

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS CONTRATOS DE ADESÃO

Bruno Lupi Pinheiro (IC) e José Geraldo Romanello Bueno (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

O Presente artigo tem a finalidade de explorar a relação existente entre os Contratos de Adesão e as Cláusulas Abusivas no âmbito das relações de consumo na sociedade consumerista moderna. Assim, esta pesquisa de natureza exploratória, a partir da utilização de fontes bibliográfica e documentais, analisa os conceitos-chave de forma aprofundada, abordando suas características, componentes, motivações e formas de controle. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil são os diplomas legais que iluminam os conceitos abordados e demonstram a preocupação econômica, social e política do legislador em criar um sistema com o objetivo de defender e proteger a parte mais vulnerável em uma relação de consumo: o consumidor. Tal afirmação pode ser compreendida ao longo do desenvolvimento do artigo por meio da análise das disposições legais compreendidas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como através da exposição das formas existentes para o controle das cláusulas abusivas. Destarte, conclui-se que há um amplo arcabouço de garantias – administrativas e judiciais – à disposição dos consumidores, para que estes possam exercer seus direitos no âmbito das relações contratuais, evitando que sejam ludibriados por fornecedores e prestadores de produtos ou serviços. No entanto, tais garantias não são suficientes para a eliminação de práticas e cláusulas abusivas no cotidiano, o que demonstra a necessidade do combate contínuos a estes mecanismos danosos à salubridade e integridade das relações de consumo.

Palavras-chave: Cláusulas Abusivas. Contratos de Adesão. Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

This article aims to explore the relationship between the Adhesion Contracts and the Abusive Clauses within the scope of consumer relations in modern consumer society. Thus, this exploratory research, using bibliographic and documentary sources, analyzes the key concepts in depth, addressing their characteristics, components, motivations, and forms of control. The Consumer Protection Code and the Civil Code are the legal diplomas that illuminate the concepts covered and demonstrate the legislator's economic, social and political concern in creating a system with the objective of defending and protecting the most vulnerable party in a consumer relationship: the consumer. This statement can be understood throughout

the development of the article by analyzing the legal provisions included in the Brazilian legal system, as well as by exposing the existing ways to control unfair terms. Thus, it is concluded that there is a wide range of guarantees - administrative and judicial - available to consumers, so that they can exercise their rights within the scope of contractual relationships, preventing them from being deceived by suppliers and providers of products or services. However, such guarantees are not sufficient to eliminate unfair practices and clauses in daily life, which demonstrates the need to continuously combat these harmful mechanisms to the health and integrity of consumer relations.

Keywords: Abusive Clauses. Adhesion Contracts. Consumer Defense.

1. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade cada dia mais marcada pelo aumento das relações de consumo e, conseqüentemente, das relações jurídicas contratuais, institutos jurídicos como os contratos de adesão se tornam cada vez mais comuns, tendo em vista a necessidade dos fornecedores de aumentarem a eficiência da distribuição e aquisição de produtos e serviços no mercado. No entanto, no âmbito da celebração dos negócios jurídicos, percebe-se uma vulnerabilidade de uma das partes: o consumidor.

Dessa maneira, com o avanço da industrialização e com o aumento da atividade comercial, surge, no início do século XX, o conceito de “consumerismo” que, como bem coloca Cristiano Heineck Schmitt (2014, p.73), “[...] se traduz na preocupação com as consequências da sociedade de consumo e na proteção do consumidor”. No Brasil, essa postura consagrou-se com o advento da Constituição Federal de 1988 que definiu a proteção ao consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica (arts. 5º, XXXII, e 170, V). Com isso, derivado do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 (ADCT) e através da Lei nº 8.078/90, foi instituído, em 11 de setembro de 1990, o Código Brasileiro de Proteção e de Defesa do Consumidor.

Baseado na ideia já mencionada da fragilidade do consumidor e no princípio da boa-fé, o código traz em seu texto diversos instrumentos para regular as relações de consumo e garantir o equilíbrio contratual, bem como evitar abusos por parte dos fornecedores, indicando sanções para os coibir caso ocorram. Dentre eles estão as seções II e III do capítulo VI, que tratam, respectivamente, das Cláusulas Abusivas e dos Contratos de Adesão, os dois institutos que compõem o objeto deste trabalho, demonstrando sua relevância.

