

Cláusulas abusivas nas relações de consumo

*Sandra Maria Galdino Padilha**

RESUMO. O presente trabalho aborda uma reflexão sobre as cláusulas abusivas nas relações de consumo, ou seja, analisa a inserção das cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre fornecedores e consumidores e suas conseqüências jurídicas. O julgamento de tais cláusulas, segundo os princípios da boa-fé, da equidade e outros, exigirá, por parte do intérprete nova postura, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, fulminando-as de nulidade, com o propósito de minimizar sua ocorrência em futuros contratos e estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Nos contratos de consumo, para configurar o dano extrapatrimonial, basta a simples inserção de cláusulas abusivas, devendo o fornecedor indenizar o consumidor e que, em virtude de seu caráter punitivo e inibitório, será o meio mais eficiente de controle social.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Cláusula abusiva. Relações de consumo.

1- Introdução

O tema cláusulas abusivas nas relações de consumo tem despertado o interesse por parte dos doutrinadores, dos juristas, da comunidade acadêmica, dos membros que fazem os órgãos de proteção ao consumidor e de todos os cidadãos que, direta ou indiretamente, contribuem para o movimento consumerista na atualidade. Por isso surgiu o interesse em aprofundar o tema através do presente estudo.

Fruto da fase pós-industrial, com o sistema de produção e distribuição em massa, o contrato não mais assegura apenas a vontade das partes, exige-se a equidade nas relações contratuais, evidenciando com clareza a passagem de uma visão individualista e liberal para uma visão social do Direito.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹, sob a égide da atual Constituição Federal, representou uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação aos contratos, com normas de proteção

* A autora é aluna do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e Auditora de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba - TCE-PB.

¹ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1.990.

eficazes; realmente, apesar de antigo o tema das cláusulas abusivas, passa a ser disciplinado de maneira específica diante das atuais disposições.

Sendo assim, justifica-se a relevância da pesquisa didática e de sua pertinência prática, ficando evidenciado a interdependência entre os conceitos jurídicos apresentados e a realidade dos fatos quando da análise das cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

Ao longo do presente trabalho pretender-se-á analisar, com base nas posturas mais acertadas do direito positivo brasileiro, as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, aceitando a teoria do dano extrapatrimonial, conceito utilizado independentemente do dano moral, uma vez que este se reserva a violação dos direitos da personalidade e aquele decorre da simples violação de um direito jurídico, levando o consumidor a obter a reparação dos danos causados independentemente da existência de culpa do fornecedor, pela simples inserção de cláusulas abusivas, uma vez que este instituto possui caráter punitivo e inibitório, diferentemente da indenização por dano moral que possui caráter ressarcitório.

2 - Evolução do contrato: do contrato clássico ao contrato de adesão

2.1- Conceito, evolução e caracteres do contrato

O direito caminha ao lado da sociedade, acompanhando o seu desenvolvimento. O contrato como instrumento pelo qual se constitui, modifica ou extingue obrigações possui sua gênese na Antigüidade, como forma de propulsão da circulação de riquezas, indispensáveis à existência do homem. A humanidade evoluiu e com ela as suas estruturas de organização, o que não poderia ser diferente em relação aos contratos.

O estudo da gênese da atividade contratual foi discutida por várias escolas filosóficas, influenciando no conceito moderno de contrato, que se formou em conseqüência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais a Canonista e a do Direito Natural.

A contribuição dos canonistas constitui na relevância que atribuíram, de um lado ao consenso, e, do outro, à fé, valorizando o consentimento, preconizando que a vontade é a fonte da obrigação. A estimação do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer basicamente de um ato de vontade e que, para criá-lo é suficiente sua declaração.

A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influenciou na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a

concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na livre vontade dos contratantes, ressaltando-se ainda, que o contrato tem força de lei entre as partes.

Os conceitos indispensáveis que delinearão os princípios basilares da teoria contratual, tais como o da força obrigatória dos contratos, do consenso e da autonomia da vontade, vieram da Idade Média, onde a fé jurada era o respeito à palavra dada, imprimindo a obrigatoriedade ao ajuste, consagrada pelas concepções jusfilosóficas.

O esquema contratual clássico, portanto, está baseado no acordo de vontades entre as partes, ou seja, a partir da autonomia da vontade. Essa estrutura do contrato encontrou seu ambiente propício no século XIX, no liberalismo individualista, pautado na livre concorrência, até o advento do Estado Social intervencionista.

A economia era caracterizada pela presença de um grande número de produtores isolados, sendo o consumidor a figura central da atividade econômica. A produção era determinada pelo consumo, obedecendo, aos impulsos do mercado. Os indivíduos negociavam livremente sem ingerência do Estado. À época do liberalismo econômico, a concepção do contrato era reflexo do desenvolvimento de capitais, que funcionava livremente, e com ele seus pressupostos de contratação de conteúdo livremente pactuados. Não se considerava nada além do expresso consentimento dos contratantes para que o vínculo se tornasse perfeito e acabado; a lei era mera disposição de fazer valer as determinações estipuladas.

O direito privado sofreu grande influência sob a égide da Revolução Francesa por parte de seus três postulados: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, entendendo que o homem era livre e racional, podendo autodeterminar-se segundo a sua vontade.

Toda a teoria doutrinária e legislativa dos contratos foi influenciada pelo liberalismo no início do século XIX, prevalecendo dois princípios básicos: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*), tornando o conteúdo do contrato intangível, imodificável.

A partir do século XX houve um estreitamento do espaço da autonomia, ampliando-se a incidência de normas cogentes em várias áreas, como por exemplo, nas relações de trabalho, inquilinato, condominiais, seguros, direitos autorais e outras. As condições gerais dos contratos convivem lado a lado com o intervencionismo estatal, diminuindo a

autonomia privada, que já não é mais exercida em sua plenitude de outrora, como de escolher o tipo contratual e a de determinar o conteúdo do mesmo.

Nessa linha de desenvolvimento é que adverte Paulo Lôbo (1986, p.19):

O contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica. E se estabelece uma situação aparentemente paradoxal: um recrudescimento de sua importância na medida de seu declínio, quando a autonomia da vontade vai perdendo seu predomínio.

O processo econômico, caracterizado então pelo desenvolvimento das forças produtivas, exigia a generalização das relações de troca, levando ao surgimento do contrato como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito.

Diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato, no direito contemporâneo, entre as quais, a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, essa teoria foi totalmente descartada e a notada interferência do Estado na economia fez-se notar, implicando na limitação da liberdade de contratar com o encolhimento da autonomia privada.

Dessa forma, conclui-se que houve uma expressiva mudança de uma visão clássica, liberal e individualista para uma visão social e garantidora do equilíbrio contratual. O esquema contratual clássico não se aplica na maioria das novas categorias contratuais, que desconsidera noções de consentimento, intangibilidade e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*), princípios consagrados, que não conseguem mais ter aplicação generalizada.

Para compensar o desequilíbrio das relações contratuais, principalmente a partir das Grandes Guerras mundiais, o Estado passou a intervir, buscando uma forma de tornar o contrato instrumento de harmonia de interesses, ditando diversas normas, que deram tratamento especial a determinadas categorias para compensar juridicamente a sua frágil posição contratual, proibindo assim a inserção de determinadas cláusulas ou autorizando a inserção de outras. Tal fenômeno ficou conhecido como *dirigismo contratual*, em que a autonomia da vontade das partes cede às exigências do bem comum, limitando a liberdade de contratar.

A nova teoria contratual emerge com o crescimento exarcebado do consumo, com a consolidação do mundo polarizado e o surgimento das grandes potências mundiais, alcançando o capitalismo o seu apogeu. A paridade nas relações de consumo não pode ser mais presumida, passando a requerer uma regulamentação específica. Com a finalidade de assegurar eficácia a atividade contratual se insere o Estado, enquanto titular do dever de assegurar a ordem jurídico-social, passando o contrato a surgir com uma nova concepção, importando além da manifestação da vontade das partes, os efeitos do contrato na sociedade como um todo, em função do interesse social.

A Constituição Federal de 1988 afasta-se dos valores que até então marcavam o direito privado, inserindo valores supremos como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, impondo-lhes limites, de cunho político, social e econômico, o Estado de Direito transforma-se em Estado Social de Direito, no qual pretende fazer a justiça social, passa a intervir, principalmente, no domínio privado em prol do interesse coletivo, seja através da planificação, fiscalização ou controle dos negócios, portanto, interferindo nas relações contratuais, esse controle estatal foi chamado de *publicização do direito privado*.

O texto constitucional expressa visivelmente em seu art. 170, no qual fixa as finalidades de Ordem Econômica: valoração do trabalho e livre iniciativa, que devem ser observados, entre outros, os princípios da livre concorrência e o da defesa do consumidor, portanto, estão implícitos os limites do modelo econômico capitalista, tendo em vista a justiça social.

2.2-Cláusulas contratuais gerais

Dentre as novas técnicas de constituição das relações jurídicas, salientam-se as que foram impostas pela massificação de certos contratos determinantes da uniformização de suas condições ou cláusulas e as que acusam a tendência para a despersonalização dos contratantes.

As condições gerais dos contratos surgem impulsionadas por vários fatores interligados, a exemplo da explosão demográfica, do fenômeno da urbanização e da conseqüente demanda de bens e serviços em grande escala, da concentração de capital, do consumo de massa e da impossibilidade de tratamento individual entre o grande fornecedor e o consumidor final, além da consciência jurídica no processo de tutela ao consumidor.

Estas condições gerais possuem vantagens e desvantagens apontadas por vários doutrinadores; entre as primeiras a mais apontada diz respeito a sua simplificação e aceleração dos negócios, além de garantir a uniformidade de tratamento entre as partes contratadas e proporcionar uma redução nos custos. Entre as principais desvantagens está a impossibilidade de negociação prévia, aplicando-se indistintamente o princípio do *pacta sunt servanda* e sua inalterabilidade.

