

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Pedro Giacobbo Júnior

A DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE ÀS CLÁUSULAS
IMPOSTAS PELO PODER COMPETENTE

Sarandi
2013

Pedro Giacobbo Júnior

A DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE ÀS CLÁUSULAS
IMPOSTAS PELO PODER COMPETENTE

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Professor Mestre Maurício Nedeff Langaro.

Sarandi
2013

Aos meus pais, Pedro Giacobbo e Ana Luci Giacobbo, bem como ao meu irmão, Diego Armando Giacobbo e minha namorada Viviane Kovalski que, com muito carinho, apoio e confiança, nunca mediram esforços para que eu atingisse meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as bênçãos e proteções que iluminaram o meu caminho durante esta caminhada.

Ao Professor Orientador, Maurício Nedeff Langaro, pela amizade, apoio e orientação que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização da presente pesquisa.

“Nós somos aquilo que fazemos repetidamente.
Excelência, então, não é um modo de agir, mas um
hábito.”
(Aristóteles)

RESUMO

A presente monografia jurídica tem por objetivo principal a análise das cláusulas impostas pelo poder competente a contratos de adesão e os efeitos da nulidade decorrentes da abusividade, quando contrárias ao ordenamento jurídico. A problemática da pesquisa se pautará no estudo das relações de consumo, onde o consumidor é fático e juridicamente mais vulnerável a cláusulas abusivas decorrentes de contratos de adesão, assim é necessário entender como o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência buscam equilibrar a relação jurídica de consumo. Será adotado o método de abordagem de cunho dedutivo e ainda, procedimento de cunho comparativo. Primeiramente, aborda-se o Código de Defesa do Consumidor, sua base constitucional e o mandamento da ordem econômica Constitucional na proteção do consumidor e os princípios de defesa do consumidor. Busca-se também uma conceituação da relação de consumo, na qual figuram como elementos o consumidor, o fornecedor, o produto e o serviço, na qual se dá enfoque especial à figura do consumidor na busca pela identificação do indivíduo que merece a proteção consumerista decorrente da sua vulnerabilidade. Na sequência se apresenta um estudo sobre o tratamento da legislação e doutrina aos contratos de adesão e aborda-se o intervencionismo estatal mediante imposição de cláusulas pelo seu poder competente. Por derradeiro, busca-se entender o efeito da nulidade das cláusulas impostas pelo poder competente segundo entendimento da jurisprudência brasileira.

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

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.:	Artigo
Arts.:	Artigos
Inc.:	Inciso
Min.:	Ministro
Nº.:	Número
P.:	Página

LISTA DE SIGLAS

ANEEL:	Agência Nacional Energia Elétrica
CC:	Código Civil
CDC:	Código de Defesa do Consumidor
CF:	Constituição Federal de 1988
RJ:	Rio de Janeiro
RS:	Rio Grande do Sul
STJ:	Superior Tribunal de Justiça
TJ/RS:	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 A DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO..	12
1.1 O Código de Defesa do Consumidor e sua base constitucional.....	20
1.2 O Código de Defesa do Consumidor e a ordem econômica.....	20
1.3 Os princípios de defesa do consumidor.....	24
2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	30
2.1 Elementos da relação de consumo.....	30
2.2 Consumidor.....	35
2.3 Vulnerabilidade.....	40
3 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO.....	46
3.1 Contratos de adesão.....	46
3.2 Cláusulas impostas pelo poder competente.....	52
3.3 Efeito da nulidade das cláusulas impostas pelo poder competente.....	59
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

Cuida,o presente estudo, das cláusulas impostas pelo poder competente a contratos de adesão e sua nulidade quando contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, visando inicialmente uma análise doutrinária e conceitual do Código de Defesa do Consumidor e sua base constitucional, identificando os elementos da relação de consumo.

Frente ao dinamismo capitalista enfrentado pela sociedade atual, os contratos de adesão tornam-se utilmente necessários para a satisfação da demanda de produtos ou serviços contratados em grande escala. Sendo o consumidor fatídico e juridicamente mais sensível às cláusulas abusivas nos contratos de adesão, é necessário entender como as leis de proteção ao consumidor, juntamente com a doutrina e jurisprudência buscam equilibrar a relação jurídica de consumo.

O assunto se revela pertinente, pois se inclina a contribuir para o aprendizado jurídico na área do direito do consumidor, buscando identificar e interpretar as cláusulas abusivas decorrentes de contratos de adesão, em especial as impostas pelo poder competente, assim como seus efeitos na busca pela garantia dos direitos do consumidor.

O presente trabalho tem como objetivo a análise doutrinária e jurisprudencial acerca das cláusulas contratuais nas relações de consumo, em específico, das cláusulas impostas pelo poder competente e sua nulidade, quando, contrárias às leis protetivas do consumidor. Busca-se, ainda, uma conceituação doutrinária acerca dos elementos que compõe a relação de consumo e os princípios que norteiam a defesa do consumidor.

O método de abordagem a ser utilizado será de cunho dedutivo, visto que inicia-se de pelo campo generalizado do CDC e sua base constitucional,adentrando nos elementos da relação de consumo e vulnerabilidade do consumidor para o campo mais específico dos contratos de adesão e as cláusulas impostas pelo poder competente onde será exposto o problema teórico-prático.

Quanto ao procedimento a ser adotado para a pesquisa jurídica, este será o comparativo, realizando-se uma apreciação das cláusulas impostas nos contratos de adesão e sua interpretação conforme o sistema jurídico brasileiro, culminando nos efeitos jurisdicionais decorrentes das cláusulas emanadas dos poder competente quando identificada sua abusividade.

Com o escopo de melhor conduzir a análise, o estudo é pautado em três capítulos. No primeiro capítulo busca-se uma exposição histórica dos acontecimentos que deram origem à defesa do consumidor, com foco específico na origem constitucional do Código de Defesa do Consumidor como ferramenta de normas e princípios na defesa e garantia dos direitos dos consumidores.

Neste capítulo, também será objeto de estudo, a contextualização entre o CDC e a ordem econômica que deriva da CF, onde se versará sobre os princípios gerais da ordem econômica voltando-se à ao princípio da defesa do consumidor. Destacando-se a forma e os poderes que o Estado dispõe para a proteção consumerista.

Após esta explanação, torna-se importante uma exposição dos principais princípios adotados pelo CDC, em seu próprio corpo textual, onde também se faz mister destacar os princípios decorrentes do direito processual civil, mediante sua conceituação como ferramenta de efetivação das garantias do ordenamento jurídico.

O desenvolvimento do segundo capítulo está calcado na relação de consumo na atual sociedade e seu dinamismo, voltando-se o foco na conceituação de seus elementos conforme definição legal e doutrinária. Assim, o estudo é baseado no fornecedor, no produto e no serviço com objetivo na sua qualificação e identificação, deixando a análise do consumidor para tópico específico.

Necessário realçar o consumidor como um dos elementos da relação de consumo e como sujeito que o Estado busca proteger conforme mandamento constitucional e o próprio CDC. Volta-se a ênfase no conceito de consumidor pela análise das teorias que o definem com objetivo de identificar o sujeito que detém proteção consumerista por meio das teorias que o definem.

Finaliza-se o segundo capítulo pela abordagem do estudo da vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica de consumo. Nesta senda abordar-se-á a conceituação e definição dos diferentes tipos de vulnerabilidade na qual o

consumidor encontra-se em posição inferior com desvantagem na relação de consumo, devendo assim, por vontade estatal, receber uma proteção mais efetiva para que não sofra prejuízos.

O terceiro capítulo traz uma abordagem geral sobre os contratos de adesão com foco na evolução histórica da formação dos contratos, elencando sua conceituação, previsão legal e características trazidas pela doutrina. Sua abordagem torna-se necessária por sua larga utilização na sociedade globalizada e a possibilidade de trazerem em seu corpo textual cláusulas consideradas prejudiciais ou lesivas ao consumidor.

Ademais, a segunda parte, abrange a forma e motivação do Estado na intervenção da plena autonomia da vontade contratual. Destaca-se atenção especial ao poder intervencionista estatal e análise de seu poder competente para imposição da vontade da lei, passando por momentos históricos e sua conceituação.

Por fim, o presente trabalho buscará apresentar e exemplificar cláusulas impostas pelo poder competente com foco nos seus efeitos nas relações jurídicas de consumo. Prioriza-se a interpretação e tratamento dado pelo Poder Judiciário na análise de cláusulas lesivas ao consumidor.

1 A DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO

Trata, o presente capítulo, de uma análise sobre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) como uma lei principiológica de defesa dos direitos do consumidor, passando por uma exposição histórica com ênfase na sua base constitucional e ordem econômica. Destaca-se, também os principais princípios constitucionais e específicos que norteiam o ordenamento jurídico para interpretação das normas protetivas ao consumidor.

1.1 O Código de Defesa do Consumidor e sua base constitucional

Neste primeiro instante, busca-se uma breve exposição dos fatos históricos que ensejaram a defesa do consumidor, bem como a base constitucional na defesa dos seus direitos e a posterior codificação em lei específica como forma de garantir os direitos do consumidor frente o mundo globalizado.

Historicamente, a figura do consumidor como detentor de novos direitos “surgiu” nos anos 60-70, sendo o consumidor identificado na época como cliente, comprador, como aquele que é transportado, mutuário ou locatário. Demorou certo tempo para surgir no Brasil, mas já havia conquistado a Europa e todos os países capitalistas da época. (MARQUES, 2006, p. 261)

O direito norte-americano teve grande influência na disseminação desses novos direitos:

Uma palavra à parte merece a influência do Direito norte-americano. Foi ela dupla. Indiretamente, ao se usarem as regras européias mais modernas de tutela do consumidor, todas inspiradas nos *cases* e *statutes* americanos. Diretamente, mediante análise atenta do sistema legal de proteção ao consumidor nos Estados Unidos. Aqui foram úteis, em particular, o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices act*. (MARQUES, 2007, p. 10, grifo do autor).

A resolução nº 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas também foi um dos pontos de origem dos direitos básicos do consumidor. (BENJAMINE GRINOVER, 2007, p. 09).

A proteção dos direitos dos consumidores tornou-se um desafio em todo mundo puxada pela sociedade de consumo, caracterizada pelo número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito, do marketing e a dificuldade do acesso à justiça. Nesse sentido:

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam) agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante), que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. (BENJAMIN E GRINOVER, 2007, p. 06)

O mercado de consumo não apresenta em si mesmo mecanismos eficientes para superar as desigualdades e superioridade de uma parte da relação, logo, torna-se necessário a intervenção do Estado nas três esferas, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No Brasil, a legislação aplicada às relações de consumo anteriores a 11 de setembro de 1990, era o Código Civil de 1916.

A lei civil foi utilizada durante quase todo século XX, tinha como uma das suas principais características contratuais o “*pacta sunt servanda*” com exaltação na autonomia da vontade. Assim:

Então, quando nos referimos às relações contratuais privatistas, o que se faz é uma interpretação objetiva de um pedaço de papel com palavras organizadas em proposições inteligíveis e que devem representar a vontade subjetiva das partes que estavam lá, na época do ato da contratação, transmitindo o elemento subjetivo para o mesmo pedaço de papel. E uma vez que tal for feito, *pacta sunt servanda*, isto é, os pactos devem ser respeitados. (NUNES, 2005, p. 05)

O doutrinador Nunes afirma que tal entendimento privatista não serve para interpretar contratos de consumo, por ser completamente equivocado, onde o consumidor não senta à mesa para negociar cláusulas. (2005, p 05)

Frente ao dinamismo da sociedade capitalista torna-se necessário uma atualização jurídica, com normas modernas e adequadas à realidade da sociedade brasileira para tratar das relações de consumo.

Eis que nasce a Constituição Federal de 1988 (CF), com um texto que “reflete o andamento do pensamento jurídico da humanidade”. Ao examinar o texto da CF, percebe-se que ela aprendeu com a história e também com o modelo de produção industrial. Nota-se também que os fundamentos da República Federativa do Brasil são de um regime capitalista, conforme seu art. 1^o, fundamentada na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa e pluralismo político. (NUNES, 2005, p. 6)

Assim, ao analisar o fundamento da livre iniciativa na República Federativa do Brasil, sua interpretação não deve ser ampla, total e irrestrita pois esta gera responsabilidade social, assim ela não é ilimitada. (NUNES, 2005, p. 07)

Para elaboração do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, buscou-se como fonte de inspiração os modelos legislativos estrangeiros já vigentes, neste contexto:

A maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Project de Code de la Consommation*, redigido sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy. Também importantes no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei n° 26/1984), de Portugal (Lei n° 28/81, de 22 de agosto), do México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (*Loisurla Protection du Consommateur*, promulgada em 1979). (BENJAMIN E GRINOVER, 2007, p. 10) (grifo do autor).

¹Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No Brasil, foi instituída a Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 sendo denominada como Código de Defesa do Consumidor e traz em seu conteúdo disposições acerca da proteção ao consumidor.