Este artigo objetiva, portanto, analisar de forma aprofundada e clara a presença dos conceitos-chave no âmbito das relações contratuais de consumo, abordando suas características, elementos, motivações e formas de expressão na sociedade consumerista moderna. Tal análise será realizada, principalmente, sob a luz das normas e princípios constantes no Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002, para que seja possível analisar o posicionamento do legislador ao regular essas relações e demonstrar o motivo pelo qual as Cláusulas Abusivas se fazem tão presentes nos Contratos de Adesão, ainda que sejam consideradas ilícitas e nulas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, serão analisadas as formas já existentes de controle de cláusulas abusivas, com vistas a identificar as diferenças entre elas, seus mecanismos de atuação e suas características, bem como analisar se de fato são eficazes para evitar que os consumidores sejam lesados por situações abusivas nas relações de consumo.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 A SOCIEDADE CONSUMERISTA E O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Com o avanço da industrialização e o aumento vertiginoso da demanda por bens de consumo, percebe-se nas sociedades capitalistas atuais uma massificação das relações contratuais, em virtude do crescente mercado consumidor. Assim, pode-se dizer que o ato de consumir é uma atividade inerente ao ser humano, que está presente em todos os dias de sua vida. Com isso, surge o conceito de “consumerismo”, que pode ser definido como a “[...] preocupação com as consequências da sociedade de consumo e na proteção do consumidor.” (SCHMITT, 2014, p. 73).

No Brasil essa preocupação ficou explícita com o advento da Constituição Federal de 1988 que determinou a Defesa do Consumidor como um dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXII) e como um dos princípios da ordem econômica da República Federativa do Brasil (art. 170, V). Com isso, por determinação da ordem constante no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), foi instituído pela Lei 8.078/1990 o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Este diploma legal, composto atualmente por 119 artigos, busca regular e equilibrar a relação jurídica existente entre fornecedores e consumidores, situando-se “[...] na especialidade, segunda parte da isonomia constitucional, retirada do art. 5º, *caput*, da Constituição federal [...] e seu conteúdo demonstra tratar-se de uma norma adaptada à realidade contemporânea da pós-modernidade jurídica.” (TARTUCE; NEVES, 2020, p. 3).

Nessa senda, é importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor possui status de norma supralegal, ou seja, está localizado – com base no sistema piramidal atribuído a Hans Kelsen – em um posto intermediário entre a Constituição Federal (“norma suprema”) e as leis ordinárias. Assim, é definido pela doutrina como uma norma principiológica que, de acordo com Rizzato Nunes (2007, p.91), “[...] significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas [...] têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores”.

2.1.1 Relações de Consumo: O Consumidor e o Fornecedor

Para que seja possível compreender os conceitos e princípios presentes no Código de Defesa do Consumidor que serão abordados ao longo deste artigo, é necessário analisar a relação jurídica que o diploma visa regular: as relações de consumo.

Em um sentido amplo, como bem ilustra Maria Helena Diniz, citando Del Vecchio (2010, p. 515),

a relação jurídica consiste num vínculo entre pessoas, em razão do qual uma pode pretender um bem a que outra é obrigada. Tal relação só existirá quando certas ações dos sujeitos, que constituem o âmbito pessoal de determinadas normas, forem relevantes no que atina ao caráter deontológico das normas aplicáveis à situação. Só haverá relação jurídica se o vínculo entre pessoas estiver normado, isto é, regulado por norma jurídica, que tem por escopo protegê-lo.

Assim, a relação jurídica de consumo pressupõe três elementos: (a) Uma relação entre sujeitos jurídicos, sendo um deles o sujeito ativo, titular de um direito, e o outro o sujeito passivo, titular de um dever jurídico; (b) Existência do poder do sujeito ativo sobre o objeto imediato (prestação) e o objeto mediato da relação (bem jurídico tutelado); (c) Observação prática de um fato ou acontecimento que seja capaz de gerar consequências jurídicas. (TARTUCE; NEVES, 2020)

De acordo com o art. 3º do CDC, o

fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Tal comando evidencia que a caracterização do fornecedor está ligada ao fato de ele exercer uma atividade, ou seja, “[...] a soma de atos coordenados para uma finalidade específica” (TARTUCE; NEVES, 2020, p. 67). Assim, se alguém atuar de forma única, sem que se caracterize a atividade, esta pessoa – física ou jurídica – não será considerada como fornecedor ou prestador. Além disso, o dispositivo estipula que os elementos objetivos, ou seja, aqueles que forma a prestação da relação de consumo, são o produto e o serviço.

Já de acordo com o art. 2º, o “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” (BRASIL, 1990). Este dispositivo relaciona-se com a teoria finalista ou subjetiva de qualificação do consumidor, segundo a qual, o consumidor deve ser o destinatário fático (o último na cadeia de consumo), e econômico (ele não utiliza o produto ou serviço para gerar lucro). (TARTUCE; NEVES, 2020). Vale ressaltar que existem muitas outras teorias a respeito da qualificação do consumidor, no entanto, esta é a que prevalece no Brasil.