“As condições gerais são fruto da fase pós-industrial, da passagem do sistema de economia concorrencial para o sistema predominantemente monopolista ou oligopolista (privado ou estatal) e da massificação das relações sociais” (LÔBO, 1991, p. 12).

Nesse contexto é que se insere o fornecedor-consumidor nos contratos de massa. As condições gerais são predispostas prévia e unilateralmente, dando origem à uniformização, utilizando-se espaços para serem posteriormente preenchidos com a individualização do contratante destinatário, sendo muito comum seu emprego no mercado.

A eficácia jurídica das condições gerais verifica-se, na prática, com sua integração ao contrato individual, anteriormente existe apenas uma eficácia geral, semelhante à eficácia da norma jurídica, consumando-se essa eficácia pela adesão do contratante, ou seja, quando o contrato estiver concluído. Neste, pode haver outras cláusulas negociadas entre as partes contratantes.

Em relação aos contratos nos moldes contemporâneos, que se realizam em série, a preocupação é a defesa dos aderentes, mediante normas legais que proíbam normas iníquas, até porque as regras de declaração da vontade e os vícios de consentimento quase não se aplicam.

Entre os tipos mais comuns encontrados na prática negocial pode-se destacar os contratos de seguro de vida, de emissão e utilização de cartão de crédito, nos bilhetes de passagem aérea, em contratos para aquisição de casa própria, nas apólices de seguros de automóveis e em contratos relativos a linhas telefônicas.

2.3 - Contratos de adesão

O contrato de adesão é negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

É um instrumento fundamental da nova economia de mercado, necessário para a maioria das relações de consumo, uma vez que fornecedores e consumidores não dispõem de tempo suficiente para discutir as cláusulas contratuais que envolvem suas inúmeras atividades no dia-a-dia, possuindo o fornecedor um contrato padrão, que é utilizado para todos os consumidores.

Distingue-se, no modo de formação, pela adesão sem alternativa de uma das partes ao esquema contratual traçado pela outra, não admitindo negociações preliminares nem modificação em suas cláusulas preestabelecidas.

Caracteriza-se tais cláusulas pela generalidade, uniformidade e abstratividade, repetindo-se, sem se exaurirem, em todos os contratos dos quais seja o conteúdo normativo e obrigacional.

A determinação do conteúdo desses contratos é prévia e unilateral. Um dos sujeitos redige-as antecipadamente para sua utilização nas eventuais relações jurídicas que trará com pessoas indeterminadas. O esquema é, normalmente, a obra exclusiva de uma das partes dos contratos seriados.

O contrato de adesão apresenta-se sob o duplo aspecto, conforme o ângulo de que seja focalizado. Considerado na perspectiva da formulação de cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, recebe a denominação de condições gerais dos contratos e é analisada à luz dos princípios que definem a natureza desse material jurídico. Encarado no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamado contrato de adesão e examinado no prisma do modo por que se formam as relações jurídicas passa a ser bilateral.

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 54, § 3º determina: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”, ora, observa-se na prática, contratos com letras pequenas e duvidosas, de maneira diversa do estipulado pelo legislador, não acarretando em princípio sua nulidade, desde que não traga ônus excessivo para o consumidor.

Ainda reforça o Código de Defesa do Consumidor no §4º do art. 54 que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

Portanto, a elaboração dos contratos nas relações de consumo passa por modificações, devendo, em virtude disso, o contrato de adesão ser escrito de forma clara, acessível ao leitor, de modo a proporcionar a rápida compreensão das respectivas cláusulas, imprimindo segurança ao vínculo e o pleno equilíbrio entre as partes.

3 – Das cláusulas abusivas: histórico, conceito e direito comparado

3.1 – Histórico

A idéia de lesão como causa de rescisão contratual, e, que nos auxilia para a definição do conceito de abusividade, remonta na Antigüidade a uma constituição de Dioclesiano e na modernidade nas Ordenações Filipinas, que possui igualmente disposição à cerca do instituto da lesão.

O Direito Canônico contribuiu para a fisionomia clássica do contrato, pelo valor e pelo respeito à vontade humana, vindo a igreja a manifestar-se no século XIX pelos seus Papas, decisivamente, em prol do papel social do direito, como se observa na Encíclica “*Populorum Progressio*”, n. 59, na qual o Papa Paulo VI expressava: “A lição de Leão XIII na ‘*Rerum Novarum*’ conserva sua validade: o consentimento das partes, se estão em demasiado desiguais, não basta para garantir a justiça do contrato; e a regra do livre consentimento resta subordinada às exigências do direito natural” (ALTERINI, 1995, p. 12).

Mesmo na França pós-revolucionária, fortalecida pelos princípios da autonomia da vontade e da *pacta sunt servanda*, “permaneceu a possibilidade de rescisão do negócio por lesão, então definida como vício de consentimento, a favor do vendedor do imóvel, se o preço fosse inferior a 7/12” (AGUIAR JÚNIOR, 1994, p. 16).

Diante de um processo histórico, por razões econômicas e pelo fato de o consumidor não possuir conhecimentos técnicos, tornou-se necessário reconhecer a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, com a conseqüente intervenção estatal, levando a vedação das causas que levassem uma das partes a uma situação de desequilíbrio, impondo o princípio da boa-fé objetiva a todos os negócios jurídicos, tornando viável a proibição de cláusulas abusivas nas relações de consumo em nível legal.

“O fato de existirem tais cláusulas abusivas deve-se à massificação das relações de consumo, à inexperiência do consumidor, à necessidade de aquisição de certos bens garantidores da subsistência do indivíduo moderno

e de sua família e ao fato de ser o comerciante a parte mais forte no contrato de consumo (SCHIMITT, 2000, p.162)''.

As cláusulas abusivas, não são apenas dos contratos de adesão, podem aparecer em outros contratos paritários ou em outros que não envolvam relações de consumo, no entanto, com o surgimento dos contratos de adesão, pelo fato de não permitirem uma prévia discussão acerca de seus termos, pois as condições gerais do contrato são unilateralmente fixadas por uma das partes, muitas vezes trazem em seu bojo uma afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade, da tutela da confiança e do equilíbrio contratual.

3.2 - Conceito

Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso em análise, é o consumidor; são também chamadas de cláusulas opressivas, vexatórias, onerosas ou excessivas.

O Código de Defesa do Consumidor não definiu o instituto das cláusulas abusivas, enumerando apenas um elenco exemplificativo no seu art.51, o que significa que existem outras cláusulas consideradas abusivas.

Abusivas são cláusulas que, em contratos entre as partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas. [...] são cláusulas que destroem a relação de equiivalência entre prestação e contraprestação (NORONHA, 1994, p. 3).

João Bosco Leopoldino da Fonseca (1993, p. 156), por sua vez, diz:

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

Portanto, em regra, cláusulas abusivas são aquelas que estabelecem obrigações iníquas, que colocam em desvantagem indiscriminada um dos

contraentes, ferindo os princípios da boa-fé e da equidade. Pressupõem a existência de um direito subjetivo, tornando-se nulas diante de certas circunstâncias. Não significa que elas sejam privativas dos contratos de consumo, pois sempre existiram, mesmo com outras denominações, como de cláusulas leoninas, exorbitantes ou vexatórias, não sendo ainda exclusivas dos contratos mediante condições gerais ou de adesão, sendo mais freqüentes nestes.

3.3-Cláusulas abusivas no direito comparado

A utilização de cláusulas abusivas não é exclusiva em contratos no Brasil, por isso, necessário faz-se abordar o esforço para combatê-las, tanto ao nível de blocos econômicos como em alguns países.

A resolução do Conselho Europeu definiu as cláusulas abusivas como “aquelas que comportam no contrato uma posição de desequilíbrio entre direitos e obrigações em prejuízo dos consumidores, contrários ao direito imperativo ou cuja redação seja inadequada ou enganosa” (HAPNER, 1989, p. 181). No caso da Comunidade Econômica Européia, hoje União Européia, foi editada a Diretiva 13/93/CEE, sobre cláusulas abusivas nos contratos de consumo, que obrigava (art. 10) os Estados-Membros a tomarem as medidas eficazes a fim de se adequarem às suas normas até 31 de dezembro de 1994 ².

A Comissão das Comunidades Europeias apresentou em seu relatório, datado de 27 de abril de 2000, em Bruxelas, uma avaliação da Directiva 13/93/CEE, levantando uma série de questões para melhorar a situação existente, tendo sido realizados estudos de mercado para identificar a existência de cláusulas abusivas em diferentes setores econômicos, subvenções destinadas a suprir cláusulas abusivas em determinados setores econômicos, diálogos instaurados entre consumidores e profissionais além de campanhas de informação realizadas.³

“A lei alemã (AGB, Gesetz, de 9-12-1976) dispõe no seu art. 9º que são cláusulas abusivas as que sejam prejudiciais ao consumidor de maneira desproporcional ou não eqüitativa, e que sejam contrárias à boa fé” (BIANCA, 1979 apud GALDINO, 2001, p. 11). Vê-se a preocupação do legislador com o descumprimento desta cláusula legal inerente a qualquer contrato, que leva a uma situação de abusividade negocial se não cumprida.

² Vide Diretiva 13/93/CEE, de 05 de abril de 1993, Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct01_pt.pdf>.

³ Texto completo do Relatório da Comissão das Comunidades Europeias. Disponível em: <<http://europa.eu.int/clab/index.htm>>

A lei alemã possui dois sistemas de controle das cláusulas abusivas, o primeiro consiste numa lista de cláusulas ineficazes e outra, que a critério do juiz, podem ser ineficazes ou não.

Na Inglaterra a matéria sobre cláusulas abusivas está regulada na *Unfair Contracts Terms in Consumer Contracts Regulation*, seguindo a orientação da Diretiva 13/93 da Comunidade Econômica Européia.

“A lei portuguesa (Decreto-Lei n. 446, de 1985), apesar da tendência no sistema romano-germano, optou por “cláusulas contratuais gerais” (GALDINO, 2001, p.23); alguns artigos regulam as cláusulas abusivas absolutas e outros referem-se às relativamente proibidas. Diz em seu art. 1º, *in verbis*: “Art. 1º As cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma”.