O referido código compila legislação e princípios que buscam a proteção efetiva do consumidor como sujeito de direito, assim como é garantido à luz da Magna Carta Brasileira de 1988 e nesta encontra sua base constitucional.

O CDC tem sua base formada na Constituição Federal, pela força do artigo 5º, inciso XXXII² onde o Estado proverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, e art. 170, V³, onde o Estado deve observar o princípio da defesa do consumidor.

Desta maneira, o Poder Constituinte buscou assegurar de forma expressa a intenção estatal em proteger os direitos do consumidor. É neste sentido que versa Marques:

Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art. 5.º, XXXII, da CF/88), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger este sujeito de direitos especial, acabou moldando uma visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas desse sujeito de direitos fundamentais, o consumidor. (2006, p. 256-257)

Neste mesmo sentido, Nunes:

[...] o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre estes destacam-se os Princípios Fundamentais da república, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais. (2005, p. 66)

²Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...].

³Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; [...].

O poder Constituinte, conforme artigo 48⁴ das Disposições Transitórias, assim diz: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”, reafirmando a base ou origem constitucional do sujeito consumidor como detentor de direitos fundamentais, como afirma a doutrinadora Marques:

Assim, desta lista de direitos fundamentais nascerá a legislação infraconstitucional, os novos códigos, uma codificação já diferente. É a reconstrução através da nova microcodificação. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, nasce, pois, da Constituição brasileira. O art. 5º estabelece, como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O art. 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseado na livre iniciativa (*caput*), mas limitada pelos direitos do consumidor (inciso V). E, por fim, o art. 48 das Disposições Transitórias determina elaborar lei tutelar exatamente em forma de código: um todo constituído, conjunto de normas sistematizado por uma ideia básica, a da proteção desse sujeito especial. O instrumento de renovação teórica, o instrumento de renovação dos direitos fundamentais do cidadão, estava dado, estava posto na Constituição. (2006, p. 262- 263)

Seguindo este entendimento, o CDC nasce da Constituição brasileira, cuja legislação tem caráter protetor e traz a concretização de princípios a fim de assegurar a igualdade e modificar o direito civil, no qual estava inserido o consumidor (Marques, 2006, p. 263).

O CDC tem nitidamente uma base forte com alicerce na Constituição, e esta também tem papel de suma importância na sua interpretação e aplicação.

O Estado assumiu a proteção do sujeito consumidor como um dos princípios da ordem econômica brasileira, limitando a livre iniciativa e a autonomia de vontade. Nesse contexto:

Ao garantir aos consumidores a sua defesa pelo Estado, criou a Constituição uma antinomia necessária em relação a muitas de suas próprias normas, flexibilizando-as, impondo em última análise uma interpretação relativada dos princípios em conflito, que não mais podem ser interpretados de forma absoluta ou estaríamos ignorando o texto constitucional. (MARQUES, 2006, p. 656)

⁴ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

A existência da base constitucional do CDC fica evidente, assim como a necessidade da utilização de princípios como a igualdade, tratamento desigual aos desiguais e função social, estes de origem constitucional, de maneira mais favorável ao consumidor que figura na parte mais frágil da relação.

Após a explanação sobre a base constitucional do CDC, é mister para o entendimento versar sobre suas características, na qual se destaca a concepção social, onde a lei busca proteger determinados interesses sociais e valorizar a confiança, as expectativas e a boa-fé.(MARQUES, 2006, p. 210-212)

A entrada em vigor de uma lei de função social, como o CDC, traz como consequências modificações relevantes:

As leis de função social caracterizam-se por impor as novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, e por isso optam, geralmente, em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impõem uma série de novos deveres a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador que podem e devem suportar estes riscos. (MARQUES, 2006, p. 590)

O CDC busca assegurar um grupo específico de indivíduos considerados vulneráveis das práticas possivelmente lesivas e em contra partida impõem uma série de deveres a quem considera poder suportá-los. Assim agindo, criou-se confronto entre os dogmas da legislação anterior:

A opção brasileira foi de elaborar, na “idade da descodificação” um novo Código. Ora, o Código significa um conjunto sistemático e logicamente ordenado de normas jurídicas, guiadas por uma ideia básica, no caso do CDC, a defesa de um grupo específico de pessoas, os consumidores. É esta a linha básica que une matérias tão diversas, cuja necessidade de regulamentação nasceu da prática da sociedade de massa, normas pensadas topicamente, mas legisladas sobre a égide de uma finalidade comum, sob o manto de princípios comuns. O CDC como codificação, se bem que parcial, é sistematicamente organizado, destacando-se os três capítulos iniciais como os mais importantes de seu sistema, a definir seu campo de aplicação, os objetivos e princípios básicos da lei e os direitos básicos do consumidor. (MARQUES, 1992, p. 591-592)

Há de se destacar aqui a suma importância do artigo 4^{o5} do Código de Defesa do Consumidor que contém normas que podem ser usadas para a interpretação de todo o código.

Outro artigo do CDC que merece citação é o artigo 6^o, que traz uma lista não exaustiva de direitos do consumidor.

Ainda sobre o artigo 6^{o6} do CDC, ele é disposto de forma a “impor deveres ao fornecedor, e assegura ao consumidor à possibilidade de compelir aquele fornecedor que está contrariando a norma objetiva a cumpri-la através de ações coletivas e ações individuais”. (MARQUES, 2006, p. 593)

Quanto ao artigo 7^{o7} do CDC, este afirma que se admite qualquer outra regra ou lei que também busque a proteção do consumidor. Assim:

O texto do art. 7^o, *caput*, é claro, não reivindicando para o CDC a exclusividade dos “direito” concedidos ao consumidor. Outra será a posição se o tratado, lei ou regulamento retira, limita ou impõe renúncia aos direitos que o sistema do CDC assegura ao consumidor. Neste caso a aplicação do CDC será determinada por constituir-se no corpo de normas que assegura, segundo os novos parâmetros e valores orientadores, eficácia ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor. Assegura-se em última análise através da norma do artigo 7^o do CDC a aplicação da norma que mais favorece o consumidor. (MARQUES, 2006, 594 a 595)

Após análise, pode-se concluir que o CDC é um microsistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro, dotado de normas e princípios gerais que devem ser

⁶ Art. 6^o São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

⁷ Art. 7^o Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. [...].

interpretados e aplicados de maneira mais favorável ao consumidor, e este sistema deve buscar o equilíbrio das relações onde o consumidor figura com extrema fragilidade.

Portanto, resta provado que o CDC tem base constitucional, onde o sujeito consumidor é detentor de direitos e garantias fundamentais, e sendo estes de origem constitucionais não estão sujeitos à alteração prejudicial de norma menos benéfica, estes direitos não são disponíveis e inerentes apenas à pessoa enquanto consumidor.

1.2 O CDC e a ordem econômica

Nesta etapa, tem-se como objetivo o estudo no que tange a evolução dos direitos dos consumidores consolidados no Código de Defesa do Consumidor e previstos nos princípios constitucionais, bem como conceitos da ordem econômica com ênfase ao inciso V, art. 170, CF.

Historicamente, pela Revolução Francesa e o prevalecimento das ideias liberais deste movimento, acarretaram certo afastamento da intervenção do estado na economia, porém, o “Estado não deixou em nenhum momento de se abster por completo de intervir na ordem econômica, em maior ou menor grau”, conforme Moraes (2011, p. 837).

Seguindo no contexto histórico, no século XIX, o manifesto comunista de Karl Marx passou a embasar o movimento dos trabalhadores, onde houve reflexos no Cartismo na Inglaterra e a Comuna de 1871, na França, passara a minar as bases sólidas do Estado Liberal, completa o doutrinador Moraes:

A partir da constituição de Weimer (1919), que serviu de modelo para inúmeras outras constituições do primeiro pós-guerra, e apesar de ser tecnicamente uma constituição consagrada de uma democracia liberal – houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu contexto dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas a categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito. (2011, p. 837)

Nesse contexto, o direito constitucional moderno traz normas referentes à ordem econômica e financeira. As constituições passaram a contar com normas político-sociais, contendo princípios e normas sobre a ordenação social e econômica. Na Constituição brasileira destaca-se o Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, em especial o seu artigo 170⁸. Moraes ainda afirma que a ordem econômica brasileira segue os modelos de sociedade capitalista, em suas palavras:

[...] dentre os princípios que a informam, arrolados no art. 170 da Constituição, figuram o da propriedade privada (inc. II) e da livre concorrência (inc. IV), reforçado pelo parágrafo único que diz que a todos é livre o exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos excepcionados em lei. É o regime, pois, da livre empresa, pelo qual a cada um é dado lançar-se na atividade empresarial por sua conta e risco. As leis que presidem a esta atividade são as de mercado. (2011, p. 632)

Pois assim, a Constituição Brasileira, por interpretação de seus artigos, estendeu ao sujeito denominado consumidor a busca de uma proteção mais completa, concedendo a ele direitos fundamentais, antes inerentes apenas à pessoa humana natural, quando ocupam o papel de consumidores. Os contratos também devem proteger o consumidor, neste sentido:

O contrato é instrumento de circulação das riquezas da sociedade, mas hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas caracterizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art.5º da Constituição Federal), da liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art.5º c/c art. 170, V, da Constituição Federal), e em especial, da dignidade deste sujeito como pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 5º, XXXII, da constituição Federal). (MARQUES, 2006, p. 258)

⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988, em especial seu artigo 170, caput, contém princípios gerais da atividade econômica, quais sejam, a soberania nacional, (prevista no art.1º, I e 4º da CF); propriedade privada (art. 5º, XXII, XXIV, XXV, XXVI da Carta Magna); função social da propriedade (art. 5º, XXIII e art. 186 da CF); livre concorrência (art. 173, § 4º da CF); defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais (CF, art. 3º, III); busca do pleno emprego; tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país. (MORAES, 2011, p. 841),

Quanto a ordem econômica, Filomeno assim versa:

[...] art.. 170 que cuida da “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tem por fim “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” e desde que observados determinados princípios fundamentais, encontrando-se entre eles exatamente a defesa do consumidor (CF, inc. V do mencionado art. 170 da Constituição Federal). (2007, p. 22)

Agora é necessária uma análise sobre os princípios que norteiam a CF brasileira, nesta senda, Marques versa sobre a dignidade da pessoa humana e sua importância:

A doutrina brasileira tem destacado esta hierarquia de direito fundamental da proteção do consumidor e sua origem no princípio máximo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, da CF/88) a ressaltar a função integradora e hermenêutica que este princípio exerce, constituindo-se em Richtline, linha guia ou parâmetro para a aplicação, interpretação e concretização de todas as normas do ordenamento jurídico. (MARQUES, 2006, p. 259)

O princípio da dignidade humana é o cerne de nossa Carta Magna. Este princípio é um valor inerente ao ser humano, inerente à própria condição de ser pessoa humana; em suma, é o valor supremo.

O Estado é agente normativo e regulador da economia, nos termos do art. 174⁹, e deve prestar a fiscalização, incentivo e planejamento para o setor público e privado.

O Estado é agente com poder normativo e este poder concedido ao estado pela CF é amplo, podendo se utilizar de seu poder de polícia. Por seu intermédio, busca-se manter a atividade privada dentro dos parâmetros estabelecidos pela Carta Magna. Assim é descrito:

Esta é a atividade do Estado enquanto agente protagonizador da atividade econômica. O mesmo Estado intervém, contudo, na qualidade do agente normativo e regulador da economia. Tal mister vem disciplinando no art. 174, que torna certo que o Estado é dado fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica.(BASTOS, 2010, p. 632 a 633)

Quanto à ordem pública econômica, esta se divide em ordem pública de direção, na qual se imprime certo rumo à economia e ordem pública de proteção, onde o Estado cria normas jurídico protetivas, assim com a igualdade e equidade (MARQUES, 2006, p. 658)

Faz-se necessário entender que o Estado pode atuar na ordem econômica, respeitados os limites impostos na própria CF, artigo 173, seja esta intervenção para planejamento ou normatização, dessa forma:

[...] o planejamento, segundo a norma, é determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. A própria utilização da palavra determinante é indicativa da intenção do legislador, pois forma uma expressão mais fraca do que a habitualmente utilizada: “planejamento imperativo. Se assim é para o próprio setor público, o que não se dirá para o privado, no qual o planejamento não poderá ir além da simples indicação. (Bastos,2010, p. 638)

⁹Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

O Estado deve contemplar as necessidades da sociedade moderna globalizada, em que qualquer movimento econômico-financeiro atinge a todos, independentemente da posição que ocupa na cadeia produtiva e de consumo.

Segundo Grau (2010,p. 224), a defesa do consumidor é princípio constitucional impositivo que cumpre dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos a existência digna e objetivo particular a ser alcançado, justificando assim, a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Portanto, como os demais ramos do direito, o Direito do Consumidor acompanha as mudanças sociais, de modo que está em constante transformação. Nos tempos atuais, onde ocorrem grandes mudanças no Estado Social que influenciam diretamente a ordem econômica, conseqüentemente no direito consumerista.