2.2 OS PRINCÍPIOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Objetivando compreender o sistema de defesa do consumidor adotado pela Lei 8.078/1990, é de extrema importância analisar os princípios consagrados em seu texto. Tal fato ganha ainda mais relevância a partir da realização de uma confrontação principiológica entre o referido diploma legal e o Código Civil de 2002, uma vez que diversos conceitos presentes nesta codificação encontram base no Código de Defesa do Consumidor. Isso se dá porque “a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre essas duas leis que, com igualdade e equidade, visam a harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo ou especiais.” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 30).

Assim, podem ser citados oito princípios fundamentais, quais sejam: princípio da hipossuficiência do consumidor; princípio da transparência; princípio da função social do contrato; princípio da equivalência negocial; princípio da reparação integral dos danos; princípio do protecionismo do consumidor; princípio da vulnerabilidade do consumidor e princípio da boa-fé objetiva. Ainda que a totalidade dessas concepções seja de extrema importância para o funcionamento da defesa do consumidor, o presente artigo focará na abordagem das duas últimas

2.2.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

O princípio da vulnerabilidade do consumidor, expressamente disposto no art. 4º, inciso I, do CDC, demonstra a intenção do legislador de atribuir ao sujeito consumidor, no âmbito do mercado de consumo, a condição de vulnerável. Nas palavras de Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2010, p. 120):

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulvard, *Rapport*, p.324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção ao sujeito mais fracos [...], é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

De acordo com Rizzato Nunes (2018), o reconhecimento do consumidor como vulnerável decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e um econômico. O primeiro está relacionado ao fato de ser o fornecedor o detentor do monopólio de conhecimento dos meios de produção, ou seja, o consumidor não possui conhecimento dos aspectos administrativos e técnicos da fabricação e distribuição de bens de consumo e serviços, estando à mercê do que

é produzido. O segundo aspecto, por sua vez, se refere à capacidade econômica superior que, geralmente, o fornecedor tem em relação ao consumidor. Vale ressaltar, no entanto, que é possível a existência de consumidores com condições econômicas até mesmo superiores à de pequenos fornecedores; mas essa é uma exceção à regra geral.

2.2.2 Princípio da boa-fé objetiva

Enuncia o art. 4º, inciso III da Legislação Consumerista, que a

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (BRASIL, 1990).

Tal comando evidencia o princípio da boa-fé objetiva, o cerne e o elemento vital do Código de Defesa do Consumidor, que deriva da evolução da boa-fé subjetiva, que deixou o plano psicológico e dirigiu-se ao plano concreto da atuação humana (TARTUCE; NEVES, 2020).

Este princípio, que não se restringe ao âmbito da Lei Consumerista, é, ou deveria ser, o fundamento base em toda e qualquer relação contratual. Conforme reconhecido pelo Enunciado n. 26 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a boa-fé objetiva pode ser “entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”, ou seja, representa um dever de comportamento, de ser honesto e ético para com o outro dentro de uma relação jurídica negocial. É um “[...] modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411)

Como mencionado, a boa-fé objetiva é o princípio fundamental das relações contratuais, recebendo menção expressa no art. 422 do Código Civil de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Em uma rápida análise histórica, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal a positivar o princípio no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de base para o conceito de boa-fé contratual presente na legislação privada de 2002.

Por conta disso, foi reconhecida a necessidade de se estabelecer uma relação entre os conceitos presentes em ambos os códigos, que pode ser extraída a partir do Enunciado n. 27, também da I Jornada de Direito Civil: “na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-

se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”; deixando claro uma tentativa de conexão legislativa.

Outrossim, de acordo com Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem (2010, p. 125), entende-se que a boa-fé objetiva possui três funções básicas no âmbito consumerista:

- 1ª) Servir como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos [...] (função criadora).
- 2ª) Constituir uma causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos (função limitadora).
- 3ª) Ser utilizada como concreção e interpretação dos contratos (função interpretadora).

Em suma, tem-se que este princípio representa um paradigma de conduta ética – modelo de bom comportamento contratual – que deve ser observado tanto na fase pré-contratual (negociações), como nas fases de execução contratual (cumprimento das obrigações das partes), e pós contratual (após a extinção do contrato).

2.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS E CONTRATOS DE ADESÃO

Superada a análise da construção do sistema brasileiro de proteção e defesa do consumidor e dos princípios constantes na legislação consumerista, chega o momento e analisar os dois institutos jurídicos que são objetos deste artigo: as cláusulas abusivas e os contratos de adesão.

2.3.1 Os contratos de adesão

Como bem leciona Flávio Tartuce (2020, p.2), o contrato pode ser definido como “um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.” Assim, é possível afirmar que este instituto jurídico é um fenômeno onipresente na vida em sociedade e representa o exercício da autonomia privada que é a capacidade que os indivíduos possuem de legislar ou regular seus próprios interesses.