Na França os textos de inspiração dirigente da economia do Estado, regendo o consumo, coexistem com o Código Civil, nascido da filosofia ultraliberal do século XVIII, onde figura ainda em lugar destacado o princípio da liberdade contratual plena e absoluta, tendo como parâmetro a plena autonomia da vontade individual (*laissez-faire, laissez-passer*) (GRINOVER et al, 1999, p.118).

Na França há duas condições que a cláusula deve ter para que se possa classificá-la como abusiva. Deve haver abuso do poder econômico e uma vantagem excessiva para uma das partes. Tais critérios são amplos e carecem de complementações que são feitas por decreto do poder executivo, via Conselho de Estado, após prévia recomendação da Comissão de Cláusulas Abusivas. A partir de 1988 foi concedida legitimidade para as associações de consumidores se oporem a cláusulas abusivas, o que estende ao poder judiciário a possibilidade dele também concretizar as condições genéricas da lei. Seguindo a orientação da Diretiva 13/93 da Comunidade Econômica Européia, a nova lei francesa possui uma lista exemplificativa acerca das cláusulas abusivas nas relações de consumo.

Nos Estados Unidos, as cláusulas abusivas são tratadas no Código Comercial, *Uniform Commercial Code*.

No âmbito da América Latina destaca-se a Argentina no empenho na defesa do consumidor, encontrando-se a matéria positivada na *Ley de Defensa del Consumidor*, de 1993, a qual prevê o direito do consumidor de demandar a nulidade total do contrato ou de uma ou mais cláusulas abusivas.

Vê-se, portanto, que a abusividade contratual nas relações de consumo está presente em várias nações, por isso é necessário tutelar essas relações, devido ao intercâmbio de bens e serviços, diante da nova economia de mercado globalizada.

3.4-As cláusulas abusivas no direito brasileiro

Antes da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, não havia uma legislação específica a respeito das cláusulas contratuais gerais. O Poder Judiciário se utilizava das regras gerais contidas nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil para suprir essa lacuna: decidindo de acordo com a analogia, valendo-se do direito comparado, e, ainda, atendendo aos fins sociais e as exigências do bem comum; utilizava-se, também, do art. 85 do Código Civil⁴: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

O legislador brasileiro preocupado com a desigualdade entre fornecedor e consumidor, visando a manter o equilíbrio das posições contratuais, editou inúmeras leis de forte teor social, tentando expurgar o abuso de um contratante sobre o outro.

4 – As relações de consumo e a caracterização das cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor positivou o que há de mais moderno no direito contratual para disciplinar todos os negócios jurídicos envolvendo relações de consumo. Para melhor compreensão será oportuno esclarecer alguns conceitos básicos. Inicialmente os conceitos de consumidor e fornecedor não apresentam nenhuma dúvida dada a clareza no texto legal, porém ainda são debatidos tais conceitos como veremos adiante, bem como a relação jurídica de consumo.

4.1- Consumidor

Concentrando-se apenas na acepção jurídica, consumidor vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de *outrem*, a aquisição a ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços.

⁴ Lei nº 3.071, de 1º, de janeiro de 1916.

O Código de Defesa do Consumidor define em seu art. 2º consumidor como: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e em seu parágrafo único: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, portanto, uma universalidade de consumidores, como por exemplo, os segurados de um plano de saúde, que utilizam bens e serviços, são considerados consumidores.

José Geraldo Brito Filomeno (2000, p. 35-36) discorda da inserção de pessoas jurídicas como consumidores:

[...] pela simples constatação de disporem as pessoas jurídicas de força suficiente para arquitetar sua defesa, enquanto que o consumidor, ou mesmo coletividade de consumidores, ficam totalmente imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum”, e mais adiante diz: “na verdade, o critério conceitual do Código brasileiro discrepa da própria filosofia consumerista, ao colocar a pessoa jurídica como também consumidora de produtos e serviços. E isto exatamente pela simples razão de que o consumidor, geralmente vulnerável enquanto pessoa física, defronta-se com o poder econômico dos fornecedores em geral, o que não ocorre com esses que, bem ou mal, grandes ou pequenos, detêm maior informação e meios de defender-se uns contra os outros, quando houver impasses e conflitos de interesses.

Prevalece, no entanto, a inclusão da pessoa jurídica também como consumidor de bens e serviços no nosso ordenamento jurídico, embora com ressalva de que, nessa hipótese, age exatamente como o consumidor comum, ou seja, como destinatária final dos referidos bens e serviços, devendo a interpretação ser objetiva e analisada caso a caso a existência ou não da hipossuficiência e se houve aquisição para bens de consumo.

A pessoa jurídica de direito público também pode ser considerada consumidora de produtos e serviços. No artigo de Leon Fredja Szklarowsky (1999, apud FILOMENO, 2000, p. 41), Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional, aposentado, ele pondera:

Sem dúvida, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei nº 8.666/93, sendo ela consumidora ou usuária porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.

Em síntese, consumidor é o elo final da cadeia produtiva ao qual destina-se o bem ou o serviço à sua utilização pessoal.

Vislumbra-se a extensão do conceito de consumidor, para efeitos de aplicação na prática, dos preceitos do parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, quando considera consumidor além do individualmente considerado, também uma coletividade de consumidores, sobretudo quando indeterminados.

O art. 17 do Código de Defesa do Consumidor dispõe: “Para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, portanto, constitui-se numa extensão legal do conceito de consumidor terceiros, estranhos à relação jurídica de consumo, pois com frequência, os danos causados por vícios de qualidade dos bens e serviços não afetam apenas o consumidor, como por exemplo o uso indevido de agrotóxicos ou um acidente na construção civil, cabendo as pessoas físicas ou jurídicas, que foram atingidas em sua saúde ou segurança, receberem a proteção legal, em virtude do defeito do produto e do serviço.

O art. 29 diz: “Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”, logo, por equiparação, todas as pessoas físicas ou jurídicas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas, assim como por exemplo o público-alvo da publicidade enganosa, são consumidoras; apesar deste artigo ter gerado muitas controvérsias em virtude da sua ampla incidência, consideram alguns doutrinadores sua aplicabilidade até em contratos interempresariais.

O Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado, portanto, de forma mais abrangente, tendo em vista a gama de relações jurídicas tuteladas.

4.2- Fornecedor

No pólo passivo da relação de consumo encontra-se o fornecedor, ou seja, pessoas ou entidades que fornecem bens ou serviços. Ao definir fornecedor, assim dispõe o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

“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”.

Logo, todo aquele que coloca no mercado bens ou serviços à disposição do consumidor, com habitualidade, é fornecedor, congregando o produtor, o industrial, o intermediário, o prestador de serviços e outros agentes, mesmo sem personalização jurídica, que atuam na circulação econômica e jurídica de bens ou de serviços. Incluem-se entre a categoria dos fornecedores os consórcios privados ou governamentais e organismos multinacionais.

O Código de Defesa do Consumidor ao declarar direitos para o consumidor impõe obrigações ao fornecedor, qualquer que seja sua área de atuação ou exploração. A finalidade do Código é regular as atividades de fornecedores e consumidores ligados por uma relação de consumo.

4.3- Produto

O conceito utilizado pelo CDC para produto figura no § 1º do art. 3º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Segundo os doutrinadores, o termo “bem” seria tecnicamente mais correto do ponto de vista jurídico e da economia política ao invés de produto, pois bem é gênero do qual produto é espécie.

Na versão original da Comissão Especial do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e no texto final aprovado por seu plenário, constam os termos “bens e serviços”, para indicar os objetos de interesse nas relações de consumo.

O eminente Prof. Silvio Rodrigues (1997, v.1, p. 109) discorre: “Para a economia política, bens são aquelas coisas que, sendo úteis aos homens, provocam a sua cupidez e, por conseguinte, são objeto de apropriação privada”, mais adiante ele diz: “poder-se-ia definir bens econômicos como aquelas coisas que, sendo úteis ao homem, existem em quantidade limitada no universo”, ou seja, “são bens econômicos as coisas úteis e raras, porque só elas são suscetíveis de apropriação”. O direito só se interessa pelas coisas suscetíveis de apropriação, disciplinando as relações entre os homens.

Portanto, para os fins a que se destina o Código de Defesa do Consumidor, “[...] produto (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final” (GRINOVER et al., 1999, p.44).

4.4 - Serviço

O Código de Defesa do Consumidor oferece uma definição bastante ampla de serviço em seu art. 3º, § 2º, senão vejamos: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista”, como se vê, o legislador incluiu praticamente todas as espécies de relações de consumo envolvendo serviços, relações estas, pré-contratuais, contratuais, pós-contratuais e extracontratuais *ex delicto*. Esta lei consumerista regula assim todo o fornecimento de serviços no mercado e as relações jurídicas daí resultantes, ou seja, que envolvam serviços prestados por um fornecedor a um consumidor, exigindo apenas “remuneração” direta ou indiretamente pelo serviço.

“Serviço seria assim o negócio através do qual o titular adquire a faculdade de exigir de outra pessoa uma atividade ou utilidade de conteúdo patrimonial (*ius in personam*), direito de crédito ou obrigacional, a se contrapor aos direitos reais (*ius in re*) geralmente resultantes das obrigações de dar (MARQUES, 2000, p. 86)”.

Estão presentes alguns elementos estruturais internos presentes em todas as relações, como a própria idéia de obrigação (*vinculum*), os direitos subjetivos daí resultantes, os deveres de prestação e de conduta (deveres principais, anexos e acessórios), a sujeição e os direitos potestativos e as expectativas legítimas oriundas destas relações no mercado de consumo.

4.5- Relação jurídica de consumo e cláusulas abusivas

A relação jurídica de consumo estabelece-se entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor, logo, destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor, que submete-se ao poder e condições dos produtos e fornecedores dos bens e serviços, subordinação, esta, denominada de hipossuficiência ou vulnerabilidade do consumidor, pelo legislador.