1.3 Os princípios de defesa do consumidor

Agora, para melhor compreensão, faz-se necessário a apresentação dos princípios adotados pelo Código de Defesa do Consumidor, contidos no próprio corpo da lei, bem como princípios de direito processual, extremamente necessários para a efetivação das garantias do sujeito consumidor.

Dentre os princípios se destacam o princípio da transparência, boa-fé ou lealdade, princípio da equidade e princípio da confiança.

O princípio da boa-fé está contido no artigo 4º, inciso III¹⁰ do CDC. A harmonia citada no texto da lei é buscada através da exigência de boa-fé nas relações entre o consumidor e o fornecedor.

¹⁰ Art. 4º[...] III: harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. [...]

Marques também afirma:

Segundo dispõe o art. 4º do CDC, inciso II, todo o esforço do estado ao regular os contratos de consumo deve ser no sentido de “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”. (2006, p.799)

Segundo este princípio, as partes devem agir com veracidade, sinceridade e não objetivar apenas o lucro como consequência de um prejuízo à outra parte da relação contratual. Este princípio alcança o consumidor e o fornecedor indiscriminadamente. Assim:

[...] Esse princípio, inscrito no *caput* do art. 4º, exige que as partes da relação de consumo atuem com estrita boa-fé, é dizer, com sinceridade, seriedade, veracidade, lealdade e transparência, sem objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao outro. Bem por isso é que a legislação do consumidor contém diversas presunções legais, absolutas ou relativas, para assegurar o equilíbrio entre as partes e conter as formas sub-reptícias e insidiosas de abusos e fraudes engendradas pelo poder econômico para burlar o intuito de proteção do legislador. O Código de Defesa do Consumidor é repleto dessas presunções, como a que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (CDC, art. 12) e que autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor no processo civil (art. 6º, VIII). O Capítulo VI, relativo à proteção contratual, é, no entanto, o campo mais propício para disposições desse jaez (ALMEIDA, 2011, p. 71).

A doutrina procura distinguir a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância das pessoas acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. Se resume pela crença em sua legitimidade pelo desconhecimento da verdadeira situação, podendo ser encontrada nos art.

1.567, CC, casamento putativo e 879, Código Civil (CC), alienante de imóvel indevidamente recebido. (NUNES, 2005, p. 127)

A teoria incorporada pela lei consumerista, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor é a boa-fé objetiva.

Já a boa-fé objetiva, que é a que esta presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, afim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com a análise global do contrato, de uma cláusula em relação as demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro.(NUNES, 2005, p. 127-128)

A boa-fé objetiva é uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal, onde, em um caso concreto, o magistrado tiver de avaliar o caso para identificar algum tipo de abuso, deve-se levar em consideração essa condição ideal na qual as partes respeitam-se mutuamente, de forma adequada e justa. (NUNES, 2005, p. 127)

O art. 51, inciso IV¹¹, CDC proíbe as cláusulas que violem a boa-fé, o objetivo é impedir a desobediência, por parte do consumidor ou fornecedor, de uma regra de conduta que deve orientar as relações de consumo, buscando o equilíbrio nas relações de consumo.

O princípio da transparência está contido no artigo 4º, Caput¹², do CDC. A transparência citada no artigo de lei trata-se de informação clara e correta sobre o bem ou serviço objeto da relação contratual entre o fornecedor e consumidor.

¹¹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...].

¹² Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...].

Neste sentido:

[...] transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis por que institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu, assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que esta assumindo, poderia vincular-se a obrigação que não pode suportar ou que simplesmente não deseja. (MARQUES, 2006, p. 716)

Assim, a transparência é o dever de informar e traz a obrigação de o fornecedor dar ao consumidor a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato que está sendo apresentado. Desta forma:

Assim, da soma dos princípios, compostos de dois deveres – o da transparência e o da informação --, fica estabelecida a obrigação de o fornecedor dar cabal informação sobre os seus produtos e serviços oferecidos e colocados no mercado, bem como das cláusulas contratuais por ele estipuladas. (NUNES, 2005, p. 129 a 130)

Fica estampada a exigibilidade de informação clara, sem possibilidade de interpretação dúbia pelo fornecedor, assegurando ao consumidor o direito de vincular-se ou não, de forma consciente, ao contrato.

A possível propaganda veiculada ou informações prestadas e devidamente comprovadas tornam-se fontes contratuais, e a sua interpretação deve ser sempre a mais favorável ao consumidor, já que não é ele que redige as normas as quais irá aderir, conforme art. 6º, III¹³, CDC. (Nunes, 2005, p. 128 a 129)

¹³Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...].

Quanto aos reflexos do princípio da transparência e dever de informar:

[...] como reflexos do princípio da transparência temos o novo *dever de informar* o consumidor, seja através da *oferta*, clara e correta (leia-se aqui publicidade ou qualquer outra informação suficiente—art.30), sobre as qualidades de produto ou serviço e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação (art.20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos que foi feita (art. 35), seja através do próprio *texto do contrato*, pois, pelo art. 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente (art. 54,§ 3º), devendo o fornecedor “dar oportunidade ao consumidor” de conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena de o contrato, por decisão judicial, não obrigar o consumidor, mesmo que devidamente formalizado. (MARQUES, 2006, p. 719 a 720).

No CDC, o princípio da transparência fundamenta o direito à informação e está presente nos art. 4º, caput, 6º, III e apresenta reflexos em vários artigos como o art. 20, 30, 35, 46 e 54,§ 3º do CDC, buscando assegurar os direitos e garantias do consumidor. (MARQUES, 2006, p. 719 a 721)

O princípio da confiança se caracteriza pela credibilidade que o consumidor deposita no produto ou serviço. Neste sentido:

É o princípio da confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor [...]. (MARQUES, 2006, p. 1.146).

Um dos efeitos do princípio da confiança é a vinculação do fornecedor à oferta, criando-se uma obrigação pré-contratual com o intento de impedir que se frustrem as expectativas dos consumidores em tais contratações.

Á título de complementação, os arts. 8º, 9º e 10º do Código de Defesa do Consumidor também tratam de questões inerentes a qualidade de produtos e serviços, aos quais, se enseja confiança.

Nos ensinamentos de Almeida (2011, p. 71 a 72), o princípio da equidade está previsto no art. 4º, *caput*, CDC, por meio dele, busca-se a justiça contratual para que não ocorra vantagem exagerada para o fornecedor ou onerosidade excessiva para o consumidor.

O art. 51, IV, considera abusiva a cláusula incompatível com a boa-fé ou a equidade. Assim:

[...] Institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade [...]. (MARQUES, 2006, p. 873).

Quanto ao princípio da função social do contrato, o CDC não apresenta menção expressa embora se possa afirmar que o valor social do contrato de consumo foi reconhecido implicitamente. O princípio da função social do contrato tem como pressuposto o reconhecimento de um valor social, também busca afirmar que um negócio jurídico envolvendo duas ou mais pessoas particularmente consideradas pode gerar reflexos e efeitos para toda a sociedade.

Agora é importante elencar o princípio da inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII¹⁴, CDC, que afirma ser a inversão do ônus da prova a favor do consumidor um direito básico em face da sua vulnerabilidade.

Neste sentido, versa o doutrinador Almeida:

Dentro do contexto de assegurar efetiva proteção ao consumidor, o legislador outorgou a inversão, em seu favor, do ônus da prova. Cuida-se de benefício previsto no rol dos direitos básicos (art. 6º, VIII), constituindo-se numa das espécies de gênero 'facilitação da defesa de direitos', que a legislação protetiva objetivou endereçar ao consumidor. (2011, p. 105 a 106):

¹⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...].

Para Almeida, pela situação de hipossuficiência do consumidor, este, via de regra, enfrentava dificuldades em realizar a prova de suas alegações contra o fornecedor, por ser ele o controlador dos meios de produção, com acesso sobre os elementos de provas que interessam à demanda. (2011, p. 106)

Esse quadro era desfavorável ao consumidor, o legislador alterou, para as relações de consumo, a regra processual do ônus da prova, atento à circunstância de que o fornecedor está em melhores condições de realizar a prova de fato ligada à sua atividade.

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor, liberta o consumidor vulnerável de provar, entre outros, a colocação de algum produto ou serviço no mercado de consumo e o nexo causal entre o defeito e o dano, passando esta incumbência ao fornecedor.(ALMEIDA, 2011, p. 106).

O princípio da hipossuficiência e inversão do ônus da prova considera-se o consumidor incapaz de fazer prova do seu direito quando estiver em demanda contra o fornecedor, pois o consumidor não possui condições técnicas ou econômicas para fazê-la, isto porque quem detém as informações sobre o produto é o fornecedor. Sendo o fornecedor o elemento que detém conhecimentos técnicos e científicos acerca do produto que fornece ou do serviço que presta. Assim, a inversão do ônus da prova será de grande utilidade para o consumidor, pois os encargos de provar passam a ser do fornecedor.

Portanto, apresentado um rol de princípios não exaustivo, buscando ressaltar os princípios mais utilizados na interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ressalta-se a importância destes para a interpretação e execução dos direitos dos consumidores, com ressalva ao princípio da vulnerabilidade que será tratado em item específico.

2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Parte-se, no presente capítulo, sobre uma análise da relação de consumo formada entre o consumidor e o fornecedor de produto ou serviço, conceituando cada um de seus elementos conforme o ordenamento jurídico e as teorias adotadas pela doutrina. Busca-se também uma conceituação acerca da vulnerabilidade do consumidor conforme a doutrina.

2.1. Elementos da relação de consumo

Para a atual sociedade em que estamos inseridos, o consumo é inseparável do cotidiano do ser humano, onde generalizadamente somos todos consumidores, independentemente da classe social, faixa de renda ou atividade exercida. A necessidade de consumir passa pela sobrevivência até o consumo pelo desejo.

Como a evolução social, as relações de consumo evoluíram e se intensificaram nos últimos tempos. Das simples operações de troca de mercadorias e produtos essenciais à subsistência chegou-se a sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento, leasing e importações, movimentando bilhões de dólares pelo mundo afora.

Neste período histórico, surge a mecanização agrícola, o êxodo rural, as grandes indústrias e shopping centers inflando a população das grandes cidades. Os bens de consumo passam a ser produzidos em série para poder atender a grande demanda dos novos consumidores sedentos pelo fácil acesso e tecnologia dos novos produtos e serviços que agora se encontram à sua disposição. Nesse sentido, versa o doutrinador Almeida:

Era natural que a evolução das relações de consumo acabasse por refletir nas relações sociais, econômicas e jurídicas. Pode-se mesmo afirmar que a proteção do consumidor é consequência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando reação ao avanço rápido do fenômeno que deixou o consumidor desprotegido diante das novas situações decorrentes do desenvolvimento. (2011, p. 19).

Pode-se conceituar a relação jurídica de consumo como o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final com um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo, ou reflexo de um acidente de consumo, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa. (BONATTO, 2001, p. 19)

Portanto, sendo a relação de consumo formada por elementos, é necessário sua conceituação. Os elementos da relação de consumo são o consumidor, o fornecedor, o produto e o serviço.

A definição de fornecedor está tipificada no art. 3º, *caput*¹⁵, do CDC e afirma que o fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, seja ela nacional ou estrangeira, pública ou privada ou até mesmo ente despersonalizado que desenvolva atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços..

A leitura pura e simples do art. 3º do CDC pode nos dar um panorama da extensão das pessoas denominadas fornecedores, que podem ser todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade. Completa o doutrinador Nunes:

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores todas as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por cotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.(2005, p. 131).

A definição legal de fornecedor praticamente esgotou as formas de atuação no mercado de consumo. Para Almeida (2011, p.63) “o fornecedor não é apenas quem produz ou fabrica, seja industrial ou artesanalmente, como também quem vende e comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda

¹⁵Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. [...]

espalhados por todo o território nacional”, e nesse ponto, o conceito de fornecedor se distancia da definição de consumidor.

Bonatto, afirma que atos jurídicos isolados não constituem atividade e assim não são inseridos na relação de consumo. Em suas palavras:

Assim, para a configuração do fornecedor, é necessária a existência de ação, no sentido de ato tendente a alterar o estado das coisas, transferindo bens-da-vida de uma pessoa para outra, com profissionalidade, ou seja, através de um complexo de atos teleologicamente orientados, com continuidade e duração, dirigidos a um objetivo, com tendência a um resultado, constituindo-se em um comportamento orientado. (2001, p. 24)

Portanto, fica claro que para ser considerado fornecedor é necessário que haja atividade que o caracterize como fornecedor de produto ou serviço, caso contrário, exclui-se da tutela consumerista e aplicar-se-á o Código Civil, por exemplo, a venda esporádica que pode ocorrer entre duas pessoas físicas.

Dessa forma, após explanação sobre fornecedor, torna-se necessário versar sobre o produto como elemento da relação de consumo.