Segundo Orlando Gomes (2019), os contratos necessitam de elementos extrínsecos (pressupostos) e intrínsecos (requisitos) para que sejam válidos. Os pressupostos estão fora da estrutura dos contratos, ou seja, são as condições sob as quais ele pode desenvolver-se. Assim, todo contratos pressupõe: (a) a capacidade das partes, devendo o agente ser capaz e estar apto a realizar o negócio jurídico; (b) a idoneidade do objeto, devendo ser lícito,

possível, determinado ou, no mínimo, determinável; (c) a legitimação, podendo ser direta, que se traduz na competência que toda pessoa capaz possui de regular seus próprios interesses, ou indireta, que existe quando o ato é praticado por um terceiro investido nos poderes necessários à sua realização, configurando-se por meio da representação e autorização.

Os requisitos, por sua vez, são os fatos que se revestem do conteúdo jurídico do contrato e a falta de um destes acarreta a inexistência do contrato, impedindo a produção de efeitos. Ainda de acordo com Orlando Gomes (2019), são elementos intrínsecos: (a) o consentimento, que representa o amálgama das vontades distintas e coincidentes das partes por meio de declarações (verbal, simbólica, expressa, tácita, direta, indireta, presumida, entre presentes ou entre ausentes e, excepcionalmente, pelo silêncio); (b) a causa, que representa a finalidade do contrato, sua função econômico-social, seu resultado objetivo e sua razão determinante (motivo que levou as partes a formarem o contrato); (c) o objeto, que representa o conjunto de obrigações que as partes assumem, devendo ser possível, lícito, determinado ou determinável, não se confundindo com o conteúdo contratual; (d) a forma, que representa a forma pela qual os contratos devem ser realizados, sendo a forma livre a regra geral e os contratos formais ou solenes a exceção.

Uma vez existente a conjunção de elementos extrínsecos e intrínsecos, o contrato ganha validade e está “apto” a produzir efeitos para as partes. Assim, vislumbra-se, no cotidiano, uma série de contratos em espécies, como os contratos de compra e venda, de doação, de locação, de prestação de serviços e empreitada, de empréstimo etc. No meio destes, há os chamados contratos de adesão, extremamente comuns no âmbito das relações de consumo.

Os contratos de adesão são aqueles “cuas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro economicamente mais forte (fornecedor) [...], sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.” (MARQUES, 2014, p. 78). Além disso, é definido pelo artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor como

[...] aquele cuas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (BRASIL, 1990).

Destarte, entende-se que este modelo contratual tem como característica principal a ausência de uma efetiva fase pré-negocial, ou seja, o consumidor tem a mera escolha de aceitar ou rejeitar as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor, não podendo modificá-las efetivamente, exercendo o papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa. (MARQUES, 2014).

Na lição de Cláudia Lima Marques (2014, p. 79), os contratos de adesão possuem três características:

1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, pelo qual o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

A segunda característica citada pela autora tem conexão com o fenômeno da massificação contratual, que se faz cada vez mais presente e necessário nas economias em escala ao redor do mundo. Em virtude do crescimento das relações de consumo, físicas ou virtuais, as empresas padronizam seus contratos com o objetivo de reduzir os custos, uniformizar e simplificar as relações contratuais e aumentar a velocidade de fechamento dos negócios jurídicos, uma vez que não há, neste tipo contratual, a liberdade de definir conjuntamente os termos do contrato.

Desta forma, entende-se que a “aceitação em massa das cláusulas preestabelecidas define um consentimento por adesão, que, segundo a observação de Saleilles, uma das partes dita a sua lei, porém não a um indivíduo e sim, à uma coletividade indeterminada [...]” (LÍDICE, 2017, p. 9).

Tanto a própria natureza dos contratos de adesão quanto sua distribuição em massa são espécies das chamadas Mutilações da Liberdade de Contratar, ou seja, representam quebras de uma das derivações do já mencionado princípio da autonomia privada. Deste modo, pode-se afirmar que os contratos de adesão, por si próprios, reduzem ou até mesmo eliminam a fase de negociação, enquanto o fenômeno da massificação gera a ausência da liberdade que a parte possui de definir o conteúdo do contrato. Em ambos os casos, vislumbra-se um cerceamento da autonomia privada do consumidor, em virtude da padronização das cláusulas preestabelecidas, sem a possibilidade de uma modificação substancial.

Considerando que o contratante tem de aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor, o consumidor, muitas vezes, sequer lê a totalidade do instrumento contratual ao qual vai aderir. No entanto, hodiernamente, compreende-se a existência de um dever de transparência nas relações de consumo, a partir do qual o consumidor deve ser informado e ter conhecimento do conteúdo do contrato. (MARQUES, 2014).