São, em regra, pessoas físicas ou jurídicas, fornecedores ou consumidores, ou seja, agentes ou destinatários finais de bens ou serviços, inclusive de natureza bancária, financeira, creditícia e securitária, excetuadas as de cunho trabalhista, e desenvolvidas por entidades privadas ou públicas (art. 3º do CDC).

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor não é necessário que o fornecedor concretamente venda bens ou preste serviços, sendo necessário

apenas que os coloque à disposição de consumidores em potencial, como por exemplo, em propaganda.

São abarcadas pelo regime do Código as relações com consumidores finais. Separam-se, pois, de seu contexto, as operações referentes ao denominado *consumo intermediário*, ou seja, decorrentes do uso por empresas de bens ou serviços para o próprio processo produtivo (compreendendo, pois, bens chamados *indiretos* ou de produção, ou seja, que não satisfazem diretamente necessidades, ou porque requerem transformação para consumo, como as matérias-primas ou porque atuam como instrumentos, com máquinas, combustíveis e outros).

A relação de consumo é o objeto de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor, enquanto as relações jurídicas privadas, civis e comerciais, continuam sendo regidas pelo Código Civil, Código Comercial e legislação extravagante. Naquilo em que o Código de Defesa do Consumidor for omissivo, são aplicáveis às relações de consumo as disposições do Código Civil, Comercial, Processual Civil, Penal e demais leis extravagantes, por extensão ou analogia.

São elementos da relação de consumo, segundo o Código de Defesa do Consumidor: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço como destinatário final" (art. 2º, caput, última parte, Código de Defesa do Consumidor) (GRINOVER, 1999, p. 430).

Portanto, o que define realmente uma relação jurídica como de consumo é a destinação final ao consumidor, do produto ou do serviço.

As leis civis, comerciais e extravagantes são aplicáveis às relações de consumo, para integração de lacuna, em situações não previstas e naquilo que não contrariar o Código de Defesa do Consumidor. As relações de consumo por serem complexas, exigem interação interdisciplinar de normas de Direito Material (Constitucional, Civil, Comercial, Econômico, Administrativo e Penal) e de Direito Processual (Civil, Administrativo e Penal). Com isso, continuam com plena eficácia as normas previstas na legislação anterior que não colidam com o regime do Código, que revoga, pois somente as regras incompatíveis, dentro da técnica tradicional (art. 119, do CDC).

Conforme disposto no art. 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor um dos direitos básicos do consumidor é o da proteção contra cláusulas

abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços, sendo sua proteção um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor.

Uma série de cláusulas consideradas abusivas está enumerada no art. 51 do CDC, dando-lhes o regime de nulidade de pleno direito, significando que contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor, podendo ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*.

O elenco de cláusulas abusivas é apenas exemplificativo, pois a expressão “entre outras” do *caput* do art. 51 do CDC, evidencia que sempre que se verificar a existência de desequilíbrio entre as partes no contrato de consumo, o juiz poderá declarar abusiva determinada cláusula, desde que não atendidos o princípio da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor, entre outros.

5 - Modalidades das cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor proíbe a inserção de certas cláusulas, que considera abusivas, declarando-as não escritas, portanto sem nenhum efeito vinculatório. Serão abordados os tipos de cláusulas mais freqüentes, principalmente, nas relações negociais em massa, lembrando que, a mesma cláusula pode ser considerada válida num contrato negociado e abusiva quando for conteúdo de um contrato com condições gerais.

As hipóteses elencadas no Código de Defesa do Consumidor são em *numerus apertus*, ou seja, apenas exemplificativo, dada à impossibilidade de prever-se a exaustão de cláusulas abusivas nas relações de consumo.

A Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, em atendimento ao comando dos arts. 22, IV e 56, do Regulamento do Código de Defesa do Consumidor (Decreto nº 2.181/97), editou a Portaria nº 4, em 1998, aditando ao elenco do art. 51, 14 (quatorze) cláusulas abusivas, posteriormente, a mesma Secretaria publicou a Portaria nº 3, em 1999, ampliando o rol em mais 15 (quinze) cláusulas e em 2001 complementou o elenco com mais 16 (dezesesseis) cláusulas, através da Portaria nº 35, considerando as decisões judiciais, as decisões administrativas de diversos PROCON, e entendimentos dos Ministérios Públicos que pacificam como abusivas as cláusulas enumeradas.

⁵ Vide Portarias nºs. 4/98, 3/99 e 3/01 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/dpdc/download.htm#PORTARIAS>>.

5.1 - Cláusulas potestativas

Para Silvio Rodrigues (1997, v. 1, p. 244): “Diz-se potestativa a condição, quando a realização do fato, de que depende a relação jurídica, se subordina à vontade de uma das partes, que pode provocar ou impedir sua ocorrência”; para o Direito Civil nem todas as condições potestativas são ilícitas.

De acordo com o art. 122 do Código Civil⁶: “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”.

As condições podem ser simplesmente ou puramente potestativas, ambas sendo prejudiciais ao consumidor, pois comprometem a autonomia da vontade, sendo apenas as últimas proibidas pelo Código Civil, segundo o mesmo doutrinador as puramente potestativas “são aquelas em que a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das partes sem a interferência de qualquer fator externo; é a cláusula *si voluero*, ou seja, se me aprover (RODRIGUES, 1997, v. 1, p. 245)”, portanto a diferença é que nas cláusulas simplesmente potestativas as partes estão sujeitas a algum acontecimento externo, apesar da manifestação de uma delas, como por exemplo, a cláusula que subordina à conveniência do locatário a prorrogação da locação, que é lícita, de acordo com o Código Civil.

Como exemplos de cláusulas potestativas previstas no CDC, pode-se citar: o acréscimo de preço decorrente exclusivamente da vontade do fornecedor (art. 51, X), a que prevê ao consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor (art. 51, XII) ou a que prevê modificação unilateral do contrato (art. 51, III).

No direito do consumidor as condições potestativas podem ser consideradas cláusulas abusivas, pois comprometem a autonomia da vontade dos contratantes, com a preponderância de um sobre o outro, ferindo o princípio basilar da igualdade e equilíbrio contratual.

5.2 - Cláusulas de inversão do ônus da prova

⁶ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002.

Será nula de pleno direito a convenção a respeito do ônus da prova em prejuízo do consumidor (art.51, VI).

De acordo com o art. 333 do Código de Processo Civil: “O ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, ou seja, em regra, cabe às partes indicar as provas dos fatos por elas afirmados.

O art. 38 do CDC estabelece: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem o patrocina”. No Código de Defesa do Consumidor o magistrado utiliza-se da inversão do ônus da prova para compensar as desigualdades entre consumidor e fornecedor, rompendo com as estruturas tradicionais do ônus da prova no processo civil, embasando no art. 6º, VIII, daquele diploma legal que dispõe entre os direitos básicos do consumidor: “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 experiência”.

Consoante Cecília Matos (1998, p. 236-237, apud GRINOVER et al., 1999, p. 129-130), em sua dissertação de mestrado, sob o título *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*:

A verossimilhança verifica-se da análise dos fatos e circunstâncias que envolvem cada caso, tendendo a ser verdadeiro, mesmo que ainda não se tenham as provas diretas e a hipossuficiência é a característica integrante da vulnerabilidade, demonstra uma diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros”, e acrescenta mais adiante no mesmo trabalho: A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras da experiência em favor do consumidor.

Pode-se dizer que a verossimilhança está relacionada com a probabilidade de certo fato ou certa coisa ser verdade, mesmo que não se tenha ainda provas suficientes, quanto à hipossuficiência do consumidor, devendo o juiz levar em consideração não apenas a situação econômica, e sim a situação de subordinação diante do fornecedor.

Portanto, para que a inversão do ônus da prova se opere, faz-se necessário, além da verossimilhança e da hipossuficiência do consumidor, que a prova seja possível, em tese, para o fornecedor, promovendo a facilitação da defesa do consumidor em juízo.

Pode ocorrer, num contrato, que a inversão do ônus probatório venha a prejudicar o consumidor, caso em que será considerada abusiva.

5.3 - *Cláusula de não-indenizar*

Tipo mais comum de cláusula abusiva, encontrada freqüentemente nos contratos de adesão. Paulo Lôbo (1991, p. 173) denominou-a de *cláusula de irresponsabilidade*:

São cláusulas que visam limitar ou excluir a responsabilidade por ato próprio ou por ato de auxiliares do predisponente de condições gerais, seja pelo seguro de responsabilidade, seja pela não garantia dos vícios dos bens ou serviços, seja pela redução ou total liberação do montante de indenização, seja pela eliminação ou limitação da garantia patrimonial.

Este tipo de cláusula visa afastar a aplicação da lei comum ao caso concreto objeto do contrato. O devedor eventual da obrigação de indenizar esquivava-se, obtendo do credor renúncia ao seu direito de perdas e danos, ou seja, suprime qualquer direito de reparação. Para alguns doutrinadores são inoperantes as cláusulas de não-indenizar, para outros, “são válidas, desde que não ofendam a ordem pública, os bons costumes e os princípios comuns exigidos para os atos jurídicos em geral” (DIAS, 1980, apud LÔBO, 1991, p. 175), devendo-se ter cautela ao analisar o caso concreto, para não ocorrer abusos devidos à supremacia econômica e comercial de uma das partes sobre a outra.

Nos estabelecimentos hoteleiros é praxe estipular em seus contratos de que inexistente responsabilidade por danos nas bagagens dos hóspedes, sendo pacífico na jurisprudência, que considera inválidas tais disposições. Em contrato de adesão também não é possível estipular-se a irresponsabilidade. Apenas será válida se concluída individualmente, resultante da livre manifestação da vontade das partes.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 25, dispõe: “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores”, portanto, existe vedação expressa nas relações de consumo de cláusula de não-

indenizar, prevalecendo, portanto, a garantia do consumidor em detrimento da responsabilidade do fornecedor.