O conceito de produto é elencado pelo art. 3º, § 1º¹⁶ do CDC: "produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". Tal conceito é amplo, posto que "bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais" são duas grandes classificações de bens, sendo produto, para efeitos do CDC, qualquer objeto de relação de consumo.

O CDC definiu produto de maneira adequada, seguindo conceitos contemporâneos, Nunes assim completa:

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.). (2005, p.135)

¹⁶ Art. 3º: [...] § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. [...]

Para melhor compreensão, os produtos podem ser classificados em produto móvel¹⁷ ou imóvel¹⁸, produto material ou imaterial, produto durável ou não durável¹⁹, bem como gratuito²⁰ ou oneroso. Quanto a esta classificação utiliza-se a legislação civil brasileira na ausência de conceito próprio no CDC.

Nunes conceitua como sendo um produto durável aquele que não se deteriora após o uso, que dura e leva tempo para se desgastar, neste tipo de produto, pode haver o desgaste natural, onde não se falará em vício do produto. Também afirma que o produto não durável é aquele que se acaba com o uso, tal produto perde total ou parcialmente sua existência com o uso a que se destina. (2005, p. 137-138)

Em conclusão, qualquer bem pode ser considerado produto, desde que vise a satisfação de uma necessidade da pessoa, e, conseqüentemente, seja objeto da relação jurídica de consumo. (Bonatto, 2001, p. 27)

Agora, torna-se importante versar sobre os serviços como elemento da relação de consumo. No que tange ao conceito de serviços, do art. 3º, § 2º²¹ do CDC dispõe que "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito ou securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

¹⁷Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações; Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

¹⁸ Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente; Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta. Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis: I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

¹⁹Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

²⁰Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

²¹ Art. 3º: [...]§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Bonato conceitua serviço como:

Serviço, segundo o disposto no artigo 3º, § 2º, do CDC, é qualquer atividade servida no mercado de consumo, mediante remuneração. Do conceito emerge o elemento fundamental, que é a remuneração. Porém, não porque está explicitada a exigência da remuneração, a qual entendemos ser um reforço conceitual, mas sim, porque sendo o serviço qualquer atividade é lógico afirmar-se advir de um profissional, porquanto, como vimos anteriormente, atividade significa um complexo de atos direcionados a determinados objetivos, no caso com fim de obtenção de resultado finalístico lucrativo, típica ação de empresa ou de empresário. (BONATTO, 2001, p. 27)

Nos serviços, a remuneração pode ser direta ou indireta, onde podem ser aparentemente gratuito com o objetivo de atrair clientela, trata-se de serviço com remuneração indireta. (BONATTO, 2001, p.27)

Assim como os produtos, os serviços podem ser duráveis, aqueles que tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual ou, embora típicos de não durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Classifica-se como serviços não duráveis aqueles que perpetuam uma vez prestados. (NUNES, 2005, p.145).

Portanto, frente ao dinamismo nas relações de consumo, a legislação e a doutrina buscaram estabelecer conceitos capazes de qualificar e identificar cada um dos elementos da relação de consumo, quais sejam, o consumidor, o fornecedor, os produtos e serviços. Assim, torna-se necessário versar sobre o consumidor que também é elemento da relação de consumo que será tratado em tópico específico.

2.2 Consumidor

O consumidor também é um dos elementos da relação de consumo, é o elemento que o Estado busca proteger, desde o mandamento constitucional até legislação específica. O consumidor é o elo mais fraco na relação de consumo, assim torna-se necessário sua conceituação afim de identifica-lo.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de forma expressa nos termos de seu art. 1º²², assim, o campo de aplicação do código possui uma limitação à pessoa do consumidor em contratos com o seu fornecedor de produtos ou serviços.

O art. 2º²³, do CDC, assim define consumidor como toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, assim como, equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo.

Benjamin afirma que o CDC é complexo na definição de consumidor e assim versa:

A complexibilidade do sistema do CDC inicia justamente pela definição do sujeito a proteger, o consumidor, que não é definido em apenas um artigo, mas em quatro dispositivos diferentes, como veremos (art. 2º, caput e paragrafo único, art. 17 e art. 29 do CDC), e não é definido apenas sob uma ótica individual, como sujeito de direitos individuais, mas também sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo. Conhecemos então interesses dos consumidores vistos sob a ótica coletiva, sejam interesses individuais homogêneos, sejam interesses coletivos, e como interesses difusos.(2010, p. 83)

O CDC busca a proteção do consumidor, para tanto, é necessária identificá-lo, neste contexto, versa Bonatto:

Podemos afirmar, então, que o consumidor é tanto aquele que adquire e utiliza produto ou serviço (artigo 2º), como, igualmente, aqueles expostos às práticas previstas no Estatuto Protetivo (artigo 29). Vale dizer: pode ser visto concretamente (artigo 2º), ou abstratamente (artigo 29). Na primeira situação é impositivo que haja ou esteja por haver aquisição ou utilização. Na segunda, o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo não se conseguindo apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço.(2001,p.23)

²² Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

²³ Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. - Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Também importante o artigo 17²⁴, CDC que elenca a condição de consumidor vítima a todas as pessoas que possam ter sido vitimadas pelos acidentes decorrentes do fato de produto ou serviço.

Quanto à definição de consumidor, sob a acepção jurídica, Filomeno assim conceitua:

Entendemos que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-nos basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços. (2007, p. 23)

Para Filomeno, deve-se equiparar ao consumidor a coletividade de pessoas que potencialmente estejam propensas a contratação, como por exemplo, o público alvo de uma campanha publicitária que se mostre enganosa, abusiva ou então sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos à saúde ou segurança. (2010, p. 23)

Neste contexto, é importante ressaltar a existência de três teorias, quais sejam a Maximalista, a Finalista e a Finalista Moderada que versam sobre a interpretação da extensão do conceito de consumidor. Dessa forma, torna-se necessário a análise de cada uma delas, a fim de compreender suas afirmações e concluir qual teoria se filia o ordenamento jurídico brasileiro.

Para a teoria Maximalista, basta que a pessoa retire o bem da cadeia de consumo para se tornar um destinatário fático e, portanto, um consumidor. Afirmam ainda que o CDC surgiu para ser um código geral de consumo. (MARQUES, 2010, p. 86),

Para os maximalistas, o conceito estabelecido pelo artigo 2º, do CDC, deve receber interpretação mais ampla possível.

²⁴Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Nas palavras de Marques:

Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não o fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o estado quando adquire canetas para o uso nas repartições e, claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família. (2006, p. 305).

Nota-se que, esta teoria amplia o conceito de destinatário, no entanto, ela fragiliza a essência do CDC que é proteger o mais vulnerável. Para esta corrente, a vulnerabilidade não é fator de relevância.

A principal crítica que se tem à concepção maximalista é que, ao se adotar uma concepção demasiadamente extensiva de consumidor acaba por fazer com que o Código de Defesa do Consumidor passe a ser uma regulação geral de todo e qualquer contrato de aquisição de bens ou serviços, enfim, “um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado”. (MARQUES, 2010, p. 86)

Todavia, esse não é o objetivo do CDC, especialmente criado, por força constitucional, para defesa do sujeito vulnerável da relação de consumo. Aliás, como bem observam os autores do anteprojeto, a transformação do CDC em um “Código Geral” do mercado de consumo, esvaziaria a sua força de proteção especial ao realmente vulnerável da relação obrigacional de consumo. (FILOMENO, 2007, p. 35)

Observa Marques que, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a teoria maximalista foi perdendo força, cedendo espaço a outra concepção de consumidor denominada finalista, que ganhou apoio de parte substancial da doutrina e da jurisprudência brasileiras. (2006, p. 305)

Para os defensores da teoria finalista, ou seja, os finalistas, o conceito de consumidor deve ser interpretado de maneira mais restritiva como requerem os artigos 4º e 6º do CDC.

Nesse contexto Marques:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço. (2006, p. 304)

Dessa forma, o conceito de consumidor, baseado na ideia de destinatário final, envolve não apenas destinatário fático, mas também destinatário econômico do bem ou serviço, isto é, aquele que o retira do mercado de consumo, para uso próprio, sem fins lucrativos ou de reintrodução na cadeia produtiva. (MARQUES, 2010, p. 84-85)

Exemplificando, para os finalistas, um advogado que adquire um computador para utilizar em seu escritório profissional não deve ser protegido pelo CDC, pois o computador seria um fator de produção, assim descaracterizando-o como consumidor, pois se utilizará do computador para gerar lucro.

Assim, ao interpretar o art. 2º, do CDC, a teoria finalista adota um conceito restritivo de consumidor. Para essa teoria, só pode ser considerado destinatário final ou consumidor aquele que retira o produto ou serviço do mercado de consumo, sem o objetivo de reintegrá-lo novamente no mercado, ou seja, que não o aplica na sua cadeia produtiva, utilizando-o como insumo. (MARQUES, 2006, p. 304)

Contrariando a tendência da teoria finalista o art. 2º, do CDC, incluiu também as pessoas jurídicas no conceito de consumidor, estabelecendo que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Conforme versa Marques, os finalistas, antes de características radicais, adotam uma posição mais branda, moderada:

Nota-se que, de uma posição inicial mais forte, influenciada pela doutrina francesa e belga, como veremos, os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora do seu campo de especialidade, interpretar o art. 2º de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também estes profissionais. (2006, p. 304)

Assim, ainda baseando-se na visão teleológica do CDC, de proteção ao vulnerável da relação de consumo, situando-se entre a teoria finalista e maximalista, formou-se a denominada teoria finalista mista ou moderada, também denominada de teoria Finalista Aprofundada. (MARQUES, 2010 p. 87)

Pela teoria finalista mista ou moderada é possível considerar a pessoa jurídica e o profissional como consumidor se, no caso concreto, for demonstrada a sua vulnerabilidade (técnica, jurídica ou fática), elemento este que é o centro para o qual convergem as normas consumeristas e que, portanto, deve orientar a sua interpretação. (MARQUES, 2010 p. 85)

Nesse sentido, para a teoria finalista moderada, por força legal, a vulnerabilidade da pessoa natural não profissional é presumida. Por outro lado, a pessoa jurídica e o profissional presumem-se, em regra, não vulneráveis

Ressalte-se, que há hipóteses em que a vulnerabilidade da pessoa jurídica e do profissional pode se apresentar com maior facilidade, como, por exemplo: o profissional de pequeno porte; nos casos em que o fornecedor detém monopólio do serviço ou produto; quando o profissional adquire produto ou serviço que não guarda relação com a sua atividade.

A teoria mais alinhada aos propósitos constitucionais de defesa do consumidor é a teoria finalista moderada que confere, ao mesmo tempo, proteção à parte mais vulnerável da relação consumerista, sem excluir do seu âmbito de

proteção, a pessoa jurídica, quando se apresentar vulnerável no caso concreto. (MARQUES, 2006, p. 302-319).

Portanto, visto o conceito de consumidor proveniente do CDC e as teorias decorrentes para sua conceituação e abrangência, entende-se que a teoria finalista moderada é a mais adequada para tanto, eis que esta teoria leva em consideração a presença ou não da vulnerabilidade como critério.

2.3 Vulnerabilidade

As transformações ocorridas nos processos produtivos decorrentes da revolução industrial e tecnológica acarretaram uma grande alteração nas relações de consumo. Dessa forma, a produção que antes era artesanal e restrita ao ambiente familiar foram perdendo espaço. As relações de consumo mudaram, deixando de ser pessoais quebrando equilíbrio anteriormente existente entre as partes.

O doutrinador Almeida (2011, p. 39), afirma que existe um consenso universal acerca da vulnerabilidade do consumidor. Todos os países do mundo ocidental compartilham deste reconhecimento de vulnerabilidade, sendo que a Organização das Nações Unidas (ONU) já se pronunciou acerca do assunto em uma resolução nº 29/248, de 10/04 de 1985, reconhecendo que os “consumidores se deparam com desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo, o que conflita com direito de acesso a produtos e serviços seguros e inofensivos”.

Em relação ao Brasil, o doutrinador Almeida assim afirma:

Após a manifestação da ONU, também no Brasil se operou uma tomada de consciência em favor do consumidor. O tema, pela primeira vez, foi tratado em âmbito constitucional, com especial destaque, no capítulo relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais. (2011, p.39),

Assim, com a CF, nasce o artigo 5º, que versa sobre os direitos e garantias individuais, e com ele, em seu inciso XXXII²⁵, onde o constituinte assegurou que o Estado proverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Também prevê, no artigo 48 do ato das disposições constitucionais transitórias, a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

O CDC, em seu artigo 4º, inciso I²⁶, adota como princípio o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, assim o estado de forma expressa admite a característica vulnerável do consumidor e admite uma necessidade de proteção.

De forma, os incisos do artigo 4º do CDC demonstram como superar a vulnerabilidade do consumidor, porque, neles, estão expressos os pilares fundamentais e capazes de equacionar essa vulnerabilidade do consumidor, e dentre eles se destaca a imperatividade do governo agir no sentido de proteger de forma efetiva e eficaz o consumidor.

