais. É abusiva a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais, em cumulação com encargos de inadimplemento previstos no contrato. Repetição de Indébito. Viável, na forma simples, por aplicação do CDC.

50

51

Admissível a compensação. Apelação provida em parte.
**(Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul –
Segunda Câmara Especial Cível/ Apelação Cível Nº
70004693768/ Relatora: Desembargadora Marilene
Bonzanini Bernardi/ Julgado em 25.03.2003)”**
(sublinhou-se). (grifo nosso)

19. CLÁUSULA ABUSIVA DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO.

As partes após celebrarem o contrato devem respeitar as cláusulas inseridas no mesmo, não podendo o fornecedor modificá-la a seu bel-prazer, pois passa a não ter validade jurídica. Tal cláusula fere o princípio da boa-fé, equilíbrio contratual e o princípio da equivalência contratual.

Vejamos, a seguir o art. 4º, inciso III do CDC, o qual trata do princípio da boa-fé e do equilíbrio contratual:

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

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Nota-se que neste dispositivo, a preocupação do legislador é em proteger o consumidor, quanto à sua dignidade, saúde, segurança, proteção de seus interesses econômicos e melhoria de qualidade de vida. Sendo assim, haverá o equilíbrio contratual e, haverá harmonização na relação de consumo.

Quanto ao princípio da equivalência contratual, o encontramos no art. 6º, inciso II do CDC. Vejamos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Aqui, nada mais é que assegurar ao consumidor a liberdade de escolha e igualdade nas contratações, a final, o contrato é bilateral. As regras devem valer para ambas as partes e não somente ao fornecedor.

Transcrevemos a seguir, o art. 51, inciso IV do CDC, por tratar-se da cláusula geral da boa-fé, a qual deve prevalecer em todos os tipos de contrato existentes na relação de consumo. Vejamos:

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

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

Feita as considerações acima, vejamos a seguir jurisprudência sobre a cláusula ora estudada, uma vez que a mesma é nula, justamente por tratar-se de desigualdade, desequilíbrio e má-fé por parte do fornecedor.

Processo: AC 343208 AP
Relator(a): Desembargador CARMO ANTÔNIO
Julgamento: 17/06/2008
Órgão Julgador: Câmara Única
Publicação: DOE 4293, página (s) 19 de 17/07/2008

Ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS E MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. EXTRAVIO DE BAGAGEM. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ALTERAÇÃO UNILATERAL DE CLÁUSULA DE CONTRATO DE ADESÃO.

- 1) Admite-se a inversão do ônus da prova nos casos em que se verifica a hipossuficiência do autor e a verossimilhança da alegação.
- 2) Evidenciado nos autos o prejuízo patrimonial do autor, pelo extravio de sua bagagem, correta é a sentença que o reconhece o dano material.
- 3) Cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de voo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores.
- 4) Para a fixação do valor da indenização por dano moral, deve ser aferida a situação sócio-econômica do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, a natureza e extensão do

dano e o grau de culpa do autor, a fim de evitar o enriquecimento sem causa para o autor e garantir o caráter pedagógico para o réu, sempre se levando em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5) A empresa fornecedora de serviços não pode alterar, unilateralmente, as cláusulas constantes em contrato de adesão.

6) Recurso do autor parcialmente provido.

20. CLÁUSULA ABUSIVA DE VIOLAÇÃO DE NORMAS AMBIENTAIS

As normas ambientais também são normas de ordem pública, conforme pode se verificar no Código de Defesa do Consumidor.

Nos contratos de adesão em que houver cláusulas que infrinjam as normas ambientais, tais cláusulas são consideradas nulas, por estarem contra o que dispõe o CDC.

RIZZATTO NUNES⁵² leciona “ que “cláusula que infrinja” é aquela que por si só viole as normas ambientais (Constituição Federal e demais normas), e “cláusula que possibilite” a violação de normas ambientais é aquela cujo exercício possa significar as violações tipificadas como crime nas leis ambientais, bem como nas suas proibições, permissões e demais disposições. Cite-se como exemplo, além das normas constitucionais, a Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981, a Lei 9.605, de 13 de fevereiro de 1998 etc”.

Hoje, a todo instante podemos verificar na mídia falada e escrita e nas escolas a preocupação com o meio ambiente, o qual deve ser preservado. Para tal, muito se tem dito de como preservá-lo e uma das formas é a reciclagem do lixo; “organismos geneticamente modificados” ou transgênicos; devolução de “pilhas e baterias”, conforme nos ensina CLAUDIA LIMA MARQUES⁵³.