No entanto, devido a todos esses fatores, “é muito comum [...] o consumidor ser lesado gravemente por empresas, até mesmo de grande porte, por estipulações contratuais verdadeiramente criminosas contidas em contratos de adesão”. (LÍDICE, 2017, p. 4). Para

evitar este comportamento, os parágrafos 3º e 4º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor estabelecem duas medidas a serem observadas nesses documentos:

§3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (BRASIL, 1990).

Todavia, tais medidas, muitas vezes, não são respeitadas pelos fornecedores no momento da elaboração contratual, dois bons exemplos práticos que podem ser citados são a presença das popularmente chamadas “letras miúdas” e as chamadas cláusulas abusivas, proibidas expressamente pelo mesmo diploma legal, e que serão abordadas adiante.

2.3.2 As cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor não definiu expressamente o conceito de cláusula abusiva, ao invés disso criou em seu art. 51, sob os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, um rol exemplificativo das cláusulas abusivas. De acordo com Maria Helena Diniz (1998, p. 598),

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

Observa-se que a referida autora utilizou as próprias disposições contidas nos diversos incisos do supracitado artigo para detalhar o conceito de cláusula abusiva. Pode-se afirmar, portanto, que cláusulas abusivas são aquelas que desrespeitam o equilíbrio contratual e geram vantagens apenas ao fornecedor.

Como bem elucida Cristiano Heineck Schmitt (2014), todas as situações contidas ao longo do art. 51 da Lei N. 8.078/1990 expressam contrariedade à boa-fé objetiva, no entanto, o legislador optou por ser meticuloso e explicitar cada uma delas para auxiliar o juiz, sem limitar, entretanto, sua atividade, já que se trata de um rol exemplificativo. Outrossim, na hipótese de o caso concreto não encontrar correspondência com uma das situações

expressas neste rol, o magistrado terá a liberdade de realizar uma análise meticulosa nas cláusulas de instrumento para averiguar a abusividade de uma ou de todas elas.

Ao considerar tais cláusulas como ilícitas, em virtude de um abuso de direito contratual, a disposição constante no art. 51 do CDC “representa uma das mais importantes mitigações da força obrigatória da convenção (*pacta sunt servanda*) na realidade brasileira, o que reduz substancialmente o poder das partes, em situação de profundo intervencionismo ou dirigismo contratual.” (TARTUCE; NEVES, 2020, p. 306). Tal constatação demonstra a preocupação do legislador em proteger a parte mais vulnerável em uma relação de consumo, estando em consonância com os já abordados princípios da vulnerabilidade do consumidor e boa-fé objetiva.

Ainda que a inserção de cláusulas abusivas nos contratos configure um abuso por parte do fornecedor e uma prática ilegal, observa-se que elas continuam presentes nas relações de consumo. Em um contrato, é possível que o fornecedor tenha inserido a cláusula por boa-fé subjetiva, ou seja, por desconhecer sua abusividade, ou por má-fé, ou seja, quando o fornecedor tem a intenção de lesar o aderente para garantir uma vantagem. (LÍDICE, 2017). Em ambos os casos, observa-se que a relação contratual sofreu um “[...] desequilíbrio entre direitos e deveres das partes, em prejuízo do consumidor, cabendo ao Estado prover a igualdade das obrigações, e da posição dos agentes das relações de consumo, consumidor e fornecedor.” (CROCE, 2010, p. 97).

Conforme já abordado, os contratos de adesão são marcados pela unilateralidade e pela presença de cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor (parte economicamente mais forte da relação). Assim, é de suma importância dar uma atenção especial a esses instrumentos, em virtude do fato de serem “[...] um campo fértil à inserção de cláusulas que transfiram os riscos da contratação ao consumidor”. (CROCE, 2010, p. 98). Por esse motivo, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Código Civil trazem normas com o objetivo de evitar a presença das cláusulas abusivas nos contratos de adesão. A legislação consumerista, como já mencionado, estipula nos parágrafos 3º e 4º do art. 54, que os pactos deverão ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, além da aplicação de destaque às cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor. A novidade aqui fica por conta de dois dispositivos presentes na legislação privada de 2002:

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

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (BRASIL, 2002)

Constata-se que

o fato de existirem 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. (SCHMITT, 2000, p. 162).

Vale ressaltar, entretanto, que a presença de cláusulas abusivas não se restringe aos contratos de adesão; é perfeitamente possível existirem contratos paritários, ou seja, aqueles em que as partes negociam livremente os termos contratuais de forma equivalente, repletos de cláusulas abusivas; assim como é perfeitamente possível existirem contratos de adesão sem qualquer tipo de abusividade. (CROCE, 2010).