Quanto à tutela especial do consumidor e a sua vulnerabilidade, Nunes assim versa:

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detém todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro. (2005, p.69)

A doutrinadora Marques também afirma que, para equilibrar a relação, as normas protetivas controlam a atividade antes livre de um polo, resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica. Ainda, diz, em suas palavras:

Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o polo mais fraco da relação contratual [...] Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente.(2006,p. 318)

²⁵ Art. 5º[...]XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...].

²⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...].

Ao falar da vulnerabilidade do consumidor, destaca-se a frase de Henry Ford, “o pai da produção em série”, que assim diz: “ o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte que o seu elo mais fraco”(FILOMENO, 2007, p. 68 a 69). Tal frase é importante na sua afirmação que o consumidor não dispõe de controle sobre os bens de produção, assim, se submete ao poder de controle dos empresários.

O princípio da vulnerabilidade se interliga com a liberdade de escolha garantida ao consumidor no princípio da liberdade de ação e escolha da Constituição Federal, em especial, em seu artigo 1º, inciso III²⁷; artigo 3º, inciso I²⁸, artigo 5º, caput²⁹. Nas palavras de Nunes:

É por isso que quando se fala em escolha do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro. (2005, p. 174)

Tendo-se por base o art. 4º do CDC, assim como os conceitos doutrinários apresentados, pode-se observar uma afirmação normativa que pretende equilibrar as relações de consumo. Parte-se do princípio que o consumidor é a parte mais frágil da relação de consumo

Agora, torna-se necessário uma explanação sobre alguns dos tipos de vulnerabilidade elencados na doutrina consumerista. Em especial a classificação de Marques (2006, p. 320) que afirma em seu entendimento haver quatro tipos de vulnerabilidade, quais sejam, a vulnerabilidade técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

²⁷Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

²⁸Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...].

²⁹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

A vulnerabilidade técnica decorre do fato de o consumidor não possuir conhecimentos específicos sobre os produtos ou serviços que está adquirindo, ficando sujeito unicamente ao mercado. Quanto à vulnerabilidade técnica, Marques:

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirido e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto a sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC é presumida [...] (2006, p.320)

Em relação a vulnerabilidade técnica do profissional, esta é excepcional e neste sentido necessita de prova concreta, pois trata-se de atividade profissional de consumo intermediário, regulado pelo direito comum, pois é uma atividade de consumo intermediário.(MARQUES, 2010, p. 89)

Esta vulnerabilidade concretiza-se pelo fenômeno da complexidade do mundo moderno que impossibilita o consumidor de possuir conhecimentos das propriedades, malefícios, e benefícios dos novos produtos ou serviços. Dessa forma, o consumidor encontra-se totalmente desprotegido, já que não consegue visualizar quando determinado produto ou serviço apresenta defeito ou vício, colocando em perigo a sua condição física e patrimonial.

A vulnerabilidade jurídica se manifesta na avaliação das dificuldades que o consumidor enfrenta na luta para a defesa de seus direitos, quer na esfera administrativa ou judicial. Para Benjamin “a vulnerabilidade jurídica ou científica é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou economia”. (2010, p. 90)

Marques, assim complementa:

[...] Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poder exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se. (2006, p.323)

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica, assim denominada na obra de Marques (2006, p.325) e Benjamin (2010,p.91) é resultado das disparidades de força entre os agentes econômicos e os consumidores. Aqueles detêm condições objetivas de impor sua vontade através de diversos mecanismos.

Na vulnerabilidade fática ou socioeconômica o ponto de concentração é parceiro contratual, denominado fornecedor, que por sua posição de monopólio fático ou mesmo jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõem sua superioridade a todos que com ele contratam, ou até pelo próprio Estado. (BENJAMIN, 2010, p.91)

A vulnerabilidade informacional é básica do consumidor e ainda não foi suficientemente estudada. No mundo atual, o déficit informacional dos consumidores é cada vez mais profundo. (MARQUES, 2006, p. 333 a 334)

Quanto a esta vulnerabilidade, Benjamin afirma que: “na atual sociedade é na informação que está o poder”, completa afirmando:

Esta vulnerabilidade informativa, não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-a-vis os fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática esta vulnerabilidade é essencial a dignidade do consumidor, principalmente quanto pessoa física. (2010, p. 95)

Portanto, nota-se o esforço de se evitar uma relação desigual e injusta, impedindo-se, assim, qualquer prejuízo para o consumidor. O CDC foi criado, exatamente, sob a perspectiva do reconhecimento da vulnerabilidade do indivíduo tutelado. Ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, o Estado afirma que este está em posição inferior na relação de consumo, assim, pode lançar e aplicar ferramentas capazes de equilibrar a relação.

3 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

O presente capítulo tratará da nulidade das cláusulas impostas pelo poder competente, passando, inicialmente por uma exposição acerca dos contratos de adesão. Posteriormente, se analisará as cláusulas impostas pelo poder competente, passando por sua conceituação até o entendimento atual da jurisprudência brasileira.

3.1. Contratos de adesão

Os contratos de adesão são largamente utilizados na sociedade frente à necessidade da contratação em massa e economia administrativa que apresentam. Dessa forma, estes contratos devem observar os ditames do ordenamento jurídico e nos termos da lei não podem apresentar cláusulas que se apresentem prejudiciais ao consumidor, tornando seu estudo necessário para melhor compreensão.

Historicamente, a partir do período pós-Revolução Industrial ocorre uma explosão populacional nas metrópoles, culminando em um grande crescimento das indústrias, da oferta e demanda de produtos e serviços, assim, tornou-se necessário a implantação de um sistema capaz de produzir em série e homogeneização da produção. Quanto ao crescimento da indústria, Nunes assim afirma:

Essa produção homogeneizada, “standartizada”, em série, possibilitou a diminuição profunda dos custos e aumento enorme da oferta, indo atingir, então, uma mais larga camada de pessoas. Este modelo de produção é um modelo que deu certo; veio crescendo na passagem do século XIX para o século XX; a partir da Primeira Guerra Mundial houve um incremento na produção, que se solidificou e cresceu em níveis extraordinários a partir da Segunda Guerra Mundial com o surgimento da tecnologia de ponta, do fortalecimento da informática, do incremento das telecomunicações etc.(2005, p. 03)

Depois da segunda metade do século XX, o sistema de produção em série se alastrou por todo o mundo globalizado capitalista e assim criando a sociedade de massa. Este sistema de produção tem, por característica, a produção planejada com objetivo de atingir o maior número possível de consumidores dos seus produtos e serviços com baixo custo inicial e produção em série, com planejamento estratégico unilateral do produtor ou prestador e, nesta mesma linha, os contratos também eram reproduzidos através de um modelo elaborado unilateralmente.(NUNES, 2005, p. 04)

Na passagem do século ocorre uma forte tendência na padronização dos contratos em razão da economia administrativa que tinha como objetivo a simplificação dos negócios pela constante evolução da mecanização da vida moderna. A técnica de padronização dos contratos teve início nos contratos de transporte ferroviários e tal “experiência demonstrou, no entanto, que a padronização deles, por uma das partes, levava a um inevitável comprometimento da liberdade de contratar daqueles que se colocavam em posição adversa”. (GRAU, 2010, p. 94)

Partindo dos ensinamentos tradicionais do direito obrigacional, deve-se ressaltar o princípio dos “*sunt semper servanda*” que afirma os contratos fazerem lei entre as partes que nele se vinculam e a afirmação que o consumidor é parte vulnerável nas relações de consumo conforme versa o art. 4º, inc. I, do CDC. Filomeno assim versa:

Desta forma, o prolapado princípio da plena autonomia da vontade, ao qual também se ligam o consentimento, da igualdade, obrigatoriedade, intangibilidade (imutabilidade), e da inalterabilidade dos contratos, cede passo a constatação de uma realidade inexorável: certamente vigoram em toda a sua plenitude, se as partes contratantes, que manifestam sua vontade, tivessem o mesmo poder de decisão. Ou seja, se as partes pudessem, efetivamente, não apenas conhecer, em toda a sua extensão, o conteúdo das obrigações inseridas em determinado contrato, como também fossem inteiramente livres para sua pontuação. (2010, p. 217)

Assim, na concepção tradicional do contrato onde se podiam trabalhar as cláusulas do acordo entre as partes cedem espaço aos contratos de adesão, pois frente à sociedade de consumo e a necessidade do escoamento em massa de

produtos, prestação em larga escala de serviços, não se pode falar em liberdade contratual em toda a sua plenitude. (FILOMENO, 2010, p. 217-220)

Nesta senda, em função da sociedade de consumo e a nova visão do princípio da autonomia da vontade, tem-se a distinção entre a liberdade para contratar que se refere à escolha de contratar ou não determinado produto ou serviço e a liberdade contratual que tange a possibilidade de negociar as cláusulas contratuais livremente. Assim, “na sociedade moderna, a liberdade contratual passou a ser unilateral, pois, via de regra, a parte economicamente mais forte impõem a outra as condições da contratação, deixando-lhe apenas a alternativa entre pegar ou largar”. (BONATTO, 2001, p.29)

Marques assim conceitua o fenômeno dos contratos de adesão:

Contrato de adesão é aqueles cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *nevarietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. (2006, p. 71)

O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme onde apenas falta o preenchimento de dados referentes à identificação do consumidor, bem como a individualização do objeto contratado e o preço firmado entre as partes. Neste tipo de contrato não há espaço para a regulamentação dos contratos de adesão, e assim não se pode discutir ou buscar negociação quanto aos termos e condições mais importantes do contrato, restando ao consumidor o mero aceite do bloco de cláusulas. (MARQUES, 2006, p. 71)

O doutrinador Nery Junior, quanto aos contratos de adesão, assim diz:

A doutrina faz distinção entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita. (2007, p.633)

A nomenclatura desta forma de contratar sofreu críticas pela doutrina, mas ganhou boa aceitação no exterior, bem como no Brasil, onde o CDC fundiu essas duas situações estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. (NERY JUNIOR, 2007, p. 633)

Dessa maneira, para dirimir dúvidas e superar questionamentos doutrinários, o CDC traz, em seu próprio corpo da lei, os contratos de adesão em seu art. 54³⁰ e o define como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. (ALMEIDA, 2011, p.154)

Essa forma padronizada de contratar acaba por atender à necessidade de redução de custos administrativos de contratação pela redução do trabalho exercido na negociação dos termos de um acordo e de previsão dos riscos dos contratos e de segurança jurídica. Sendo assim, as empresas ou até mesmo o Estado detém uma posição superior em relação ao consumidor e, pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, utilizam contratos padrão em seus acordos.

Do conceito de contratos de adesão emergem elementos, que para Almeida são a preexistência das condições gerais dos contratos que devem ser aprovadas e regulamentadas pelo poder competente, ou estabelecidas pelo fornecedor de produtos ou serviços, como segundo elemento elenca o consentimento do consumidor que se manifesta pela simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica, onde o consumidor tem que aceitar o bloco de cláusulas e aderir a um contrato com seus termos já definidos. (2011, p. 155)

³⁰ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 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. § 5º (Vetado).

Os contratos de adesão, segundo Marques, apresentam algumas características:

Podemos destacar como características do contrato de adesão: 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, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte. (2006, p. 72)

Quanto à característica de elaboração unilateral dos contratos de adesão destaca-se o § 1º do art. 54, CDC, onde “a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza da adesão do contrato”, reconhecendo que a simples inclusão de informações sobre o consumidor não afasta a característica de unilateralidade do fornecedor na elaboração dos contratos de adesão. Ressalta ainda que o CDC permite a utilização deste tipo de contrato, mas o limita quanto à apresentação do contrato em espécie nos art. 46³¹ e 54, §§ 3.º 4.º³², bem como quanto ao seu conteúdo no art. 51 do CDC. (BESSA, 2010, p. 331)

Segundo a regra do § 2º do art. 54, a lei tacha como nula a cláusula que autorize o fornecedor de produtos ou serviços a cancelar o contrato de forma unilateral sem que igual direito seja dado ao consumidor. Dessa forma, a cláusula que possibilita a rescisão do contrato, apenas é válida se permitir a escolha de continuar a relação contratual ou dá-la por terminada, a critério do consumidor, bem como, ressalva o direito a devolução de quantias já pagas mediante desconto de eventuais prejuízos e vantagens auferidas nos termos do § 2º, art. 53³³ do CDC. (NUNES, 2005. p. 587 a 588)

³¹Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

³² Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.[...] § 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.

³³Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a

No que tange ao § 3º do art. 54 do CDC, os caracteres dos contratos escritos serão redigidos em termos claros para que se facilite a sua compreensão. Sendo característica dos contratos de adesão a sua feição unilateral, é de grande importância que o contrato seja redigido de maneira clara e de fácil compreensão para que o consumidor tenha consciência das obrigações que está contraindo.

Neste sentido, as cláusulas ambíguas ou obscuras serão interpretadas a favor do consumidor nos termos do art. 47 do CDC³⁴. (Almeida, 2011, p. 155.)