A autora ora citada, dá como exemplo em seus ensinamentos, “que os contratos de consumo podem conter cláusulas (por exemplo, aquela em que o consumidor abre mão do direito de saber se um ingrediente é transgênico, ou que “transfere” para o consumidor o dever de colocar a pilha em depósito especial de lixo contaminante etc) que são nulas justamente por violarem normas ambientais ou de ordem pública do mercado brasileiro”.

Todos os cidadãos tem direito viver em um meio ambiente equilibrado. Com qualidade de vida e tem o Poder Público, assim como todos os indivíduos a obrigação de defender, zelar, preservar e cuidar do meio ambiente, do nosso planeta.

⁵² Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa Do Consumidor, p.714

⁵³ Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – 4ª. Edição – Revista dos Tribunais - p.1125

Vale a pena citar aqui a relação entre consumo e meio ambiente, tema este percorrido pelos Professores CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO e MARCELA ABELHA RODRIGUES, o qual foi transcrito por RIZZATTO NUNES, em sua obra, “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078, de 11-09-1990. Vejamos:

“Numa rápida análise deste tópico, poder-se-ia imaginar que pouco tem a ver o binômio meio ambiente-consumo. Pensar desta maneira será recair em severo erro. Isto porque, em verdade, a associação da equação consumo meio ambiente está umbilicalmente atada pelo fato de que o fenômeno de massificação social, que tem ocorrido ao longo das quatro últimas décadas, foi suporte para que os elementos daquele binômio sofressem profundas transformações. A própria ascensão do Estado Social em detrimento do Estado Liberal, se deu a partir de uma necessidade de se ‘frear’ o alastrado desenvolvimento econômico, num momento em que, em virtude de uma ‘economia liberal’, o meio ambiente passou a ser o principal alvo e sustentáculo para esse crescimento. O resultado desse exercício desregrado da economia culminou, pois, com uma insustentável degradação ambiental na acepção mais lata que a palavra comporta. Não só os bens naturais passaram a ser objeto de preocupação em decorrência da sua já evidente escassez, mas também as questões ligadas à qualidade de vida (habitação, lazer, segurança, maternidade etc) se viram enormemente prejudicadas pelos nefastos efeitos do capitalismo selvagem”.

Feita as considerações acima, importante se faz verificarmos jurisprudência a seguir, a respeito da cláusula ora estudada. Vejamos:

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 22258

APEL.Nº: 9061930-51.2009.8.26.0000

COMARCA: JALES

APTE. : MUNICÍPIO DE JALES

APDA. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA Loteamento irregular Área ocupada sem o atendimento às exigências previstas na Lei 6.766/79 Ausência de infraestrutura adequada no local e violação às normas ambientais

Responsabilidade do Município Dever constitucional de fiscalização da ocupação do solo urbano e seu parcelamento Valor da multa anual, em caso de descumprimento, fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) Valor que se mostra razoável Sentença mantida

RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de apelação (fls. 295/ss) interposta pelo Município de Jales contra a r. sentença de fls. 287/ss, proferida nos autos da ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando a condenação do réu à obrigação de fazer consistente na regularização do loteamento localizado à margem direita da Rodovia Euclides da Cunha, km 585.

2. Na inicial, alega o autor que o Município-réu vem se omitindo na regularização do loteamento supramencionado, ocasionando danos de ordem transindividual, já que a ocupação do local, pela população, vem se dando de forma desordenada, sem sistema de coleta de esgoto, sem obras de contenção, guias, sarjetas e galeria de águas pluviais, entre outras deficiências, ocorrendo, inclusive, prejuízo à salubridade do local, à saúde da população, e ao meio-ambiente. Afirma que a responsabilidade do Município decorre do artigo 30, VIII, da CF, artigos 180/ss da Lei Orgânica do Município de Jales, artigo 40 da Lei 6.766/79.

3. A R. sentença, proferida pelo MM Juiz de Direito Alex Ricardo Dos Santos Tavares julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu a regularizar o loteamento, no prazo máximo de quatro anos. Considerou o juízo de primeiro grau que o Município incentivou a implantação do loteamento irregular ao aprovar, por lei, a confecção de placas de nomenclatura das vias públicas criadas, inclusive designando nomes a tais vias, sem, contudo, efetuar obras de infraestrutura no local. Fixou em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) o valor da multa anual, em caso de descumprimento da r. sentença.