Estipula o *caput* do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor que “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]” (BRASIL, 1990). Por meio da leitura deste dispositivo, infere-se que a expressão “nulas de pleno direito” é a sanção escolhida pelo legislador para as cláusulas abusivas presentes em contratos de consumo. Na visão de Cristiano Heineck Schmitt (2014, p. 146), a expressão “[...] parece ter sido utilizada mais para reforçar o caráter absoluto das nulidades do que, realmente, para dispensar uma dilação probatória judicial [...]”.

A opção do legislador pela nulidade pode parecer um tanto quanto exagerada caso a análise se baseie puramente na ideia de que os contratos são instrumentos particulares regidos pela autonomia privada, sendo a anulabilidade a sanção ideal. No entanto, a escolha realizada está em total consonância com a natureza das normas do CDC, uma vez que o seu artigo 1º não deixa dúvidas quanto à sua natureza, determinando-as como “de ordem pública e interesse social”. Como é sabido, a “nulidade é a consequência atribuída à violação de norma tuteladora de caráter público [...]” (SCHMITT, 2014, p. 148), ou seja, será nula qualquer disposição que estiver em contrariedade com regramentos ou normas de ordem pública.

Destarte, “sempre que for constatado o desequilíbrio entre as partes, o juiz poderá reconhecer a abusividade de uma cláusula [...]” (LÍDICE, 2017, p. 14). Vale ressaltar que poderá o magistrado declarar *ex officio* a nulidade da disposição contratual que conste a presença de cláusula abusiva, conforme autoriza o art. 168, parágrafo único, do Código Civil, independentemente da indagação da parte prejudicada. No entanto, esta regra encontra uma exceção a partir da súmula 381 do STJ, que estipula o seguinte: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Para Heineck Schmitt (2017), este entendimento representa uma lesão significativa ao a estrutura de defesa do consumidor, uma vez que afronta a isonomia de tratamento entre as partes que compõem a relação de consumo, privilegiando uma classe específica (fornecedor). Outrossim, tal

interpretação do STJ gera insegurança e desgaste à proteção do consumidor, uma vez que desrespeita o direito básico do consumidor de extirpação de cláusulas abusivas, ainda que ofício (art. 6º, IV, CDC).

Por fim, ainda que seja clara a opção do legislador pela nulidade como sanção, que, em regra, é insanável, vislumbra-se a manutenção do contrato, que encontra base no art. 6º, V, CDC, tendo como base o direito básico da modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. “Por meio da sanção dessa nulidade, procura-se limitar a eficácia dessa nulidade, no sentido de conservar o contrato, adaptando-o às regras de boa-fé do tráfico jurídico, mantendo vivo o negócio jurídico.” (SCHMITT, 2014, p. 155). De modo mais resumido, Roberta Lídice (2017, p. 69) esclarece que “a descon sideração e uma cláusula não invalida o contrato em sua totalidade”.

Vale ressaltar, também, que o Código de Defesa do Consumidor não estabeleceu um prazo para o direito de ação do consumidor para requerer em juízo a nulidade da cláusula abusiva, sendo, portanto, uma ação que não decai, nem prescreve (SCHMITT, 2014).

2.4 FORMAS DE CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Superada a conceituação de cláusulas abusivas, suas características, suas ocorrências e sua invalidade, cabe agora analisar os mecanismos existentes para exercer seu controle, visando

[...] concretizar os ditames legais voltados para a garantia da harmonia nas relações de consumo e para a proteção do consumidor, a fim de “[...] conter o excessivo poder econômico da empresa, e por outro lado, proteger a parte economicamente mais fraca na relação contratual estabelecida nos moldes dos contratos de massa”. (SCHMITT, 2014, p. 163).

Assim, podem ser citados nove formas de controles das cláusulas abusivas, quais sejam: abstrato; concreto; interno; externo; antecipado; posterior; *administrativo*; *social* e *judicial*.

2.4.1 Controle abstrato, concreto, interno, externo, antecipado e posterior

O Controle Abstrato é aquele exercido antes da conclusão do negócio, ou seja, antes da adesão do consumidor. O Controle Concreto, por sua vez, surge a partir de uma relação de consumo já existente, sendo considerado, também, como posterior, uma vez que ocorre após a celebração do contrato. Um exemplo administrativo deste tipo de controle, manifesta-se, por exemplo, a partir da imposição das sanções previstas no art. 56 do CDC. (SCHMITT, 2014).

O Controle Interno é aquele realizado pelo próprio consumidor a partir dos mecanismos disponibilizados a ele, “como é o caso do art. 46 do CDC, condicionando a validade dos contratos ao prévio conhecimento de seu conteúdo, prerrogativa que pode e deve ser exigida pelo consumidor”. (SCHMITT, 2014, p. 164). Já o Controle Externo, é aquele realizado por terceiros, ou seja, pessoas diversas do consumidor; neste caso citam-se os efetivados pelos órgãos judiciais e administrativos, tanto antes quanto após a celebração do contrato.