Almeida (2011, p.156) destaca as inovações trazidas pela Lei n. 11.785, de 22-09-2008, que, na impressão dos contratos de adesão deve-se observar o tamanho mínimo da fonte, não inferior ao corpo doze, capaz de facilitar a leitura para qualquer pessoa, qual seja sua idade ou condição social.

Ainda, neste contexto, Nery Junior (2007, p.635) afirma que, “tanto os contratos concluídos por escrito como também os celebrados verbalmente podem ser contratos de adesão se verificados os requisitos da lei”.

Quanto às cláusulas que limitam o direito do consumidor, estas deverão ser impressas com destaque para que possa haver a imediata compreensão pelo consumidor, conforme art. 54, § 4º do CDC.

Nas palavras de Almeida:

Ao contratar, o consumidor deverá ser informado de todos os termos da avença, inclusive restrições e limitações, estipulados unilateralmente pelo fornecedor disponente. Impõe-se assim, que as cláusulas restritivas sejam impressas com destaque, para que chamem a atenção do consumidor para o fato e permitam uma avaliação real e concreta, sem induzimento a erro por falha na compreensão. (2011, p. 156)

Os contratos de adesão são cada vez mais comuns na vida globalizada e se desencadeiam em grandes domínios como na área dos seguros, planos de saúde,

resolução do contrato e a retomada do produto alienado. § 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

³⁴ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

contratos bancários e nas concessionárias públicas que se valiam desta técnica de contratação em massa. (MARQUES, 2006, p. 72)

A contratação em massa acaba por ser uma exigência das economias de escala e devem ser exercidas de forma compatível com os princípios fundamentais da ordem econômica, na qual está inserido a defesa do consumidor conforme artigo 170, V da CF³⁵. Nery Junior assim versa:

[...] A rapidez que deve informar este tipo de contratação, que implica necessariamente a conclusão do negócio com base em cláusulas gerais preestabelecidas, não deve servir de pretexto para que se incluam, no bojo de um longo formulário de futuro contrato de adesão, cláusulas draconianas consideradas pelo CDC como abusivas. Além desse perigo, está a inevitável imposição, na prática, das cláusulas pelo estipulante, porque o consumidor aderente geralmente não lê os termos do formulário, quer seja por pressa, preguiça, indolência, ignorância ou resignação [...] (2007, p. 636).

Dessa forma, é interessante um mínimo de formalismo nas relações de consumo, pois assim, o consumidor pode buscar um esclarecimento sobre o conteúdo, apenas tendo cuidado quanto ao excesso de formalismo para não prejudicar ou retardar a execução do negócio. (NERY JUNIOR, 2007, p. 636)

Portanto, nos contratos de adesão, suas cláusulas não são discutidas, restando ao consumidor o mero aceite de bloco preestabelecido de condições, anteriormente preparados pelo fornecedor de produtos ou serviços, que detém posição de superioridade. Ocorre que este tipo de contrato acaba por tornar-se necessário para o mundo globalizado frente à economia que apresenta sua utilização em larga escala. Por fim, compete ao Estado disciplinar tais contratos em busca de um equilíbrio.

³⁵Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; [...].

3.2. Cláusulas impostas pelo poder competente

A plena autonomia da vontade acaba por sofrer interferência estatal com objetivo de equilibrar as relações contratuais. O Estado exerce seu poder normativo, fiscalizador e regulador, ou seja, intervencionista na relação entre particulares e entre particulares e o próprio Estado que, mediante seu poder competente, impõe cláusulas para adequar a vontade das partes conforme a da lei.

O Direito Canônico contribuiu de forma decisiva para a formação da doutrina da autonomia da vontade e libertou o direito do formalismo excessivo das regras romanas. Na teoria do direito natural tem-se a base teórico-filosófica, onde a pessoa humana tornou-se um ente de razão e uma fonte fundamental do direito, reforçando o dogma da liberdade contratual, pois esta era uma das liberdades naturais do homem. Seguindo esta linha evolucionária, Marques assim versa:

Teorias de ordem política e a Revolução Francesa – já se afirmou que o direito moderno nasce com a Revolução Francesa, e, neste sentido, queremos destacar a influência que a famosa teoria do contrato social exerceu sobre o direito contratual. Esta teoria de Rousseau lança a ideia de contrato como base da sociedade, sociedade politicamente organizada, isto é, o Estado. Aqui vamos reencontrar o dogma da vontade livre do homem, pois, segundo esta revolucionária teoria francesa, a autoridade estatal encontra seu fundamento no consentimento dos sujeitos de direito, isto é, os cidadãos. Suas vontades se unem (em contratos) para formar a sociedade, o estado como hoje o conhecemos. (2006, p. 57).

Dessa forma, precisa-se analisar a teoria econômica e o liberalismo. A teoria econômica teve suas origens no século XVIII em resposta às intensas restrições impostas pela igreja católica e tem como ideal a plena liberdade contratual, fundado na ideia que o contrato é um instrumento colocado à disposição pelo direito para que esta movimentação aconteça e o contrato seria justo por sua própria natureza. Já o Liberalismo teve seu auge no século XIX, com a plena liberdade individual e o dogma máximo da autonomia da vontade. (MARQUES, 2006, p.60)

Partindo do modelo de liberalismo econômico é possível verificar que nele as partes da relação contratual exerciam a toda potência a vontade das partes. Neste

modelo, se destaca a auto-regulamentação dos negócios jurídicos e a contratação entre as partes criava seu direito entre eles. Assim, com a ação intervencionista do Estado, ocorre uma minimização da plena vontade das partes perante o negócio jurídico exercido por eles.

Nesse sentido, versa Grau:

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isto porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação – dos contratos que se praticavam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado – em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes, mas também na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica [...] (2010, p.93)

Foi com as grandes calamidades sociais, assim como a Primeira Guerra Mundial, que surgiu a necessidade do estado intervir na formação dos contratos, limitando a plena autonomia da vontade. Assim, surgiu o fenômeno do dirigismo contratual como sendo um elemento capaz de mitigar a autonomia privada e influenciando o Direito Público a intervir no Direito Privado quanto a liberdade de contratar com o objetivo da volta da estabilidade econômica e paz social tão almejadas nestas sociedades instáveis. (NERY JUNIOR, 2007, p. 511)

Quanto à intervenção do Estado na liberdade contratual, Nery Junior assim versa:

Mas essa intervenção estatal na liberdade de contratar pode dar-se de outros modos, como, por exemplo, o estacionamento, pela lei, do conteúdo do contrato. Encontramos hipóteses mais comuns de dirigismo contratual, no Direito Brasileiro, no contrato de trabalho e nos contratos de locação residencial, onde a lei estabelece como devem neles ser estipuladas determinadas cláusulas. Quando a lei diz que o bancário tem horário de trabalho de seis horas diárias (art. 224, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), isto quer significar limitação na autonomia privada das partes, que não podem contratar diferente do estabelecido pela lei. O mesmo ocorre quando se determina que não poderá haver mais de uma espécie de garantia no contrato de locação residencial (Parágrafo único do art. 37 da Lei nº 8.245, de 8.10.91), vedando ao locador a imposição de , por exemplo, fiança e caução em dinheiro ao locatário como formas de garantia do contrato.(2007, p. 513)

A vivacidade dos contratos nos dias atuais é de vital importância social e economicamente, bem como a necessidade do Direito se adequar à realidade dos contratos. Assim como o CDC, elaborado pelo Estado, é uma ferramenta estatal para atuar nas relações de consumo na busca pelo equilíbrio e proteção do consumidor que é parte nitidamente vulnerável perante o fornecedor de produtos ou serviços. (NERY JUNIOR, 2007, p. 514)

Para França, o crescimento rápido da economia, o crescente interesse do Estado na proteção dos melhores interesses para a coletividade e o aumento expressivo da complexibilidade dos contratos, obrigaram o Estado a criar uma legislação ou controle formal que acabou por restringir a plena liberdade de contratar entre os particulares, bem como, entre os particulares e o próprio Estado. Conclui seu pensamento afirmando que o intervencionismo estatal tem o escopo de assegurar as partes interessadas em certos contratos. (2006, p. 26)

Desse modo, a tendência da intervenção estatal também se dá pela renovação da teoria contratual, onde o Estado é pressionado pelos crescentes interesses sociais e a realidade das sociedades de massa, obrigando-o a intervir nas relações obrigacionais.

No direito positivo brasileiro, encontram-se casos de contratação coativa, decorrentes da lei, na qual o Estado impõe aos contratantes determinadas cláusulas que obrigatoriamente deverão constar em contrato. Nesta senda não ocorre a substituição da vontade das partes, mas sim a adequação da vontade de uma das partes conforme vontade da lei. (GRAU, 2010, p. 97 a 98)

Quanto ao intervencionismo dos Estados nas relações obrigacionais dos particulares, este vai ao contrário da plena liberdade da autonomia da vontade, nas palavras de Marques:

No início, o intervencionismo Estatal dar-se-á através da planificação de certas atividades, pela fiscalização e controle de certos negócios, pela fixação de cotas e preços mínimos. Mas, aos poucos, o intervencionismo estatal evolui de modo a fomentar a edição de leis limitadoras do poder de auto-regular determinadas cláusulas (por exemplo, as cláusulas de juros) e determinar o conteúdo de certos contratos, passando a ditar os conteúdos daqueles contratos em atividades imprescindíveis (por exemplo, transportes, fornecimento de água, luz) (2006, p. 253).

A Intervenção do Estado na formação dos contratos vai ser exercida pelo legislador em conjunto com órgãos administrativos e o Poder Judiciário que atuará como fiscal da atividade intervencionista do poder público. Informa ainda o papel importante da Jurisprudência Brasileira que é sensível as necessidades da intervenção estatal para a proteção do mais fraco, que nesta senda é o consumidor em contratos como os de seguro saúde e contratos de adesão.

Para Arnaldo Wald, as ideias solidárias e socialistas levaram o Estado ao dirigismo contratual gerando a expansão das normas de ordem pública para proteger os elementos mais frágeis da sociedade e cita como exemplo as leis protetivas do empregado, as leis sobre locação e a proteção do consumidor por lei específica em seu favor. Ressalta, ainda, que a importância dos princípios norteadores, em especial o da boa-fé, trazido pelo art. 422³⁶, do Código Civil para a interpretação dos contratos. (2006, p. 189-192)

Ainda, quanto à intervenção do Estado para defesa do consumidor, Nunes assim versa:

O inciso II do art. 4º autoriza a intervenção direta do Estado para proteger efetivamente o consumidor, não só visando assegurar-lhe acesso aos produtos e serviços essenciais como garantir qualidade e adequação dos produtos e serviços (segurança, durabilidade, desempenho). E volta no inciso VI deste mesmo art. 4º, pelo qual se verifica a estreita consonância com os maiores princípios constitucionais, especialmente os da dignidade da pessoa humana, isonomia e princípios gerais da atividade econômica. (2005, p.126)³⁷

Visto que, a massificação dos contratos cresce notoriamente, cumulada com a forte tendência de maior utilização de serviços, torna-se visível a necessidade de o

³⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁷ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. [...] VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; [...].

Estado regular mais especificamente as relações de consumo cativas, ou seja, as relações baseadas normalmente em serviços públicos ou privados, prestados de forma contínua, prestados pelo estado ou privatizados como as relações de consumo entre consumidores e planos de saúde, pacotes turísticos, hotéis, cartão de crédito, fabricantes de automóveis e eletrodomésticos, relações bancárias e administradoras de consórcios. (MARQUES, 2006, p. 99)

Quanto aos contratos cativos de longa duração:

Estes novos contratos de longa duração envolvem, em sua maioria, serviços autorizados, são controlados, fiscalizados pelo Estado ou por conselhos profissionais, todos, porém, são prestados por um grupo reduzido de fornecedores, únicos que possuem o poder econômico, o *Know-how*, a autorização ou concessão estatal para oferecê-los no mercado. Trata-se de negócios jurídicos privados, mas cuja importância econômica e social leva o estado a autorizar o seu fornecimento, controlar e fiscalizar o seu fornecimento e, mesmo, ditar o conteúdo do contrato. (MARQUES, 2006, p. 102)

A sociedade globalizada acaba por usar constantemente tais contratos, onde pela vulnerabilidade do consumidor frente à figura economicamente superior, pode sair lesada, justificando a intervenção do Estado na regulamentação legislativa ou na intervenção do poder judiciário como medida de proteção, visando reequilibrar a relação contratual. Também afirma ser necessário uma visão dinâmica sobre estes contratos massificados, em especial quanto aos princípios que os regem, na qual destaca o princípio da boa-fé objetiva, bem como os decorrentes de lei específica. (MARQUES, 2006, p. 102 a 104)

Para Benjamim (2010, p.37) na limitação no poder de contratar indiscriminadamente, surge uma nova noção de igualdade dos mais fracos no direito privado, esta, não apenas formal perante a lei, mas material no tratamento igual entre iguais, e desigual entre os desiguais, que necessariamente só é alcançada pela intervenção ordenadora do Estado no intuito de reequilibrar as partes na sociedade de consumo brasileira.