4. Inconformado, o Município de Jales interpôs o presente recurso, alegando, em síntese, carência da ação, por ilegitimidade passiva do Município, bem como necessidade de formação de litisconsórcio com o loteador e demais possuidores dos imóveis localizados na região. No mais, alega falta de interesse de agir, já que o Município não tem obrigação

de regularizar o loteamento, nem dispõe de meios para tal fim. No mérito, afirma que, no local, não houve parcelamento do solo por desdobro ou loteamento, mas sim sucessivas vendas dentro de um condomínio já abastecido por água tratada, energia elétrica e asfaltamento. Pede a reforma da r. sentença e, subsidiariamente, a redução do valor da multa fixada, em caso de descumprimento.

4. Recurso tempestivo, dispensado de preparo e respondido (fls. 308/ss). O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do recurso (fls. 319/ss).

(negrito nosso)

21. CLÁUSULA ABUSIVA EM DESACORDO COM O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR.

Qualquer cláusula inserida no Contrato de Adesão que prejudique o consumidor é nula, não há o que se discutir.

Ao prejudicar o consumidor, colocá-lo em desvantagem perante o fornecedor, estará infringindo o inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal, bem como o art. 51 do CDC.

O artigo 1º do CDC é bem claro no que se refere a defesa do consumidor. Vejamos:

“Art. 1 – O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas disposições transitórias.

Para VITAL MOREIRA⁵⁴ “é possível relevar duas concepções fundamentais: para uma, a *ordem pública* é constituída por um conjunto de normas imperativas e, como tais, indisponíveis para os contraentes, independentemente dos fins que justificam essa qualidade; para outra, são de ordem pública aquelas disposições jurídicas que têm por objetivo defender certos interesses fundamentais da coletividade. (...)”.

Acrescentamos a tudo que foi mencionado acima, o art. 4º do CDC, o qual refere-se à Política Nacional De Relações de Consumo. Vejamos:

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

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁵⁴ João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Cláusulas Abusivas nos Contratos* – p. 176

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;**
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;**
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;**
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.**

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA⁵⁵ em seus ensinamentos nos faz referência ao artigo 4 do CDC, mencionando que o mesmo, passa “a fazer parte integrante da política econômica a ser adotada e implementada pelo Estado. Estabelece-se uma política nacional de relações de consumo com um objetivo determinado: encarrega-se o Estado de promover o atendimento das necessidades do consumidor”, conforme podemos verificar ao

fazer a leitura do referido artigo. Continuando os ensinamentos do autor mencionado, o mesmo discorre que “ assim, as relações de consumo passam a fazer parte integrante da atuação do Estado, como responsável pela concretização da ordem pública econômica de proteção. Assim, o Estado torna-se presente no mercado de consumo para exercer efetivamente uma ação governamental de proteção ao consumidor”.

No CDC encontramos práticas abusivas e cláusulas abusivas, as quais demonstram determinação do abuso contra o consumidor. Embora as duas modalidades estejam ligadas entre si, o que nos interessa são as cláusulas abusivas, por tratar-se do tema deste trabalho acadêmico.

Ao enumerar as cláusulas abusivas no art. 51 do CDC, o Legislador teve o intuito de impedir que as mesmas sejam inseridas no contrato de adesão, partindo-se do princípio que deverá haver a boa-fé e o equilíbrio.

Por fim, caso alguma cláusula abusiva seja inserida no contrato de adesão deverá ser nula, eliminada, protegendo-se assim o consumidor e atendendo o disposto nos artigos acima mencionados, a final a parte economicamente mais fraca e vulnerável é o consumidor.

Importante ressaltar o que dispõe o art. 4:

Art. 4º deve-se proteger a dignidade, saúde, segurança e a parte econômica do consumidor, para que haja realmente a sua proteção, a qual é de responsabilidade do Estado.

⁵⁵ João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Cláusulas Abusivas nos Contratos* –p. 178

22. CLÁUSULA ABUSIVA DE RENÚNCIA À INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS NECESSÁRIAS.

É direito do consumidor a indenização por benfeitorias necessárias realizadas no imóvel locado.

As benfeitorias necessárias, cuja finalidade é deixar o imóvel conservado para que o mesmo não se deteriore, conforme dispõe o art. 96 do Código Civil. Tais despesas são consideradas de manutenção. Vejamos o que dispõe o art. 96 do CC.:

Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

Podemos citar como exemplo de benfeitorias necessárias, a substituição dos sistemas elétrico e hidráulicos, reparos na parede para que não haja infiltração de água, reparos nos telhados, dentre outras.