Exemplo comum de cláusula de não-indenizar considerada abusiva nos Tribunais, refere-se aos casos de extravio, perda, furto ou roubo do cartão de crédito, quando seu titular informa imediatamente à instituição bancária ou administradora e esta não toma as providências para inutilizar o cartão. Quanto às cláusulas penais, embora não estejam vedadas, devem ser estipuladas de modo que não exonere ou limite o dever de indenizar. Portanto, é limitada a faculdade de renúncia do consumidor ao direito de vir a ser indenizado por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços que lhe forem fornecidos; mas o fornecedor não pode ter sua responsabilidade, no que se refere a vícios de qualquer natureza de seus produtos ou serviços, diminuída, pois de acordo com o art.1º do Código de Defesa do Consumidor, abrangendo normas de ordem pública não podendo ser afastada pelo mero interesse de particulares.

5.4 - Cláusula de eleição de foro

A cláusula de eleição de foro, apesar de freqüentemente encontrada nos contratos de adesão, em especial nos contratos bancários, não teve tratamento específico no Código de Defesa do Consumidor, podendo, contudo, utilizar-se o inciso IV, do art. 51, deste diploma que diz: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas [...] que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Caso venha a prejudicar o consumidor, pode ser anulada a cláusula que fixa o foro de eleição onde se encontra a matriz do estabelecimento, para ser competente, a fim de dirimir dúvidas em caso de eventual litígio, esta cláusula elimina a conveniência recíproca da partes, prevalecendo apenas o interesse do estipulante. Fere o art. 6º, VIII, que diz ser direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa em juízo. Porém, se a cláusula de eleição de foro for discutida livremente entre as partes, em igualdade de condições, ela é válida.

5.5- Cláusula constitutiva do mandatário

É muito comum esse tipo de cláusula. Ela concede ao credor o poder contratual de tornar líquida a dívida, de acordo com seu interesse. Através dela o banco obtém autorização para emitir em nome do consumidor e a

favor da instituição uma nota promissória, com vencimento à vista para a cobrança de eventuais débitos. São também comuns nos contratos de locação, de financiamentos, de cartão de crédito, leasing e outros.

A cláusula-mandato de acordo com Cláudia Lima Marques (1998, p. 505-506):

[...] é uma estipulação elaborada e imposta por uma das partes, que coloca o credor do débito na posição legal de mandatário do devedor, com plenos e irrevogáveis poderes para fechar terceiros negócios (geralmente sobre títulos abstratos) ou para modificar unilateralmente as bases do negócio em curso (por exemplo, impor e assinar sozinho a re-ratificação da mesma promessa, combinada com confissão de dívida).

O Código de Defesa do Consumidor proíbe expressamente a imposição de representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor.

Após alguns julgados sobre a matéria, foi editada a súmula 60 do Supremo Tribunal de Justiça : “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

A jurisprudência considerava tal cláusula como não abusiva, sendo aceita em alguns contratos, como por exemplo, nos de cartão de crédito, após vários julgados; posteriormente, o judiciário passou a considerá-la abusiva.

O inciso VIII, do art. 51 dispõe: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais [...] que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor”, portanto, é clara a lei brasileira, não devendo mais haver divergência entre a doutrina e a jurisprudência; no entanto, pode o consumidor ser representado desde que ele o tenha escolhido livremente.

5.6 - Cláusula de sanção premial

A sanção jurídica significa: “o prêmio ou o castigo retributivo de boas ou más ações, ou ainda a firmeza e aprovação de uma norma, estabelecendo castigos aos seus infratores e prêmios a seus cumpridores” (MELO FILHO, 1977, v. 67, p. 36), podendo-se, portanto, falar-se em sanção premial em oposição à sanção penal.

Na prática esta cláusula, aparentemente inofensiva, visa conceder vantagem pecuniária a título de desconto, em virtude de pontualidade na efetuação de pagamentos, porém pode esconder em suas entrelinhas uma cláusula penal, pois podem de forma indevida conter os lucros, merecendo,

pois, cuidados especiais ao ser analisada concretamente, podendo ser benéfica ou não ao consumidor.

5.7 - Cláusula que utiliza compulsoriamente o juízo arbitral

O art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, considera abusivas as cláusulas que “determinem a utilização compulsória de arbitragem”, ou seja, que deixam a critério exclusivo e unilateral do fornecedor a escolha da jurisdição estatal ou arbitral, como também a escolha do árbitro.

A arbitragem compulsória afronta ainda o direito individual previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Lei nº 9.307/96 que regulamentou o instituto do juízo arbitral revogou os arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil⁷ e o art. 1.072 do Código de Processo Civil⁸, passando o compromisso arbitral a ser um negócio jurídico celebrado entre as partes, que se submetem a escolher um juiz não togado para resolver posterior conflito.

A lei de arbitragem, em seu art. 4º, § 1º, dispõe que “a cláusula compromissória somente será válida se for estabelecida por escrito no próprio contrato ou em outro documento anexo a que o instrumento se refira”.

“A opção pela solução do litígio no juízo arbitral, bem como a escolha da pessoa do árbitro é questão que deve ser liberada eqüitativa e equilibradamente pelas partes, sem que haja preeminência de uma sobre a outra” (GRINOVER et al., 1999, p. 512).

A lei de arbitragem estipula regra específica em seu art. 4º, § 2º: “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”, portanto, é possível a instituição de cláusula de arbitragem nos contratos de consumo, desde que seja obedecida de forma efetiva a bilateralidade: o consentimento dos contratantes e estes escolham a pessoa do árbitro, ou seja, deve ser respeitado o equilíbrio contratual, merecendo críticas tal dispositivo: “Tal ficção é injusta, pois cria uma falsa bilateralidade de

⁷ Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1.916.

⁸ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.973.

chances de contrato, a qual não ocorrerá na prática. A passividade e a vulnerabilidade do consumidor são a regra” (MARQUES, 1998, p. 499).

Logo, poderá ser submetida ao juízo arbitral toda questão que envolva direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, quaisquer direitos que as partes possam transacionar; o que não é admitido é a cláusula que obrigue a arbitragem, ou deixe a critério exclusivo do fornecedor sua determinação, ou ainda, a cláusula prévia da arbitragem a qual dispõe que qualquer litígio decorrente do contrato seja resolvido por juízo arbitral.

5.8 - Cláusula que prevê rescisão unilateral

Tais cláusulas permitem o exercício de direito extintivo, ao considerar que o inadimplemento do consumidor, por atraso ou mora, pode ser punido com a extinção do vínculo contratual, unilateralmente, pelo fornecedor.

De acordo com o pensamento de Valéria Galdino (2001, p. 124):

As cláusulas resolutórias são geralmente válidas em outros contratos em que haja equilíbrio entre as partes, mas não nos contratos de adesão ou de longa duração, cujo objeto é a prestação de serviços considerados essenciais (como a segurança e saúde do aderente e de sua família).

A lei especial sobre seguros, Decreto-Lei nº 73/66, dispõe em seu art. 13 que as apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos contratos de seguros ou por qualquer modo subtraia sua eficácia ou validade, além das situações previstas em lei.

Segundo Cláudia Lima Marques (1998, p. 534):

As cláusulas que possibilitam a resolução unilateral por inadimplemento do devedor, no caso dos seguros-saúde, trazem também um novo potencial abusivo. Tais cláusulas trazem nomes diversos (cláusulas de cancelamento por falta de pagamento, de não renovação por descumprimento contratual etc.), como querendo evitar que o magistrado se recorde do disposto no art. 13 do Decreto-Lei nº 73/66. Tais cláusulas permitem faticamente o exercício de direito extintivo, ao considerar que o inadimplemento do consumidor (atraso ou mora por 30, 60, 90 dias e, em alguns contratos, qualquer atraso, ou mesmo outra forma de inadimplemento dos deveres anexos) pode ser punido com a extinção do vínculo contratual, quando existem outras formas que não o exercício deste poder extintivo do vínculo, reservado contratualmente (e arbitrariamente) ao fornecedor.

Deve-se, portanto, para decretar a abusividade das cláusulas que possibilitam a rescisão unilateral do contrato nas relações de consumo, seguir a norma geral do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor;

desde que contenha vantagem excessiva do fornecedor, o magistrado deverá decretá-la nula de pleno direito.

No entanto, o legislador permitiu a inclusão de cláusula que permite o cancelamento do contrato por qualquer das partes, pois, neste caso o fornecedor e o consumidor estão em posição contratual de igualdade e equilíbrio.

5.9- O pacto comissório

O pacto comissório pode ser conceituado de acordo com Maria Helena Diniz (1997, v. 3, p. 151):

[...] como a cláusula inserida no contrato pela qual os contraentes anuem que a venda se desfça, caso o comprador deixe de cumprir suas obrigações no prazo estipulado. A venda está, portanto, sob condição resolutiva, só se aperfeiçoando se, no prazo estipulado, o comprador pagar o preço ou se, no prazo de dez dias seguintes ao vencimento do prazo do pagamento, o vendedor demandar o preço; assim, se ele preferir exigir o preço, não poderá exercer ação resolutória.

Permite, portanto, ao vendedor a opção entre rescindir a venda ou exigir o preço, não podendo o vendedor alternar o pedido, por isso o legislador concede ao interessado o prazo de 10 dias, contados do vencimento, para o pagamento do preço, não o fazendo, entende-se que optou pela rescisão. Se o vendedor não exercer sua faculdade, o comprador poderá dentro de 10 dias evitar a resolução, realizando o pagamento (Art. 1.163, *caput* e parágrafo único, do Código Civil).

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 53, proíbe 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, proibindo o pacto comissório, no sentido de não facultar ao fornecedor, no caso de inadimplemento do consumidor, a perda total das prestações pagas, o que configuraria uma vantagem exagerada em detrimento do consumidor, fundando-se no caráter abusivo da estipulação e no enriquecimento sem causa do fornecedor.

Como exemplo cita-se o caso de consórcios em que o consumidor terá direito à devolução das parcelas quitadas, monetariamente atualizadas, porém deverão ser descontadas as vantagens auferidas com a fruição do bem, cabendo ao consumidor pagar os prejuízos que este causar ao conjunto de consorciados; não havendo, portanto, enriquecimento de nenhuma das partes. No caso do *leasing*, onde as prestações consistem no pagamento

antecipado da maior parte do preço, se ocorrer a resolução contratual por parte do arrendatário, este fica obrigado apenas a pagar as prestações vencidas até a retomada do bem, sujeitando-se às demais cláusulas penais previstas.