Por fim, o Controle Antecipado é aquele realizado antes da celebração do contrato, e normalmente é exercido através da via administrativa, “[...] principalmente com relação aos contratos de adesão, por entidade públicas ou privadas, responsáveis pelo exame prévio, com aprovação, ou não, das condições gerais dos negócios pré-confeccionadas pelos fornecedores.” (SCHMITT, 2014, p. 165).

2.4.2 O controle judicial

O controle judicial, como a própria denominação indica, é aquele exercido pelo Poder Judiciário, podendo ocorrer tanto em ações individuais quanto em ações coletivas. É ele “[...] o responsável pela concretude da lei mediante sentença que reconhecerá a nulidade da cláusula contratual, sendo sua natureza desconstitutiva ou constitutiva negativa, com efeitos *ex tunc*”. (CROCE, 2010, p. 105).

Cristiano Heineck Schmitt (2014) destaca que este tipo de controle traz algumas condições mais favoráveis ao consumidor, como a inversão do ônus da prova, a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da coisa julgada.

Dentre as condições, vale destacar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC), que é a inversão da regra geral disposta no art. 373, I e II do Código de Processo Civil, por meio da qual “cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo”. (TARTUCE; NEVES, 2020, p. 594). Assim, legislação consumerista estabelece a chamada inversão judicial do ônus da prova, ou seja, caberá ao magistrado analisar no caso concreto a observância dos requisitos legais para que tal condição seja efetivada. Por não ser automática, o juiz poderá inverter o ônus da prova a favor do consumidor, se este for hipossuficiente ou quando suas alegações forem verossímeis.

Além disso, como já mencionado, o juiz poderá, de ofício, declarar a nulidade de uma cláusula considerada abusiva, ou seja, sem que a parte interessada demande o fornecedor judicialmente. A existência dessa possibilidade está relacionada ao fato de o Código de Defesa do Consumidor ser matéria de ordem pública e interesse social, conforme dispõe seu

artigo 1º. No entanto, Bruno Boris Carlos Croce (2010, p. 110), ressalta que “a apreciação de toda e qualquer cláusula abusiva *ex officio* tornaria inaplicáveis as previsões de prescrição e decadência, tornando as matérias relacionadas às cláusulas abusivas nos contratos de consumo imprescritíveis”. Para evitar tal situação, defende que “a prudência aliada ao dever do magistrado de julgar o feito nos limites da lide proposta, conforme previsão do artigo 128 do Código de Processo Civil, deve prevalecer”.

2.4.3 O controle administrativo

O controle administrativo é aquele que ocorre extrajudicialmente, pelos Procons no âmbito estadual e municipal, e pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) no âmbito federal, órgão ligado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. “Esses órgãos administrativos são responsáveis por fiscalizar e aplicar sanções administrativas, desde o emprego de uma multa até a apreensão do bem de consumo eventualmente causador de danos aos consumidores.” (CROCE, 2010, p. 116). Aqui, será abordado com mais profundidade o papel do Procon, órgão mais conhecido difundido na sociedade.

Todas as reclamações dos consumidores atualmente são registradas no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), e os atendimentos dispensam a presença de advogados, podendo o próprio consumidor, via internet na maioria dos casos, protocolar sua reclamação contra o fornecedor ou prestador. Cabe aos Procons a busca pela realização de acordos administrativos entre os consumidores e fornecedores, objetivando solucionar o conflito a partir da convergência entre direitos e interesses econômicos de ambas as partes.

Além disso, o Procon “tem poderes legais para notificar e convocar o fornecedor a comparecer em audiência, com data e hora agendadas, tanto para a busca de acordo quanto para o prosseguimento do processo administrativo, conforme entendimento da nota técnica nº 220/2013.” (BRASIL, 2019). Destarte, “a apuração de cláusulas abusivas no âmbito administrativo, deve ocorrer mediante instauração de processo administrativo, garantindo ao fornecedor (administrado) todas as garantias expressas na Constituição da República de 1988 [...]”. (CROCE, 2010, p. 118). Portanto, é de extrema importância observar a publicidade dos atos e decisões, a transparência, a fundamentação e a garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa das partes (art. 5º, LV, CF).

O artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor estabelece um rol de sanções administrativas que poderão ser aplicadas caso haja alguma infração das normas de defesa do consumidor, sem prejuízo a outras sanções de natureza civil, penal ou das definidas em norma específica. De acordo com o parágrafo único deste dispositivo, as sanções “[...] serão

aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.”: (BRASIL, 1990).