Portanto, nada mais justo que o consumidor seja indenizado pelos gastos obtidos para manutenção do imóvel locado.

Na realidade a referida cláusula consta no inciso I do art. 51, “logo, a disposição do inciso XVI era despicienda”, conforme nos ensina RIZZATTO NUNES⁵⁶.

Vejamos jurisprudência nesse sentido:

⁵⁶ Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p.716

REVISÃO CONTRATUAL. INADIMPLENTO DO PROMITENTE COMPRADOR. RETENÇÃO DE PERCENTUAIS EXCESSIVOS. CLÁUSULA LEONINA. DIREITO DE FRUIÇÃO. RENÚNCIA À INDENIZAÇÃO EM CASO DE BENFEITORIAS NECESSARIAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREPARO. DESERÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

É evidentemente leonina a cláusula contratual que prevê a retenção de percentuais excessivos, superiores à 20% das prestações pagas, em caso de rescisão contratual por inadimplemento do promissário comprador.

Não é abusiva a estipulação contratual que permite a cobrança do valor relativo à fruição do imóvel.

Conforme orientação deste Tribunal, mostra-se justo e equânime a fixação do percentual de 0,7% a título de fruição, valor condizente com o de alugueis comumente cobrados no mercado.

A estipulação contratual que estabelece não caber indenização em caso de benfeitorias necessárias é duplamente abusiva, a uma porque viola o inciso I, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, que veda cláusulas que impliquem em renúncia ou disposição de direito, a duas porque fere o inciso XVI do mesmo dispositivo legal, que proíbe expressamente cláusula que estipule renúncia à indenização por benfeitorias necessárias.

Conforme exigido pelo artigo 511, do CPC, a parte deverá comprovar, no ato da interposição do recurso, a efetivação do respectivo preparo, sob pena de deserção.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível Nº 472.169-1 da Comarca de TIMÓTEO, sendo Apelante (s): (1ªs) LUIS CARLOS ASSUNÇÃO E OUTRA (2ª) ATENAS ENGENHARIA LTDA.

ACORDA, em Turma, a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NÃO CONHECER

DA SEGUNDA.

Presidiu o julgamento o Desembargador MARINÉ DA CUNHA e dele participaram os Desembargadores IRMAR FERREIRA CAMPOS (Relator), LUCIANO PINTO (Revisor) e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO (Vogal).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 07 de abril de 2005.

DESEMBARGADOR IRMAR FERREIRA CAMPOS

Relator

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste tópico discorreremos sobre a **APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**, bem como **DAS DIVERGÊNCIAS DE PRINCÍPIOS DO CDC E CC DE 2002 NA REGULAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**.

É um diálogo entre a lei especial (CDC) e a lei geral sobre direito civil (CC2002), por conviverem no mesmo sistema.

No que refere às relações de consumo, o Código Civil de 2002 tem aplicação somente subsidiária, enquanto o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação prioritária, por tratar-se de lei especial. A aplicação do Código Civil de 2002 não pode contrariar o CDC, bem como suas normas e princípios.

As normas do CC2002 são usadas para complementar o CDC, as que possuem os mesmos princípios e normas, não contrariando a lei especial.

Quando houver lacuna no CDC, o CC de 2002 poderá ser utilizado para complementá-lo.

CLAUDIA LIMA MARQUES⁵⁷ nos ensina que “dever de boa-fé de renegociação é conhecido no CDC, em face de cláusula geral. Cláusula geral do CC de 2002 do art. 422 pode ser usada complementarmente no sistema do CDC, assim como a regra do art. 480”. Vejamos os artigos ora mencionados:

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

“Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Vejamos o exemplo que nos dá a autora mencionada, sobre a aplicação dos artigos que acabamos de transcrever e sua relação com o CDC:

“Em matéria de onerosidade excessiva, o CC de 2002 traz outras teorias, enquanto o CDC aceita a teoria da quebra da base do negócio.

⁵⁷ Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* – 4ª. Edição – Revista dos Tribunais - p.1109

Um artigo, porém, do CC de 2002, referente a contratos de mútuo, pode ser usado complementarmente ao art. 6, V, do CDC, esclarecendo a ideia da revisão da “prestação” ou modificação “do modo de execução” da prestação, a fim de evitar a ruína do parceiro. Se até entre empresários iguais, para os quais foi feita a norma do CC de 2002, este direito existe, quanto mais para a proteção dos consumidores”.