A análise da abusividade da cláusula contratual, que prevê a perda do bem, ou das prestações já pagas, deve ser vista levando-se em conta a boa-fé objetiva e a equidade contratual, lembrando que é justo ao fornecedor reter uma quantia, estipulada no contrato, para suprir as despesas realizadas na negociação do bem, em função da fruição da coisa vendida e da impossibilidade de serem recobrados os prejuízos tais como: os custos, a depreciação e eventuais perdas e danos, em face da cláusula geral da boa-fé preceituada nos arts. 4º, III e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

5.10- Cláusula abusiva nos contratos inominados

Devido a variadas relações humanas, existe um número ilimitado de contratos, que não estão disciplinados no ordenamento jurídico, denominados atípicos ou inominados, como por exemplo, de guarda e limpeza de veículos, excursões turísticas, de eventos festivos, de treinadores esportivos etc.; estes, no entanto, subordinam-se aos princípios gerais das obrigações contratuais, para que seja juridicamente válido.

Consoante José Ignácio Fransceschini (1974, apud GALDINO, 2001, p. 134):

A liberdade há que condicionar-se(sic), emoldurando-se na lei, para ser liberdade condicionada, não ser liberdade escravidão, instrumento dos que atuam de má-fé, em detrimento da própria sociedade. É verdade que a convenção faz lei entre as partes, mas a própria lei há que conter os limites dessa livre estipulação privada, no sistema contratual, para que não fique este sistema ao arbítrio das convenções, deixando de intervir para a diminuição, cada vez mais, dos abusos, para que, assim, se realize o fim do direito, que é a Justiça, depois da Ordem e Segurança Sociais”.

É lícito, portanto, às partes, estipular contratos atípicos, porém deve-se observar as normas gerais das obrigações contratuais, e subsidiariamente, por normas jurídicas referentes a um outro contrato nominado análogo; tal liberdade encontra limitação na própria lei, a fim de evitar os abusos e as fraudes.

6 – Controle das cláusulas abusivas

A política de defesa do consumidor far-se-á através da ação dos três níveis de governo existentes, e por diversos órgãos (art. 5º CDC). As normas de proteção contratual devem ser aplicadas em todos os contratos, exceto os trabalhistas, invocando o princípio da boa-fé e da eqüidade, aos contratos de consumo.

O controle das cláusulas abusivas pode ser visualizado sob vários ângulos. Para proteger os consumidores o Estado intervém por via administrativa, com a instituição de órgãos próprios estatais; pela legislativa, através de leis específicas de proteção ao consumidor e através dos órgãos jurisdicionais.

6.1 Controle administrativo

O controle administrativo é preventivo, quando realizado através de um órgão da administração pública e esta pode formular as cláusulas gerais ou homologar as que lhe são apresentadas. Apesar de homologadas, as cláusulas abusivas que porventura existam, podem estar sujeitas à apreciação judicial. Esse controle prescinde da iniciativa individual lesada, afetando as decisões o conjunto de indivíduos atingidos pelas cláusulas abusivas. Esse sistema é usado, entre outros países, na Suécia, França, Inglaterra e em Israel. Nesses moldes o controle administrativo possui um caráter mais amplo que o controle judiciário, pois, apresenta certeza da decisão, uniformidade de resultados e previne outros danos nos contratos de massa, possuindo sua decisão efeito *erga omnes*.

Caracteriza-se, com algumas variações, consoante Paulo Lôbo (1991, p. 77-78):

[...] pela aprovação prévia das condições gerais dos contratos através da autoridade administrativa, em caráter abstrato, para que possam produzir efeitos nos contratos individuais. O fornecedor de bens ou de serviços, que pretenda utilizar condições gerais, terá de antes, submetê-las ao juízo de validade da autoridade administrativa, de cuja decisão favorável dependerá sua eficácia.

A legislação brasileira não possui esse controle nos moldes acima descritos, pois foram vetados os dispositivos no Projeto original do Código de Defesa do Consumidor, impedindo que o Ministério Público efetivasse o controle administrativo abstrato e preventivo. O texto do § 3º do art. 51

assim rezava: “O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral”, e o §5º do art. 54 dispõe: “Cópia do formulário padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão”; o veto, no entanto, não teve nenhum efeito prático, uma vez que o Ministério Público utiliza a Lei da Ação Civil Pública, na prevenção e composição de conflitos de consumo.

Veja-se o entendimento de Nelson Nery Júnior (GRINOVER et al., 1999, p. 455): “O controle administrativo dá-se: a) pela instauração do inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/86, aplicável às ações fundadas no CDC por incidência do art. 90, CDC); b) pela adoção de providências no âmbito da administração pública, relativamente às atividades por ela fiscalizada ou controlada”.

A instauração do inquérito civil serve para futuro ajuizamento de ação civil pública, podendo nessa oportunidade os interessados chegarem a uma composição extrajudicial.

O controle pode ser abstrato, quando o Ministério Público toma conhecimento de uma cláusula abusiva em contrato-padrão, antes mesmo do aderente assiná-lo, ou concreto, quando um órgão ou interessado provoca a atividade do Ministério Público na instauração do inquérito civil para defender os direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 129, III e IX da CF). O controle no âmbito da administração pública, relativamente às atividades por ela fiscalizada ou controlada, pode ser exercido por meios de decretos, portarias ou outros atos administrativos, uma vez que o elenco de cláusulas abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 do CDC é de tipo aberto, exemplificativo, permitindo, desta forma a sua complementação.⁹ Tais portarias não têm força de lei, mas, com certeza influirão nas decisões do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos órgãos de defesa do consumidor, além de inibir o fornecedor de incluí-las nos contratos de adesão. Como exemplos de controle administrativo citam-se: o setor de seguros que deve seguir as normas da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados e o de consórcio de automóveis que obedecem às ditadas pelo Ministério da Fazenda.

Apesar da doutrina especializada considerar o controle administrativo preventivo mais adequado à tutela do aderente, ele demonstrou ser de difícil

⁹ Vide Portarias nºs 4/98, 3/99 e 3/01 da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/dpdc/download.htm#PORTARIAS>>.

implementação, concentrando-se as maiores críticas na burocratização excessiva e na concentração estatal que ele propicia.

Portanto, o controle administrativo, nos molde *operandi*, verifica-se com a atuação de órgãos próprios estatais, relativamente às atividades por eles fiscalizadas ou controladas, bem como pela instauração do inquérito civil, que serve para futuro ajuizamento de ação civil pública.

6.2 - Controle legislativo

O controle legislativo pode ser formal ou material, o primeiro visando assegurar a plena liberdade das partes, exigindo o conhecimento das mesmas para que o contrato alcance sua eficácia; quanto ao controle material, consiste na interferência do legislador diretamente no conteúdo dos contratos, visando garantir o equilíbrio das partes.

O controle legal de cláusulas contratuais gerais está previsto no Código Civil¹⁰, nos arts. 421 a 426. Segundo Francisco dos Santos Amaral Neto (1975, apud GALDINO, 2001, p. 145) o controle legislativo não exclui outras formas de controle, realizando-se por meio da “previsão normativa dos limites impostos ao predisponente na fixação das cláusulas contratuais gerais, limites esses estabelecidos em relação aos vários tipos de contrato, mediante atos normativos específicos”.

No nosso ordenamento jurídico, onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, Constituição Federal), o controle das cláusulas abusivas compete aos legisladores, reforçado pelo dispositivo que reprime o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º, Constituição Federal).

6.3- Controle judiciário

O controle judiciário segundo o direito positivo, da combinação dos artigos 82 e 83, do CDC, determina que qualquer legitimado pode mover todo e qualquer tipo de ação judicial para a efetiva tutela dos direitos e interesses do consumidor, podendo o controle ser abstrato ou concreto.

O Código de Defesa do Consumidor adotou no art. 51, § 4º o controle judicial com o objetivo de evitar abusos e injustiças, o qual dispõe, *in verbis*:

¹⁰ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002.

“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”.

A princípio, percebe-se que o Ministério Público defenderá direito individual, a pedido de um consumidor, mas não se deve esquecer, que no sistema do Código (art. 1º), as normas são de interesse social, de ordem pública.

O parquet pode propor ação visando ao controle concreto de cláusula contratual abusiva, mas não pode mover ação para obter indenização individual em favor de um determinado consumidor. Somente estará legitimado, para obter indenização, a mover a class action de que tratam os arts. 81, parágrafo único, nº III e 91 do CDC, isto é, ação coletiva para defesa de direitos e interesses individuais homogêneos. Os interesses e direitos individuais puros, não homogêneos, não podem ser defendidos judicialmente por ação direta do Ministério Público (GRINOVER et al., 1999, p. 524).

A primeira impressão que se tem é que a ação judicial destina-se apenas à declaração de nulidade da cláusula abusiva no caso concreto, procurando sempre que possível manter o contrato, porém, outros dispositivos legais esparsos no Código de Defesa do Consumidor podem ser invocados, a exemplo:

- O art. 6º, V, o qual permite a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.
- O art. 35, I, que autoriza o consumidor entrar em juízo para exigir o cumprimento da obrigação, nos termos da oferta, apresentação e publicidade.
- O art. 48, que permite a execução específica das declarações de vontade constantes nos escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo.

O controle judicial das cláusulas abusivas pode ser invocado com base no disposto no art. 83, *in verbis*: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

João Bosco Leopoldino Fonseca discorre sobre o assunto (1993, p. 199):

“O controle judicial tradicional, que incide somente sobre o caso submetido a juízo, e, portanto, de alcance restrito ao caso individual, não se presta ao controle efetivo e eficiente, de amplo alcance, como exige um fenômeno de massa como são os contratos de adesão e as cláusulas muitas vezes de caráter abusivo no que lhe são inerentes”.