Assim conclui Benjamim:

Somente conscientes da extrema massificação da produção, da distribuição (incluindo a massificação dos contratos) e de consumo em geral que estamos vivendo no momento atual da terceira revolução industrial, com sua globalização (também chamada de fenômeno da mundialização ou aproximação dos mercados e sociedade de consumo), é que podemos entender como estas mudanças da economia e da sociedade aumentaram exponencialmente a vulnerabilidade dos consumidores e levaram o direito a preocupar-se de forma tão profunda com sua tutela especial, criando um novo direito do consumidor. (2010, p.45-46)

As grandes mudanças oriundas da sociedade atual de informação, exigiram um direito privado novo para inclusão de regras especiais de proteção para os consumidores, aqui denominados de novos agentes do mundo consumista globalizado. (BENJAMIN, 2010, p. 46)

Quanto às regras de interpretação dos contratos, Marques afirma que em especial os contratos de prestação de serviços geralmente são regulados por lei específica, imposta pelo Estado, destacando os contratos imobiliários; de transporte, turismo e viagem; contratos de hospedagem, de depósito e estacionamento; contratos de seguro, planos de saúde, planos funerários e previdência privada; contratos bancários e de financiamento; contratos de administração de consórcios, leasing massificado e afins e contrato de fornecimento de serviços públicos, (ressalva as especificidades e exceções onde não se considera vulnerabilidade, assim não incide as normas jurídicas do CDC.(2006, p. 426 a 580). Neste contexto, quanto a interpretação dos contratos, assim versa Marques:

Devemos concluir, portanto, que, ao regular tanto os contratos paritários quanto os contratos de massa, os contratos de prestação de serviços e os contratos de fornecimento de produtos, está o Código de Defesa do Consumidor determinando a aplicação de suas normas de interpretação e de proibição à grande maioria de contratos civis hoje existentes na sociedade, invadindo searas tradicionalmente dominadas pelas normas do Código Civil e, conforme se interprete a figura do consumidor, também matérias regidas pelo Código Civil e por leis comerciais. (2006, p. 429)

Quanto ao conflito de fontes, o CDC se consolidou na prática em alguns pontos quanto a sua aplicação analógica de suas normas protetivas através das cláusulas gerais do direito comum; pela não revogação do CDC por leis especiais que vieram a regulamentar tipos contratuais específicos, bem como, pelo próprio Código Civil de 2002 na qual se agrupa para formar um “diálogo de fontes”. (MARQUES, 2006, p. 585)

Portanto, fica evidente a necessidade do Estado intervir na relação contratual dinâmica das sociedades globalizadas com objetivo específico de reduzir as desigualdades e proteger a figura do vulnerável e garantia da busca pelo equilíbrio social. Tal intervenção se dá por meio de lei específica, buscando regulamentar contratos específicos ou por meio de lei principiológica como o CDC que serve de base e orientação para interpretação dos contratos de consumo sejam estes entre particulares ou entre particulares e o próprio Estado que também se sujeita ao próprio regulamento.

3.3 Efeitos da nulidade das cláusulas impostas pelo poder competente

A sociedade de consumo se caracteriza pelo seu dinamismo frente ao mundo globalizado, e assim acaba por utilizar cada vez mais a contratação por adesão, nas quais simplesmente aderem ao conteúdo preestabelecido pela parte forte da relação. Os atuais consumidores acabam por aderir a instrumentos contratuais com cláusulas prontas que podem estar contaminadas por cláusulas abusivas capazes de trazer prejuízos ao consumidor.

O próprio CDC se não define propriamente a abusividade, mas indica a abusividade em casos práticos no art. 54, assim como no art. 53³⁸, também deixa

³⁸ Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. § 1º (Vetado). § 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo. § 3º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional.

sua determinação para a jurisprudência através de cláusulas gerais como a do art. 51, IV³⁹. A abusividade é definida por Marques, nas suas palavras:

Para definir a abusividade, dois caminhos podem ser seguidos: uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais com a figura do abuso de direito, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado das finalidades sociais de um poder (direito) concedido a um agente; ou por uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com paradigmas modernos, como a boa-fé objetiva ou antiga visão da lesão enorme, como se seu elemento principal fosse seu resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave sofrido objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido no contrato (2006, p. 899).

O estatuto consumerista admite todas as formas de contratação para a validade da relação jurídica de consumo, seja ela, verbal, escrito, por correspondência ou por adesão, aí surge uma dificuldade em estabelecer um sistema normativo uniforme para as cláusulas abusivas, uma vez que elas podem ocorrer tanto em relações civis, quanto em relações de consumo, tanto em contratos de adesão quanto em contratos individualmente negociados.

O CDC, em sua Seção III, formado pelos arts. 51, 52 e 53, traz em seu texto um rol não exaustivo de cláusulas abusivas, que, assim são conceituadas por Almeida:

Nessa perspectiva é que o regime codificado elencou as cláusulas contratuais abusivas, Hauridas de experiência estrangeira, da jurisprudência nacional do cotidiano dos órgãos de defesa do consumidor, dentre aquelas mais costumeiramente usadas para lesar o consumidor. Após tipificá-las, o Código sancionou-as de nulidade absoluta (art. 51 e seus incisos e parágrafos) com as decorrentes consequências jurídicas: tais cláusulas nunca terão eficácia; não convalidam com a passagem do tempo, nem pelo fato de não serem alegadas pelo interessado; podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz, dispensando arguição da parte; não são supráveis e não produzem qualquer efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage a data de contratação. (2011, p.142)

³⁹Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;[...].

Neste sentido, o estado intervém na relação contratual, e por meio de leis impõe certo dirigismo contratual sobre a liberdade de contratação, com o objetivo de equilibrar a relação entre as partes contratantes, buscando a proteção do consumidor onde tal proteção também se dá pela proibição de cláusulas abusivas e a sua nulidade. (ALMEIDA, 2011, p. 141-142)

O CDC é expresso ao afirmar que são nulas de pleno direito, entre outras as cláusulas elencadas no seu art. 51, nas quais Bonatto destaca os IV e XV⁴⁰, CDC, afirmando a nulidade de cláusulas que contrariam a boa-fé e a equidade, bem como as que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor. (2001, p. 36-37). Nesse sentido completa o doutrinador:

É pacífico o entendimento doutrinário, no sentido que a nulidade de pleno direito, constante nos arts. 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor, configura uma nulidade absoluta, mas não só por se tratar de modalidade cominada, segundo o disposto do artigo 145, inciso V, do Código Civil (aplicável ao CDC, por expressa disposição do seu art. 7º, *caput*), mas, também, levando-se em consideração o caráter de tutela, “de ordem pública e interesse social”, constante no artigo 1º do CDC. (2001, p. 40)

Marques afirma que as normas do CDC são de ordem pública, assim a nulidade de pleno direito aqui devem ser interpretadas como nulidade absoluta cominada entre os arts. 51 e 53 do CDC e art. 145, V⁴¹, do CC de 1916 e art. 166, VI e VII do CC de 2002. Afirma ainda que “esta conclusão é de suma importância para permitir a atuação do Judiciário brasileiro de identificar de ofício tais cláusulas”. (2006, p. 908)

Agora, torna-se importante a análise de situações envolvendo cláusulas impostas pelo poder competente, a fim de exemplificar o estudo, onde o Estado, autarquias ou agências reguladoras que detém poder competente acabam por impor

⁴⁰ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

⁴¹ O art. 145 do CC de 1916, assim versa: Art. 145. É nulo o ato jurídico: [...] V. Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito., o CCde 2002, assim versa: Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

cláusulas que podem ser abusivas ao consumidor, minadas de nulidade ou ilegalidade.

Nesta senda, pela Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), bem como também disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

Nos termos do art. 2º⁴² e 21⁴³ da referida lei encontra-se a sua competência para regular e fiscalizar a produção, transmissão e comercialização de energia elétrica, cujas normas regulatórias deverão ser observadas por todas as unidades da federação.

Utilizando-se de seu poder regulador nos termos da Resolução 414 de 2010, afirma ser possível a interrupção do fornecimento de energia elétrica a consumidores que tenham suas unidades de aferição individual irregulares na medição ou pela falta de adimplemento na contraprestação pelo serviço efetivamente prestado como forma de evitar o locupletamento dos consumidores em prejuízo da concessionária de energia elétrica.

Assim, nos termos da resolução, a concessionária de energia elétrica poderá suspender o fornecimento de energia como forma de pressão para pagamento nos casos onde ocorra suspeita de alteração no medidor individual. Nesta senda, a concessionária apresentaria laudo técnico capaz de identificar a irregularidade e apresentar novo cálculo do valor a ser pago decorrente do registro de consumo inferior ao real consumidor.

A lei permite à concessionária a interrupção de fornecimento de energia elétrica, mesmo sendo este um serviço essencial quando ocorra o inadimplemento do consumidor nos termos da Lei 8.987 de 1995, art. 6º, § 3º, II⁴⁴.

⁴² Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

⁴³ Art. 21. Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais. § 1º As normas de regulação complementar baixadas pela unidade federativa deverão se harmonizar com as normas expedidas pela ANEEL.

⁴⁴ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.[...] § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A jurisprudência gaúcha⁴⁵, se utilizando de preceitos do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, ao analisar o teor da presente resolução de número 414 de 2010 no que tange a possibilidade de corte suspensão de fornecimento de energia, afirma que estando o consumidor em dia com seu pagamento como contraprestação à concessionária, esta não pode coagi-lo para pagamento imediato sob pena de suspensão do serviço por débitos pretéritos.

Fundamenta o entendimento que nestes casos ocorre falha ou inércia na fiscalização no período da irregularidade e a tentativa de coação do consumidor sob pena de corte de fornecimento não é uma medida adequada e justificada para cobrança de débitos pretéritos.

Assim, entende a jurisprudência brasileira, reconhecida a relação de consumo entre consumidor e concessionária de energia elétrica, ser ilegal a suspensão do fornecimento de energia por débitos pretéritos decorrentes de recuperação de consumo, pois esta configura uma coação ilegal, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos de seus arts. 42 e parágrafo único⁴⁷, 51, IV, § 1º, I e II⁴⁸ e 54, § 4º⁴⁹.

⁴⁵ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. DESCONSTITUIÇÃO DA DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE. NOVA COBRANÇA EM FACE DE NOVO DÉBITO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO. IMPOSSIBILIDADE COMO FORMA DE COBRANÇA DE CRÉDITO PRETÉRITO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70031872872, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 11/05/2011).

AGRAVO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITO DE RECUPERAÇÃO DE CONSUMO EM DISCUSSÃO. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. Impossibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica quando o débito for pretérito e estiver sendo discutido em juízo. Ausência de exigibilidade e de certeza do débito a autorizar os efeitos decorrentes de seu inadimplemento. Precedentes do STJ e deste Tribunal. AGRAVO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70041774035, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 13/04/2011).

⁴⁶ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS INDICADOS. SÚMULA 284/STF. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO PELA CONCESSIONÁRIA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO MEDIDOR. FRAUDE NÃO COMPROVADA. FATURAMENTO DAS DIFERENÇAS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. 1. A recorrente não demonstrou de forma clara e fundamentada como o aresto recorrido teria violado a legislação federal apontada, atraindo, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 2. Hipótese em que não se aplica a jurisprudência firmada pela Corte Especial no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte do fornecimento (AgRgna SLS 216/RN, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 10/4/2006). 3. Valor do débito passível de discussão. Inexistência de liquidez e certeza a amparar a hipótese de interrupção do serviço, prevista na Lei 8.987/95 (art. 6º, § 3º, II), por inadimplemento do usuário. 4. Utilização ilegal e inconstitucional do corte de energia como mecanismo para forçar o consumidor a reconhecer "estimativas" de consumo, produzidas unilateralmente pela concessionária. Situação que exige o exame do conjunto fático-probatório dos autos, incabível no âmbito do Recurso Especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não conhecido. (Recurso Especial nº 633.722 – RJ, Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgado em 19/12/2007).

⁴⁷ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Eis que ao Poder Judiciário também coube a interpretação no que tange o artigo 72, IV, *b*⁵⁰, da resolução da ANEEL nº 456 de 2000 em conjunto a resolução 414 de 2010.

No contexto destas resoluções normativas supracitadas da agência reguladora (ANEEL), esta afirma que ocorridas qualquer procedimento irregular que possa causar faturamento inferior ao correto no medidor individual, a concessionária poderá adotar a revisão do faturamento mediante critérios definidos na norma reguladora.

A norma reguladora afirma que é possível a recuperação de consumo do período irregular a partir do maior consumo auferido nos últimos 12 (doze) ciclos completos de medição normal anterior ao início das irregularidades.

Eis que a jurisprudência é uníssona ao afirmar que é inaplicável a adoção de tal critério de consumo definido pela ANEEL, pois este pode gerar prejuízo às partes, em especial ao consumidor que é parte enormemente mais vulnerável da relação de consumo.