Devemos ressaltar que o CC de 2002 é um Código para iguais, enquanto o CDC é um Código para desiguais.

Continua CLAUDIA LIMA MARQUES⁵⁸ com os seus ensinamentos. Vejamos:

“ A aplicação subsidiária do CC de 2002, que unifica as obrigações civis e comerciais (hoje empresariais), pode ter uma influência positiva na definição do campo de aplicação do CDC, preponderando a teoria finalista”. Neste campo a autora faz a divisão entre pessoa física e teoria finalista, bem como, pessoa jurídica e teoria finalista.

Vejamos as referidas divisões:

-“pessoa física e teoria finalista: se combinados os arts. 2 e 4, I, do CDC com o art. 1 e ss. do CC de 2002 a pessoa física presume-se consumidor (e vulnerável) se frente a fornecedor; já nas relações intercivis e interempresariais não se presume consumidora.

- pessoa jurídica e teoria finalista: segundo o art. 2 do CDC e o art. 966 do CC de 2002, o empresário não é presumido consumidor se adquire ou usa insumo ou serviço na sua produção ou para prestação de sua atividade típica profissional. Empresário se presume fornecedor ex vi art. 966 do CC de 2002 e art. 3 do CDC”.-

Vejamos o art. 966 do CC de 2002:

Outras observações pertinentes em relação ao CC de 2002 são de suma importância:

⁵⁸ Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* – 4ª. Edição – Revista dos Tribunais - p.1245

- Trata das cláusulas abusivas em um artigo apenas, o qual cuida da nulidade absoluta de cláusulas presentes em contratos de adesão. Este Diploma Processual preocupa-se em regular as relações massificadas, entre civis e entre empresários, que utilizam “contratos de adesão”, nos arts. 423 e 424.
- Também conhece como limite a função social do contrato, em seu art. 421, a conduta conforme a boa-fé e a probidade, em seu art. 422 e a ideia de abuso de direito, no seu art. 187; no que diz respeito a autonomia da vontade dos civis e dos empresários.
- Traz o elemento subjetivo do motivo determinante, em seu art. 166, III como requisito de validade dos negócios, podendo determinar a nulidade. É uma revalorização da causa.
- Trata também, o CC de 2002 da figura da lesão (art. 157) e do estado de perigo (art. 156).

Cabe aqui mencionarmos também algumas divergências de princípios do CDC e do CC de 2002, na regulação das cláusulas abusivas. Tais divergências são muito bem esclarecidas pela Professora CLAUDIA LIMA MARQUES⁵⁹. Vejamos às suas explicações:

“- O CC de 2002 é código para iguais; logo, cláusulas abusivas estarão mais presentes nos contratos de adesão, redigidos unilateralmente por uma das partes e oferecidos à adesão da outra (presumivelmente mais fraca). Daí o art. 424 mencionar a abusividade apenas das cláusulas de renúncia presentes em contratos de adesão. Cláusula geral de boa-fé do art. 422 pode ser usada nos demais contratos entre iguais. O CDC é código para “diferentes”, código de proteção, pressupõe que consumidor seja mais fraco e proíbe cláusula abusiva em contrato paritário (negociado cláusula a cláusula) como em contratos de adesão ou por condições gerais.

-O CC de 2002 interpreta a favor do mais fraco(civil ou empresário) apenas as cláusulas dúbias; CDC interpreta todas (incluindo aquelas presentes na publicidade, nas informações dos prepostos, no *site* da internet, nos prospectos, nas embalagens, nos pré-contratos etc) –ver arts. 30, 33, 34, 46, 47, 48 e 54 do CDC.

“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. (grifo nosso)

-O CC de 2002 não define o que é contrato de adesão. O CDC define o que são contratos de adesão de consumo, mas a

jurisprudência pode utilizar-se destes parâmetros em geral para definir contratos de adesão entre civis (caso mais raro) e entre empresários (caso bastante comum hoje!).

- No CDC o silêncio não importa anuência (arts. 30 cc art. 39, parágrafo único); assim, o próprio CC de 2002 especifica em suas regras a prevalência das leis especiais e dos “usos” daquele sistema. Assim, o art. 111 do CC de 2002 não poderá ser aplicado, nem subsidiariamente, em relações de consumo:

“Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. (grifo nosso)

- O CC de 2002 preocupa-se em proteger o devedor em caso de onerosidade excessiva superveniente. Mas como seriam relações equilibradas, impõe a teoria da imprevisão, exigindo irresistibilidade, imprevisibilidade e prova da vantagem excessiva para o credor, e não só a onerosidade excessiva (art. 478), e permite em primeiro lugar a resolução pelo inadimplemento e não sua revisão, como o CDC.

- O CC de 2002 permite também ao credor evitar a resolução, com a negociação, no art. 429, enquanto no sistema do CDC o direito do consumidor é de revisão ou modificação, a ser realizada pelo juiz e não voluntariamente pelo fornecedor”.

Em suma, tratamos aqui resumidamente de alguns pontos em comum do CDC e CC de 2002, bem como das diferenças existentes nos mesmos. São pontos que não poderíamos deixar de mencioná-los, uma vez que ambos os Códigos estão inseridos no mesmo sistema.

⁵⁹ Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* – 4ª. Edição – Revista dos Tribunais - p.1236 a 1237.

DA CONCLUSÃO

Diante de todo exposto neste trabalho acadêmico, ficou claro que antes de entrar em vigor o CDC, as relações existentes entre fornecedores e consumidores eram tratadas desigualmente. O fornecedor por ser a parte mais forte economicamente na relação contratual, sempre impunha cláusulas abusivas sem ter o consumidor como reagir juridicamente. Via-se claramente que o que importava era o mercado e não o indivíduo.

A professora AMARANTE⁵⁹ discorre que o consumidor “exposto aos fenômenos econômicos, tais como a industrialização, a produção em série e a massificação, assim vitimado pela desigualdade de informações, pela questão dos produtos defeituosos e perigosos, pelos efeitos sobre a vontade e a liberdade, o consumidor acaba lesionado na sua integridade econômica e na sua integridade físico-psíquica, daí emergindo como vigoroso ideal a estabilidade e a segurança, o grande anseio de protegê-lo e colocá-lo em equilíbrio nas relações de consumo”. **(AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou Equidade nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, 15-16).** (grifo nosso).

Foi com a Constituição Federal de 1988 é que se incluiu a defesa do consumidor no plano da política constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXII. Mais adiante, em 11 de setembro de 1990, a Lei nº 8.078, veio justamente trazer uma nova forma de encarar as relações de consumo, a fim de proteger e defender os direitos do consumidor.

O CDC nada mais é que uma Lei Principiológica, a qual define as regras e formas de estabelecer o equilíbrio, harmonia nas relações de consumo em relação aos contratos.

O Princípio da Isonomia é fundamental para que haja equilíbrio nas relações de consumo. O referido princípio encontra-se disposto em nossa Carta Magna e estão definidos nos artigos 4º e 6º da Lei Consumerista. Além deste princípio, temos o Princípio do Dever de Informar e o Princípio da Transparência, os quais são distintos e são de suma importância nas relações de consumo.

Quanto ao Princípio do Dever de Informar, este encontra-se disposto no art. 6º, III e 31 do CDC. Por tal princípio, o Fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preço, etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões.

Com relação ao Princípio da Transparência, este encontra-se previsto no caput do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Tal princípio nada mais é que um complemento ao Princípio do Dever de Informar e visa a obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer o conteúdo do contrato previamente. Em sendo negado esse direito ao Consumidor, ensejará a quebra da obrigação deste em cumprir o referido Contrato.

O objetivo do Legislador com relação a todos esses princípios, é definir a Vulnerabilidade e a Hipossuficiência do Consumidor.

Tais princípios visam assegurar ao consumidor suas necessidades básicas previstas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. **As necessidades básicas a que nos referimos são as seguintes: respeito à sua dignidade, saúde, segurança e aos seus interesses econômicos, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida.**

Como bem definiu IMMANUEL KANT: A dignidade da pessoa humana não pode ser objeto da realização de fins outros que não seja o próprio homem. As coisas tem preço; as pessoas tem dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas**. São Paulo, Saraiva, 1991;

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Cláusulas Abusivas nos Contratos**. Rio de Janeiro, Forense, 1998;

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 6 ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª. Edição –Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo, Saraiva, 1991;

MARQUES, Claudia Lima e outros. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª. Edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010;

MARQUES, Claudia Lima e outros. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª. Edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010;

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7ª. Edição revista, atualizada e ampliada, Saraiva, 2013.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas Nas Relações de Consumo**. 4ª. Edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014;

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012.

THEODORO, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 23ª. Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2004;

WATANABE, Kazuo e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do anteprojeto.** 8ª. Edição –Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005;