Admite-se, portanto, o controle de forma difusa, antes mesmo da celebração do contrato, como por exemplo, de um contrato padrão, com condições gerais, uma vez que a tutela judicial de interesses e direitos dos consumidores pode ser exercida individualmente, ou a título coletivo, conforme reza o art. 81.

A nulidade da cláusula deve ser requerida, por meio de ação promovida pelo Ministério Público; a defesa, a título coletivo, é exercida via ação civil pública, como o meio efetivo para alcançar as finalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Possuem legitimidade para ingressarem com as ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano (podendo ser dispensado pelo juiz, este pré-requisito, quando haja manifesto interesse social ou pela relevância do bem jurídico protegido), entidades e órgãos da administração pública destinados à defesa dos consumidores (art. 91 e ss.). A decisão que declara a cláusula abusiva terá eficácia *erga omnes*, no caso do controle judicial abstrato, ou seja, cujo objetivo seja a tutela contratual coletiva ou difusa do consumidor, o que não acontece na declaração de abusividade de cláusula no controle judicial concreto, individual, desde que não seja em contratos de adesão, fazendo coisa julgada, apenas entre as partes.

Cristiano Heineck Schmidt enfatiza: “Apesar de satisfatório na teoria, o controle das cláusulas abusivas no Brasil é deficitário, na prática, pois falta regulamentação para procedimentos de fiscalização a serem adotados pelas entidades públicas e privadas responsáveis pela defesa dos interesses dos consumidores (2000, p.179)”.

O controle judicial é considerado o mais adequado, apesar da demora do provimento judicial; no entanto, é combatido por estar limitado aos casos concretos, dependente de iniciativa processual do lesado, deixando de serem apreciadas muitas situações pela inércia dos consumidores, quer seja pela ignorância, quer seja pela incredibilidade da vitória diante do predisponente empresário, dotado de meios superiores aos seus. A tendência atual indica o caminho de um sistema mais complexo e integrado, combinando ações

preventivas *in abstracto*, através dos órgãos administrativos e pelos tribunais com o controle judicial *in concreto*.

6.4-Controle executivo

É oportuno lembrar-se do controle executivo, apesar de controvérsias doutrinárias, que o Presidente da República realiza, com fulcro no art. 62 da Constituição Federal, ou seja, adota medidas provisórias com força de lei, como por exemplo, a Medida Provisória nº 2.172-32¹¹, de 23 de agosto de 2001, que corresponde à originária MPV 1.820, em 05 de abril de 1999, estabelecendo nulidade de cláusulas contratuais, invertendo o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração, nas hipóteses previstas: taxas de juros superiores às legalmente permitidas, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, disposições contratuais que são celebrados para garantir, direta ou indiretamente, contratos civis de mútuo entre outras, portanto, atipicamente pode-se denominar esse tipo de controle como do executivo.

7 - Nulidades e o dano em decorrência das cláusulas abusivas

7.1 - Invalidade das cláusulas abusivas

A nulidade das cláusulas abusivas rege-se pelos princípios da boa-fé e do justo equilíbrio de direito e obrigações. O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor elenca em seus incisos algumas dessas cláusulas.

“O Direito cominou às cláusulas abusivas o grau mais elevado de invalidade: a nulidade. As cláusulas abusivas são insuscetíveis de convalidação, porque o direito lesado não pertence apenas ao aderente, mas à coletividade potencialmente atingida (LÔBO,1991, p. 212)”.

No Direito comum brasileiro, estabelecido no Código Civil, a doutrina divide as nulidades em absolutas e relativas, sendo as primeiras quando o interesse afrontado pelo descumprimento da norma for de ordem pública e a segunda se o interesse for de ordem particular, caso em que se está diante de uma anulabilidade.

Não distinguiu, o Código de Defesa do Consumidor, a nulidade absoluta da anulabilidade, admitindo apenas a nulidade de pleno direito, reconhecida como matéria de ordem pública; a nulidade das cláusulas

¹¹ Vide texto integral da MPV nº 2.172-32, de 23 de ago. de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

abusivas não é atingida pelos efeitos da preclusão e da decadência, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, impondo-se ao juiz pronunciá-la de ofício, com fulcro no Código de Processo Civil¹² (arts. 267, § 3º, 301, § 4º e 303) e podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir (art. 168 do Código Civil¹³).

Dispõe o inciso IV, do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

“São nulas de pleno direito, **entre outras** (grifo nosso), as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

É pacífico na doutrina que se trata de uma nulidade absoluta, pois, além de modalidades cominadas em lei, leva-se em conta o caráter público do interesse protegido. O fundamento de repúdio às cláusulas abusivas está assente no princípio basilar da boa-fé.

A nulidade pode ser suscitada judicialmente ou por ato de ofício do juiz, não apenas através de uma ação individual, como também pelo Ministério Público, associações civis constituídas há mais de uma ano ou pela autoridade pública.

Paulo Lôbo (1991, p.178) já dizia: “O aderente não mais precisa aguardar a decisão judiciária para deixar de cumprir as cláusulas abusivas tipificadas na lei ou compreendidas na cláusula geral. A declaração de nulidade opera ex tunc e a cláusula, por ser absolutamente inválida, nunca se integra ao contrato ou produz efeitos jurídicos”.

Oportuno lembrar-se que o interesse lesado não pertence individualmente ao aderente, mas a toda comunidade potencialmente atingida, visando o legislador com o cancelamento de tais cláusulas, que o predisponente não mais as utilize, pois no caso de descumprimento, incorre nas sanções previstas, em nível administrativo, penal e civil.

Segundo Nelson Nery Júnior (GRINOVER et al., 1999, p. 491):

A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou ainda, por ato ex officio do juiz. A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa. Quanto à subsistência da relação jurídica de consumo contaminada com cláusula abusiva, o efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade

¹² Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.973.

¹³ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002.

da cláusula é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio jurídico de consumo já preexistia essa situação de invalidade, de sorte que o magistrado somente faz reconhecer essa circunstância fática anterior à propositura da ação.

Descartada a cláusula do plano contratual, não é decretada apenas sua invalidade, produz também efeito *ex tunc*, anulando o negócio jurídico desde a sua celebração, portanto, dado o cunho de ordem pública da cláusula abusiva, impõe-se ao juiz decretá-la *de officio*, o que independe de provocação das partes. Verifica-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor afastou-se da sistemática do Código Civil, o qual estabelece que as nulidades *pleno jure* independem de declaração judicial.

Depreende-se do exposto, que sempre que houver desequilíbrio entre as partes, nos contratos de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusivas certas cláusulas, desde que desatenderem ao princípio da boa-fé e a incompatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

7.2 - Princípio da conservação dos contratos

O legislador adotou o princípio da conservação dos contratos, permanecendo as demais cláusulas válidas, o contrato subsiste, desde que permaneça o equilíbrio entre as partes e, portanto, a sua própria validade. No seu § 2º, do art.51 reza: “A nulidade de uma cláusula contratual não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. Esse poder revisional do Juiz possibilita o ajuste do contrato, visando o seu objeto, guiando-se pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor e de que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC).

Aguiar Júnior (1994, apud SHIMITT, 2000, p. 173-174) sustenta entendimento, que: “[...] provada a utilidade da cláusula para o consumidor, a nulidade dita então absoluta se relativiza, não devendo ser decretada pelo Magistrado”. Não prevalece em sua inteireza o princípio consubstanciado no *pacta sunt servanda*, não se limita a lei a aceitar o contrato tal como redigido sem a cláusula declarada nula, e sim, permite a sua modificação ou substituição, se necessário, para manter o contrato, logo, através da convalidação da cláusula abusiva limita-se a eficácia da nulidade, no sentido

de conservá-la, adaptando-a ao interesse do consumidor, caso essa medida saneadora seja mais favorável ao mesmo.

O juiz deverá integrar o contrato do qual foi retirada a cláusula abusiva suprindo a lacuna existente: “[...] impondo deveres e condutas às partes, minorando obrigações ou majorando-as, tudo para permitir a consecução do fim contratual” (SILVA, L., 1996, p. 154), oportuno lembrar-se que o princípio da conservação dos contratos prevalece, desde que guarde o equilíbrio das posições contratuais, de modo que se possa executá-lo. O negócio jurídico deve ser ajustado levando-se em conta a duplicidade de vontades com base no critério objetivo da finalidade do mesmo.

7.3 – O dano em decorrência de cláusulas abusivas

Entre os vários direitos básicos esculpido no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor destaca-se no inciso VI: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”; ou seja, assegura o ressarcimento do prejuízo sofrido, que é reflexo da garantia constitucional (art. 5º, X e XXXII, e art. 170, V).

7.3.1- Responsabilização objetiva.

Tradicionalmente o direito brasileiro adotava a responsabilidade civil dos particulares nas relações de consumo, conforme a regra do art. 159 do Código Civil¹⁴: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, portanto, caberia ao lesado, para obter o ressarcimento, comprovar, além do nexo causal, ter agido o autor do fato com culpa, o que frustrava na maioria das vezes a reparação do dano.

As antigas barreiras da responsabilidade individual subjetiva foram rompidas por inúmeras decisões jurisprudenciais, passando a ser contemplada a responsabilidade civil objetiva, baseada na responsabilidade sem culpa.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco do negócio, a qual transfere aos fornecedores todos os riscos da exploração da atividade econômica no mercado, os quais respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos ou insuficiência e inadequação de informações, em relação aos produtos e

¹⁴ Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1.916.

serviços que colocou no mercado, podendo, a simples inserção de cláusulas abusivas nos instrumentos contratuais para configurar o dano extrapatrimonial, pois tais cláusulas violam o princípio da boa-fé objetiva.

Carlos Bittar afirma (1990, p. 38-9):

Segundo o princípio da boa-fé as partes devem pautar a sua relação em consonância com a lealdade e com a confiança recíprocas(sic) que a vida de relações impõe. Cumpre a cada qual respeitar a posição do outro contratante e operar com fidelidade e com probidade, a fim de que alcance os objetivos pretendidos com o contrato, agindo consoante padrões éticos normais à contratação pretendida.