Dessa forma, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵¹ impõe que o cálculo a ser utilizado nestas situações deve ser da média dos últimos 12 (doze)

⁴⁸Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; [...]

⁴⁹Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. [...] § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

⁵⁰ Art. 72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências: [...]IV - proceder a revisão do faturamento com base nas diferenças entre os valores efetivamente faturados e os apurados por meio de um dos critérios descritos nas alíneas abaixo, sem prejuízo do disposto nos arts. 73, 74 e 90: a) aplicação do fator de correção determinado a partir da avaliação técnica do erro de medição causado pelo emprego dos procedimentos irregulares apurados; b) na impossibilidade do emprego do critério anterior, identificação do maior valor de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição normal imediatamente anteriores ao início da irregularidade; e, [...]

⁵¹ FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IRREGULARIDADE NO MEDIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DÉBITO E AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR CONCEDIDA PARA MANUTENÇÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO TORNADA DEFINITIVA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. CULPA DO USUÁRIO NÃO COMPROVADA. REDUÇÃO DO CONSUMO. DIREITO DA CONCESSIONÁRIA EM REAVER EVENTUAIS PREJUÍZOS SOFRIDOS. CRITÉRIO. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DISPOSTAS NA ALÍNEA B DO INCISO IV DO ART. 72 DA RESOLUÇÃO Nº 456/2000 DA ANEEL. RECÁLCULO QUE DEVERÁ SER BASEADO NO FATOR DE CONSUMO MÉDIO DOS 12 (DOZE) ÚLTIMOS MESES ANTECEDENTES À VERIFICAÇÃO DO INÍCIO DA IRREGULARIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045038817, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 14/12/2011);

meses de consumo antes da irregularidade em desfavor do maior registro de consumo que prevê a norma reguladora.

Em casos semelhantes, enviados para apreciação do poder judiciário é recorrente a imposição de cobrança pela concessionária de “custo administrativo ou taxa administrativa”, de forma unilateral, nos termos das normas reguladoras supracitadas.

Tal imposição é firmada de forma unilateral sem maiores necessidades de comprovação do efetivo custo ou despesas empenhadas pela concessionária para aferição, fiscalização ou reparo de equipamentos e despesas administrativas.

Ao analisar a possibilidade de tal cobrança, a jurisprudência⁵² afirma ser ela incabível em percentual sem a demonstração cabal, tanto da autoria do ato fraudulento, quanto do efetivo montante capaz de ressarcir as despesas reais geradas pelo ato lesivo à concessionária.

Assim, ressalta-se que mesmo as cláusulas impostas pelo poder competente devem observar as normas e princípios do ordenamento jurídico e sua inobservância pode acarretada de nulidade ou ilegalidade em revisão pelo Poder Judiciário.

Nesta senda, o direito e proteção do consumidor encontra-se incrustrado na Carta Maior brasileira, bem como na legislação infraconstitucional e estes direitos podem ser reclamados inclusive contra o Estado.

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REVISIONAL. FRAUDE NO MEDIDOR. Pagamento da recuperação do consumo. Decorrência da irregularidade no medidor, independentemente da culpa do consumidor. Valor do débito. Apurado com base na média dos últimos 12 meses. Custo administrativo. Descabimento. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. Inviabilidade, no caso concreto. Apelo da autora parcialmente provido. Apelo da ré improvido. (Apelação Cível Nº 70045900016, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle, Julgado em 14/12/2011).

⁵² APELAÇÃO CÍVEL. ENERGIA ELÉTRICA. IRREGULARIDADE NA UNIDADE CONSUMIDORA. CÁLCULO DE RECUPERAÇÃO DO CONSUMO. A escolha do fator de cálculo deve observar a ordem contida no artigo 72, IV da Resolução nº 456/00. Cabível o critério descrito na alínea `b, consumo dos últimos doze meses, devendo, contudo, ser aplicada a média aritmética e não o maior valor, pois representaria abusividade, com prejuízo ao consumidor. CUSTO ADMINISTRATIVO. Inconcebível a cobrança de percentual a título de custo administrativo sem a demonstração cabal da autoria do ato fraudulento e dos gastos específicos de ressarcimento, cuja extensão não pode ser presumida. Precedentes da Câmara. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. Não há como impor o parcelamento do débito ao devedor se a questão nem ao menos foi objeto de pedido específico na petição inicial. Inteligência do art. 314 do Código Civil. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70043404102, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 13/07/2011).

Benjamim assim versa:

Assim, de um lado, como direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor; seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, eficácia entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais) ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo, efeito dos direitos fundamentais entre um consumidor e um banco, conhecida pela expressão alemã *Drittwirkung*). (2011, p. 32)

O doutrinador Benjamim ressalta que o direito fundamental deve ser respeitado e estar de acordo com a lei infraconstitucional, assim como o CDC, sempre se observando os mandamentos constitucionais como o da dignidade da pessoa humana. (2011, p. 32)

Portanto, pelos exemplos e doutrina acima citados, o Poder Público competente ao impor cláusulas a contratos de adesão ou por meio de normas reguladoras deve observar o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a legislação consumerista, sob pena de nulidade ou ilegalidade de sua imposição. Dessa forma, compete, também ao Poder Judiciário a interpretação de normas ou cláusulas capazes de trazer prejuízos aos consumidores nitidamente vulneráveis na relação de consumo.

O mundo globalizado continua se desenvolvendo e a sociedade torna-se cada vez mais consumista. Torna-se necessária a intervenção do Estado, dessa forma a CF buscou assegurar a defesa do consumidor afirmando que este é detentor de direitos fundamentais e garantindo a defesa de seus direitos pela ordem econômica. Assim, o CDC é uma lei principiológica que visa a proteção do consumidor e equilíbrio nas relações de consumo, onde este é vulnerável frente ao fornecedor de produtos ou serviços. O estado possui poder normativo e regulatório, assim acaba por impor normas derivadas de seu poder competente, estas também podem ser declaradas nulas ou ilegais se contrárias ao ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar as cláusulas impostas pelo poder competente decorrente do intervencionismo estatal mediante estudo dos contratos de adesão, suas cláusulas contratuais e quando presente, o efeito da abusividade sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

No primeiro capítulo buscou-se analisar o CDC com destaque à sua base constitucional. Restando concluído que o poder constituinte, na forma da lei, buscou a proteção do consumidor auferindo a ele direitos e garantias fundamentais e sua proteção constitucional enquanto consumidor, não permitindo alteração normativa prejudicial na legislação consumerista.

As aceleradas transformações sociais influem na ordem econômica e conseqüentemente, obrigam o direito a se adequar as transformações sociais.

Pelo entendimento normativo e doutrinário, afirma-se que o CDC é um microssistema introduzido no ordenamento jurídico, minado de normas e princípios gerais que servem para interpretação e aplicação mais favorável à figura do consumidor dotado de reconhecida fragilidade frente à superioridade do mercado de consumo.

Buscou-se apresentar um rol de princípios no qual se destacam o princípio da transparência, lealdade, equidade, confiança e boa-fé. Dentre estes, destacou-se a boa-fé objetiva, presente no CDC e definida como “uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, afim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo”. (Marques, 2006, p. 127)

No segundo capítulo, abordou-se as relações de consumo e seu dinamismo, identificando e conceituando o consumidor, o fornecedor, o produto e o serviço. Nesta senda conclui-se que a busca pela proteção do consumidor se deu pela rápida evolução nas relações de consumo deixando o consumidor desprotegido diante das situações decorrentes do desenvolvimento. (Almeida, 2011, p. 19.).

Quanto ao consumidor, afirma-se que este é o elo mais fraco da relação de consumo, merecendo maior atenção estatal. Destacaram-se a teoria finalista com

critérios mais restritos ao conceituar o consumidor e a maximalista que como visto é muito ampla, assim, adota-se a teoria finalista moderada que em sua conceituação de consumidor leva em consideração a vulnerabilidade do sujeito a ser protegido.

No que tange a vulnerabilidade, importante destacar afirmação de Marques onde o “desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que esta na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente” (2006, p. 318). Ao reconhecer a posição de inferioridade do consumidor o Estado justifica a utilização de ferramentas com objetivo de equilibrar a relação de consumo.

No terceiro capítulo, versou-se sobre os contratos de adesão pela abordagem do seu contexto histórico decorrente da forte tendência da padronização dos contratos que, assim, acabam por acarretar uma economia administrativa e simplificação dos negócios.

Conclui-se que nos contratos de adesão as cláusulas são estabelecidas previamente pelo parceiro contratual mais forte, qual seja, o fornecedor de produtos ou serviços, sem possibilitar ao consumidor uma modificação relevante sobre as cláusulas nele impostas.

Abordou-se uma análise sobre a interferência estatal na plena autonomia da vontade e seu objetivo de equilibrar as relações contratuais. Nesta senda, afirma-se que o Estado exerce poder normativo, fiscalizador e regulador, podendo intervir nas relações entre particulares e entre particulares e o próprio Estado.

Importante destacar conforme afirmação de Grau, que os contratos são “instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes, mas também na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica” (2010, p. 93). Mediante seu poder competente, o Estado, impõe cláusulas a contratos de consumo a fim de adequar a vontade das partes conforme a lei.

O estatuto consumerista admite, como forma de contratação, entre outras, a verbal, escrita, correspondência e por adesão para a validade da relação jurídica de consumo. Verifica-se que os contratos de consumo, em especial os por adesão, podem conter cláusulas abusivas.

A abusividade se caracteriza pelo abuso de direito, desvio das finalidades sociais de um poder concedido a um agente, violação do princípio da boa-fé, ausência de razoabilidade e pela possibilidade de causar prejuízo ao consumidor (Marques, 2006, p. 899). Assim, o CDC afirma serem nulas de pleno direito as cláusulas elencadas em seu art. 51 em rol não exaustivo, bem como declara nulidade de cláusulas quando consideradas abusivas, ou seja, contrárias ao ordenamento consumerista.

Assim, a título de exemplificação, tornou-se necessária a abordagem de situações envolvendo cláusulas impostas pelo Estado, suas autarquias e agências reguladoras. Afirma-se que mesmo as cláusulas impostas pelo poder competente, quando abusivas, podem ser declaradas ilegais e incorrer nos efeitos da nulidade.

Portanto, conclui-se, com fundamento na doutrina e exemplos práticos da jurisprudência brasileira, que o Poder Público competente deve observar o ordenamento jurídico sob pena de ilegalidade ou nulidade de suas imposições. Dessa forma, afirma-se a competência do Poder Judiciário na interpretação de normas ou cláusulas capazes de trazer prejuízos aos consumidores nitidamente vulneráveis na relação jurídica de consumo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Resolução n. 414 de 09 de setembro de 2010. **Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada** Disponível em <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. Resolução n. 456 de 29 de novembro de 2000. **Estabelece, de forma atualizada e consolidada, as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica**. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 5 ed. revista, 2º tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. rev. atual. por Samantha Meyer-Plung. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; GRINOVER, Ada Pellegrini. Introdução: Visão Geral do Código. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 01-16.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual De Direito Do Consumidor**. 3. ed. revista. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual De Direito Do Consumidor**. 3. ed. revista. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 316-364.

BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. **Constituição Federal.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. Lei Federal n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. Lei Federal n. 11.785, de 22 de setembro de 2008. **Altera o § 3o do art. 54 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990- Código de Defesa do Consumidor- CDC, para definir tamanho mínimo da fonte em contratos de adesão.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 633.722** da 2º Turma, Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF 19 de dezembro de 2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 19 out. 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos Direitos do Consumidor: Da Política Nacional de Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 66-135.

_____. Dos Direitos do Consumidor: Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 21-65.

_____. **Manual de direitos do consumidor.** 10 ed. revista. ampl. sistem. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, Pedro Arruda de; FRANÇA, Ana Christina Moura Pinto (Revisora). **Contratos Atípicos: Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. 4 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: (Interpretação e crítica)**. 14 ed. revista e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual De Direito Do Consumidor**. 3. ed. revista. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80-107.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. Revista e Atualizada até a EC Nº 67 de 2010 e Súmula Vinculante 3. São Paulo: Atlas, 2011

NERY, Nelson Junior. Da Proteção Contratual: Dos Contratos de Adesão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 504-638.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2 ed. ver. modif. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação Cível Nº 70031872872**, da 2º Câmara Cível. Relator: Des. Arno Werlang. Porto Alegre, 11 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 19 out. 2013.

_____ . _____. **Agravo Nº 70041774035**, da. 2º Câmara Cível. Relator: Des. Denise Oliveira Cezar. Porto Alegre, 13 de abril de 2011. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 19 out. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível Nº 70045900016**, da 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Pedro Luiz Bossle. Porto Alegre, 14 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 19 out. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível Nº 70045038817**, da 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 14 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 19 out. 2013.

_____. _____. **Apelação Cível Nº 70043404102** da 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Almir Porto da Rocha Filho. Porto Alegre, 13 de julho de 2011. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 19 out. 2013.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 17 ed. rev. ampl. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, com colaboração do Desembargador e Professor Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 2006.