São sanções administrativas previstas no art. 56 do CDC: multa; apreensão do produto; inutilização do produto; cassação do registro do produto junto ao órgão competente; proibição da fabricação do produto; suspensão do fornecimento de produtos ou serviço; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção administrativa e imposição de contrapropaganda.

Ressalta-se que a pena de multa, nos termos do art. 57, será “graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor” (BRASIL, 1990), sendo aplicada mediante processo administrativo, e revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (art. 1º, §2º, III, Lei N. 9.008/1995).

2.4.4 O controle social

Conforme dispõe o art. 82 do CDC, são legitimados concorrentemente para a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas a título coletivo, I- O Ministério Público; II- a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, III- as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinados à defesa dos interesses do código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Assim, fica nítida a legitimação das associações de defesa dos consumidores para como um dos mecanismos de controle das cláusulas abusivas. Elas “[...] podem propor ações coletivas que atinjam os mesmos efeitos à coisa julgada [...], além de poder celebrar convenção coletiva de consumo (art. 105).” (CROCE, 2010, p. 119).

2.4.5 A eficácia das formas de controle das cláusulas abusivas

Fica evidente, por meio da análise, que o ordenamento jurídico brasileiro assegura diversas possibilidades para que os consumidores possam exercer seus direitos, e se defender de abusividades praticadas pelos fornecedores ou prestadores de serviços. Fato é, que a via administrativa pode ser entendida como a mais ideal e mais presente na sociedade consumerista brasileira, uma vez que aparenta ser a mais rápida, mais acessível e mais simples para que os consumidores possam agir por conta.

Nítido é o fato de que há um interesse por parte do legislador em garantir que o consumidor possa buscar auxílio junto à órgãos estatais e privados distintos, cuja atuação de um não exclui a de outro.

No entanto, todo este arcabouço de garantias não é suficiente para a eliminação de corriqueiras práticas e cláusulas abusivas que afetam negativamente o consumidor, e forma que o combate a estes malefícios deve ser sempre uma meta que não pode ser interrompida, sob pena de retrocesso na defesa do vulnerável do mercado. (SCHMITT, 2014, p. 176).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito está sempre em constante evolução na tentativa de regular as relações existentes na sociedade e acompanhar as mudanças de comportamento dos indivíduos que a compõe. Assim, com o avanço da industrialização e o aumento da demanda por produtos e serviços, surgiu a necessidade de se regular as relações de consumo, dando origem ao Direito do Consumidor.

O presente artigo permitiu-nos acompanhar brevemente a evolução da defesa do consumidor no Brasil, que tem como base a Constituição Federal de 1988 e foi consagrada, de fato, por meio do advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Foram abordados com maior profundidade dois institutos que estão intimamente ligados: as cláusulas abusivas e os contratos de adesão.

Verificou-se que tais contratos são campos férteis para a inserção, por parte dos fornecedores, de cláusulas prejudiciais ao consumidor, uma vez que são redigidos de forma unilateral, provocando um desequilíbrio nas relações de consumo. Diante disso, foi possível perceber que o legislador brasileiro teve uma preocupação econômica, política e social de proteger a parte mais fraca nessas relações, a partir da edição de várias normas reguladoras.

No entanto, tais normas não possuem cem por cento de eficácia, uma vez que diversos indivíduos são lesados e têm seus direitos desrespeitados no momento da aquisição de produtos ou contratação de serviços. Por este motivo, o artigo em pauta também discutiu os mecanismos criados para a realização do controle das cláusulas abusivas, que possibilitam que o próprio consumidor possa se defender de arbitrariedades por parte do fornecedor, muitas vezes sem necessitar do auxílio do poder judiciário.

Em suma, conclui-se que os objetivos da pesquisa foram atingidos, uma vez que foi realizada uma análise exploratória do tema proposto, possibilitando identificar a presença e a interação das cláusulas abusivas e contratos de adesão na sociedade consumerista moderna.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. **Código Civil**. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. (ed.). **Curso Introdução à Defesa do Consumidor**: a proteção e a defesa do consumidor no Brasil. 2019. Disponível em: <<https://ead.defesadoconsumidor.gov.br>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CROCE, Bruno Boris Carlos. **As cláusulas abusivas e o Código de Defesa do Consumidor**: interpretação como limitação do poder econômico. 2010. 225 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/998>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÍDICE, Roberta. **O Contrato de Adesão como Instrumento Regulatório nas Relações Consumeristas e Empresariais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ORLANDO, Gomes. **Contratos**. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZATO, Nunes. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607532/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 161-181, jan./mar. 2000, p. 162.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie -v.3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 9. ed. São Paulo: Método, 2020.

Contatos: bruno.pinho@mackenzista.com.br e jose.bueno@mackenzie.br