Diante da teoria contratual atual o princípio da boa-fé objetiva exerce importantíssima função, atua como limitadora do exercício abusivo do direito e está presente desde a formação do contrato, passando na execução, indo até sua conclusão, impregnando de moralidade a atividade comercial, protegendo os valores básicos da convivência humana, devendo os contratantes respeitar-se mutuamente.

Sobre o assunto em tela fala Cláudia Lima Marques (1998, p. 79):

“Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui dupla função na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos”.

Significa que são reconhecidos novos deveres correlatos, laterais ou secundários que se incorporam às relações negociais, exercendo a boa-fé, também, como limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos de contratar, sem causar lesão ou desvantagem excessiva a outra parte.

Em virtude da desconformidade ao princípio da boa-fé objetiva, o fornecedor poderá indenizar o consumidor, por inserir cláusula abusiva no contrato, por dano patrimonial, moral ou extrapatrimonial dela decorrente, podendo as mesmas estar previamente ou não inseridas no Código de Defesa do Consumidor.

7.3.2 – O Dano extrapatrimonial

As relações humanas são reguladas por normas ou regras de caráter obrigatório, denominadas regras jurídicas. O descumprimento de um dever jurídico significa a lesão ou violação a um direito, podendo decorrer desse fato perdas materiais ou morais a uma pessoa ou grupo de pessoas. Em decorrência nasce o direito à indenização, seja por causa do prejuízo ou do direito violado.

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, XXXV, *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, portanto, toda vez que ocorrer a violação de um direito ou de um interesse juridicamente protegido, será possível a intervenção judicial, demonstrando que o dispositivo possui nítido caráter preventivo, procurando inibir a sua ocorrência.

Já dizia Wilson Melo da Silva (1983, p. 2) que danos morais seriam “[...] os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal”.

Nos danos extrapatrimoniais inexistem qualquer reflexo nos direitos da personalidade ou na esfera íntima do lesado, importando apenas a ocorrência de um ato ou fato que viola ou lesa um direito ou interesse juridicamente protegido, podendo ambas as indenizações coexistir, devendo o magistrado observar ao analisar o caso concreto, não ocorrendo *bis in idem*, pois a indenização por danos morais possui caráter compensatório enquanto a extrapatrimonial possui natureza punitiva, intimidatória e inibitória, evitando que casos análogos ocorram.

Os danos morais e extrapatrimoniais independem da prova da ocorrência de efetivo prejuízo e da análise da subjetividade do agente, a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação.

Trata-se de presunção absoluta, ou *iures et iure*, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. “Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer a demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado (BITTAR, 1998, p. 216)”.

A aplicação do dano extrapatrimonial possui caráter punitivo e inibitório, evitando que os fornecedores continuem a inserir cláusulas abusivas, principalmente nos contratos de adesão.

A existência de cláusulas abusivas em alguns instrumentos contratuais pode ocorrer em virtude da má-fé do fornecedor ou não, como por exemplo, em decorrência de sua ignorância ou desconhecimento dos limites impostos pelo ordenamento jurídico à contratação, porém, o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco do negócio, transferindo ao fornecedor todos os riscos da exploração da atividade econômica.

Portanto, nos contratos de consumo, para configurar o dano extrapatrimonial, basta a simples inserção de cláusulas abusivas, pois, estas, violam o princípio da boa-fé objetiva, devendo o fornecedor indenizar o

consumidor. Em virtude de seu caráter punitivo e inibitório será o meio mais eficiente de controle social, evitando que os fornecedores continuem a inseri-las nos contratos, notadamente nos de adesão, o que obriga os consumidores a ingressarem na Justiça para obter a nulidade de tais cláusulas.

8 - Considerações finais

Conforme analisado ao longo do presente trabalho os princípios basilares da teoria contratual, tais como o da força obrigatória dos contratos, do consenso e da autonomia da vontade, vieram da Idade Média, onde a fé jurada era o respeito à palavra dada, imprimia a obrigatoriedade ao ajuste.

Atualmente o contrato possui uma nova concepção, importando além da manifestação da vontade das partes, os seus efeitos na sociedade como um todo, em função do interesse social.

O texto constitucional de 1988 impõe limites de cunho político, social e econômico, passando o Estado a intervir no domínio privado, incluindo nas relações contratuais, em prol do interesse coletivo.

Atualmente, com as necessidades de um mundo globalizado, em relação aos contratos nos moldes contemporâneos, que se realizam em série, a preocupação é a defesa dos aderentes, mediante normas legais que proibam normas iníquas, até porque as regras de declaração da vontade e os vícios de consentimento quase não se aplicam.

O contrato de adesão é um instrumento fundamental da nova economia de mercado, necessário para a maioria das relações de consumo, possuindo o fornecedor um contrato padrão, que é utilizado para todos os consumidores, podendo-se afirmar que o mesmo é propício para o surgimento dessas cláusulas, uma vez que o fornecedor é quem as elabora, sem prévia discussão, geralmente beneficiando-se em relação ao aderente.

O Código de Defesa do Consumidor regula as relações jurídicas de consumo, e prevê entre outros mecanismos de proteção ao consumidor a nulidade das cláusulas contratuais abusivas, tendo por fim estabelecer o equilíbrio contratual, invocando o princípio da boa-fé e da equidade, ou seja, da função social do contrato.

Uma série de cláusulas consideradas abusivas está enumerada no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, dando-lhes o regime de nulidade de pleno direito, significando que contrariam a ordem pública de proteção

ao consumidor, podendo ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

O elenco de cláusulas abusivas é apenas exemplificativo, pois, sempre que se verificar a existência de desequilíbrio entre as partes no contrato de consumo, o juiz poderá declarar abusiva determinada cláusula, desde que não atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor, entre outros.

Para proteger os consumidores o Estado intervém por via administrativa, com a instituição de órgãos próprios estatais, bem como pela instauração do inquérito civil, que serve para futuro ajuizamento de ação civil pública; pela legislativa, através de leis específicas de proteção ao consumidor e através dos órgãos jurisdicionais.

O controle judicial é considerado o mais adequado, no entanto, a tendência atual indica o caminho de um sistema mais complexo e integrado, combinando ações preventivas *in abstracto*, através dos órgãos administrativos e pelos tribunais, com o controle judicial *in concreto*.

Sempre que houver desequilíbrio entre as partes, nos contratos de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusivas certas cláusulas, invalidando-as, desde que desatenderem ao princípio da boa-fé e à incompatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

O legislador adotou o princípio da conservação dos contratos, permanecendo as demais cláusulas válidas; o contrato subsiste, desde que permaneça o equilíbrio entre as partes e, portanto, a sua própria validade.

O Código de Defesa do Consumidor assegura o ressarcimento do prejuízo sofrido, com base na teoria do risco do negócio, a qual transfere aos fornecedores todos os riscos da exploração da atividade econômica no mercado, os quais respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados.

O fornecedor poderá indenizar o consumidor, por inserir cláusula abusiva no contrato, por dano patrimonial, moral ou extrapatrimonial dela decorrente, podendo as mesmas estar previamente ou não inseridas no Código de Defesa do Consumidor.

Os danos morais e extrapatrimoniais independem da prova da ocorrência de efetivo prejuízo e da análise da subjetividade do agente; a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação.

A aplicação do dano extrapatrimonial possui caráter punitivo e inibitório, evitando que os fornecedores continuem a inserir cláusulas abusivas, principalmente nos contratos de adesão.

Portanto, nos contratos de consumo, para configurar o dano extrapatrimonial, basta a simples inserção de cláusulas abusivas, pois estas violam o princípio da boa-fé objetiva, devendo o fornecedor indenizar o consumidor. Em virtude de seu caráter punitivo e inibitório será o meio mais eficiente de controle social, evitando que os fornecedores continuem a inseri-las nos contratos.

9 - Referências

ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 15, p. 12, jul./set. de 1995.

ALVIN, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 20, p. 24-70, jan. 1997.

BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*: Lei nº 8.078, de 11 de set. 1990. Obra coletiva. 12. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A função da boa-fé no controle da abusividade das cláusulas contratuais*. Disponível em:

<http://www.cartamaior.com.br/exibe_artigo.asp?cd_artigo=7>.

Acesso em: 06 de nov. 2001.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2000.

_____. NBR 10520: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

CARLOS, Larissa Freitas. *Os contratos e o Código de Defesa do Consumidor: algumas considerações acerca da nova teoria contratual*. Disponível em : <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=705>>. Acesso em: 05 de mar. de 2002.

CONSULEX. Revista jurídica consulex: biblioteca jurídica virtual. Brasília: Consulex, 2002. 1 CD-ROOM.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 11 de abr. 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

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

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

GARMS, Ana Maria Zauhy. *Cláusulas abusivas nos contratos de adesão à luz do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 05 de mar. 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. *Direito do consumo: aspectos de direito privado*. Curitiba: UFPR, 1989.

IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

IOB. Repertório de jurisprudência IOB e repertório retroativo. 1 CD-ROOM. Produzido por IOB A Thomson Company. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato : exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Condições gerais do contrato e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed.. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 33, jan./mar. de 2000.

MELO FILHO, Álvaro. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 67.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1, 4 e 5.

MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

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

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, 3 e 4.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. *As Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 33, jan./mar. de 2000.

SEGALLA, Alessandro Schirrmeister. *O dano extrapatrimonial contratual no âmbito das relações de consumo*. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2008>. Acesso em 11 de abr. 2002.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Cláusulas Abusivas: natureza do vício e decretação de ofício*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 23-24, jul./dez. de 1997.

_____. *As causas de revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, n. 11, 1996.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Wilson Melo da, *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VASCONCELOS, Fernando. *Cláusulas abusivas: seu controle no direito brasileiro*. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/43/44/434/>>. Acesso em: 06 de nov. 2001.

WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

CITAR COMO:

PADILHA, Sandra Maria Galdino. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. *Prim@ facie*, João Pessoa, ano 2, n. 3, p. 89-133, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.cj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: