

O EQUILÍBRIO DO ESTADO NA PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR

EL BALANCE DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN CONTRATOS DE CONSUMO

Fernando Pereira Alqualo¹

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor expressamente preceituou que as normas de proteção e defesa ao consumidor são de ordem pública e de interesse social, inclusive no que tange as relações contratuais propriamente ditas. Por outro lado, não se pode olvidar a presença do Princípio da Autonomia Privada dos contratos, presente em nosso ordenamento jurídico. Em que pese a importante e necessária intervenção do Estado na proteção contratual do consumidor, surge a importância de identificarmos o ponto de equilíbrio do Estado na respectiva proteção, justamente em razão das enérgicas disposições contidas na Lei 8.048/90 nesse sentido. O problema não é de fácil deslinde, vez que o intervencionismo total do Estado na relação de consumo pode estagnar, ao passo que, por outro lado, o liberalismo pleno pode permitir um retrocesso ao próprio e tão importante direito conquistado no atual Estado Social de Direito.

PALAVRAS - CHAVE: Consumidor; Fornecedor; Equilíbrio Contratual; Princípios Contratuais; Boa-fé Objetiva.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Civil pela FGV – GVlaw. E-mail: fernando.alqualo@live.com.

RESUMEN

El Código de Protección al Consumidor preceituou expresamente que las normas de protección del consumidor y la defensa son de orden público e interés social, incluida la relativa a las propias relaciones contractuales. Por otro lado, no se puede olvidar la presencia del principio de la autonomía privada de los contratos, presentes en nuestro sistema legal. A pesar de la intervención importante y necesario en la protección contractual de los consumidores, viene la importancia de identificar el balance del estado de su protección, precisamente a causa de las disposiciones de la Ley 8.048/90 energéticas en consecuencia. El problema no es fácil de desenredar, ya que el total de la intervención del Estado en el proceso de consumo se estancará, mientras que por otro lado, el liberalismo completo puede permitir un retroceso a la propiedad y los derechos de importación conforme se devengan en el actual estado social de derecho.

PALABRAS-CLAVES: Consumidor; Proveedor; Equilibrio Contractual; Principios Contractuales; Buena fe objetiva.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor passou à condição de garantia fundamental da pessoa humana (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal). Seguindo o constituinte, o Código de Defesa do Consumidor expressamente preceituou que as normas de proteção e defesa ao consumidor são de ordem pública e de interesse social (artigo 1º, do Código de Defesa do Consumidor).

As proteções instituídas pelo sistema percorrem, desde os incentivos de políticas nacionais para a defesa do consumidor, até sua efetiva defesa em juízo, isto é, especificamente quanto ao trâmite processual, notadamente pela facilitação da prova em juízo.

Em que pese a relação contratual propriamente dita entre o consumidor e fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor é ainda mais protetivo, destinando, inclusive, um capítulo específico sobre o tema.

Tratando-se de normas cogentes, em algumas situações o Código impôs ao magistrado até mesmo a declaração de ofício, e em qualquer grau de jurisdição, a nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas.

Pelo próprio escopo do Código, inúmeras normas cuidam-se de “conceitos determinados”, não permitindo ao magistrado em muita ocasiões, diante a análise de um contrato, uma confortável liberdade em sua interpretação. Por outro lado, não se pode olvidar a existência da liberdade contratual (Autonomia Privada) em nosso ordenamento jurídico, presente nas relações contratuais em geral.

Destarte, em que pese a importante e necessária proteção contratual do consumidor, refletida em razão das enérgicas disposições contidas na Lei 8.048/90 nesse sentido, surge a importância, outrossim, de identificarmos o ponto de equilíbrio do Estado na respectiva proteção.

A proposta do presente estudo esta justificada sob esta ótica, com o fito de identificar até onde pode chegar a intervenção do Estado, através do Órgão-Juiz, nas relações contratuais dos fornecedores e consumidores controlando até mesmo a Autonomia Privada, atualmente denominado pela doutrina “Dirigismo Contratual”.

Quando se fala em equilíbrio, busca-se o ponto mais próximo da zona fronteira onde o magistrado poderá intervir na relação contratual, tomando por base, inclusive, as próprias disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, o que não é tarefa fácil por se tratar de um sistema protetivo.

Malgrado longe da realidade ideal, vinte anos após a criação do Código o consumidor encontra-se cada vez mais ciente dos seus direitos, notadamente com a informação e poder trazidos pela internet como, por exemplo, a existência de inúmeros sites de reclamações em favor do consumidor.

Em razão disso, poder-se-ia cogitar que com o passar dos anos o consumidor cada vez menos seria hipossuficiente e vulnerável frente ao fornecedor, se fazendo necessária uma releitura do Estado-Juiz sobre sua intervenção protecionista nas relações contratuais, consoante determinada o sistema, inclusive para coibir eventuais abusos de direito do consumidor cada vez mais bem informado.

De fato, o consumidor ainda merece a atenção do Estado em sua defesa, mormente por ser na quase totalidade das vezes a parte mais vulnerável na relação.

No entanto, com o advento do próprio Código acredita-se que o consumidor já obteve grande contribuição do Estado na sua proteção, eis que manifestadamente dotado de normas rígidas nesse sentido.

Portanto, necessário se faz nesse momento a identificação de razoáveis soluções jurídicas para que em algumas situações tal intervenção protecionista do Estado não se torne absoluta, ao ponto de mitigar a Autonomia Privada das partes envolvidas na relação de consumo.

Nesse sentido, no decorrer do presente artigo serão trabalhados implicitamente alguns questionamentos como: Há esquecimento da Autonomia Privada nos Contratos de Consumo? O consumidor informado e consciente na contratação efetivamente se vincula ao pacto? Na colisão de direitos do fornecedor e consumidor, deverá sempre prevalecer do consumidor? Há mecanismos legais para coibir eventuais abusos de consumidores? O Juiz pode deixar de observar algumas regras protetivas ou se trata de dever de ofício? Os direitos potestativos devem ser sempre respeitados, quaisquer que seja o caso?

O problema encontrado se refere justamente em saber qual seria propriamente o ponto de equilíbrio e o seu momento de imposição, diante do sistema protetivo e eventual peculiaridade do caso em concreto.

A título de ilustração para a necessidade desse ponto de equilíbrio, seria o exemplo de um consumidor que adquire um veículo via internet – o que é possível nos dias de hoje, utiliza-o incessantemente durante sete dias, inclusive com viagens, e, no último dia, suscita seu direito potestativo de arrependimento previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Desta feita, ao nosso sentir, em casos como o exemplo sobredito, imprescindível a ponderação do aplicador do direito quanto as cogentes normas protetivas ao consumidor, eis que, mesmo em análise superficial, se torna possível constatar que tal conduta desvirtua do escopo do próprio Código.

O método escolhido para esta pesquisa é o hipotético-dedutivo e o estudo bibliográfico e jurisprudencial, por meio do qual procurará demonstrar quais os instrumentos jurídicos a serem utilizados para a busca do equilíbrio na proteção do consumidor instituída pelo Estado.

1. A JUSTIFICATIVA DA TUTELA DO CONSUMIDOR

Reflexo da crescente produção industrial ocorrida ao longo dos anos, a sociedade contemporânea se caracterizou pelo consumo de massa, na qual inúmeros produtos e serviços

essenciais são diariamente despejados no mercado à disposição do consumidor, colocando-o em posição de maior vulnerabilidade.

Assim, a vulnerabilidade do consumidor foi exponencialmente aumentada em razão da extrema massificação da produção, distribuição e do consumo em geral, o que incluiu, por consequência, também a massificação dos contratos (contratos de adesão), levando o direito a se preocupar em criar uma tutela especial ao consumidor, aos “novos agentes econômicos prioritários deste mundo do ‘consumo’ e de ‘mercados globalizados’” (MARQUES, 2013, p. 48).

Nessa linha, a necessidade da tutela surgiu pelo reconhecimento da posição de inferioridade do consumidor em face do fornecedor, corolário novo quadro social e econômico de contratação de massa, ao passo que o Estado Social, abandonando sua posição de individualista adotada no Estado Liberal, passou a intervir na economia para garantir os interesses dos consumidores, justificando a tutela sobretudo pela “busca do equilíbrio entre as partes envolvidas” (ALMEIDA, 1993, p. 15)

Discorrendo sobre o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor², Newton de Lucca ensina que o dispositivo enumera aparentemente oito princípios que em tese justificam a criação do código, sendo, no entanto, a vulnerabilidade do consumidor o mais importante de todos deles, vez que certamente constitui “na pedra angular de toda a disciplina tutelar” (LUCCA, 2000, p. 51).

Daí porque o surgimento do princípio da harmonização dos interesses dos participantes (artigo 4º) das relações de consumo para tutelar a vulnerabilidade do consumidor, bem como viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, C.F.), sempre com base no equilíbrio contratual nas relações entre fornecedor e consumidor (LUCCA, 2000, p. 51).

Se há a consenso no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, originando a intervenção do Estado, naturalmente se faz necessária a harmonização dos participantes da relação em busca do equilíbrio entre consumidor e fornecedor, pois “nada mais justo e correto do que buscar o restabelecer equilíbrio perdido,

² “Art. 4 – 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 pelos seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

quer protegendo o consumidor, quer educando-o, quer fornecendo-lhe instrumentos e mecanismos de superação desses desequilíbrios” (ALMEIDA, 1993, p. 15).

Carlos Alberto Bittar ensina que de um lado a lei 8.078/90 visa resguardar a vida, a saúde e segurança do consumidor, bem como preservar seus interesses econômicos com uma contratação mais justa e adequada. De outro lado, possui também o aspecto repressivo na “tentativa de restabelecer, o quanto possível, o equilíbrio nas relações de consumo” (BITTAR, 1990, p. 7).

2. PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR

Já no início do século XIX a teoria geral dos contratos começa a passar por grandes transformações, sendo certo que o liberalismo contratual, predominante no antigo Estado Liberal, passa a perder espaço para a própria intervenção estatal.

O Estado deixa sua posição inerte e passa a intervir nos contratos dos particulares em favor da parte mais fraca, buscando um maior equilíbrio e justiça contratual na relação.

O contrato já não é mais visto como um instrumento absoluto que faz “*lei entre as partes*”, sendo certo que a vontade dos contratantes por si só, expressada no contrato, começa a ter um maior controle estatal em busca de outros valores, inclusive de solidariedade e dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do Consumidor teve enorme contribuição para as transformações dos paradigmas contratuais presentes no Estado Liberal, pois trouxe em seu texto normas de caráter cogente tais quais mitigaram o princípio da Autonomia Privada e do *Pacta Sunt Servanda*, quais analisaremos a seguir.

2.1. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Durante o Estado Liberal no século XIX, a Autonomia Privada era doutrinariamente denominada “Autonomia de Vontade”, pois se privilegiava a ampla liberdade de contratar das pessoas, entendendo o Estado que da própria vontade das partes emanava um contrato justo.

A Autonomia de Vontade desmembrava-se em duas liberdades: a *liberdade de contratar*, que possibilitava as pessoas escolherem com quem contratar e o momento mais

adequado para contratação; e a *liberdade contratual*, que possibilitavam as partes livremente formularem as condições do contrato. (SOBRAL PINTO, 2011, p. 268)

Como consequência da liberdade contratual, tínhamos a total obrigação dos contratantes pela palavra dada (*pacta sunt servanda*), eis que o contrato era celebrado livremente pelas partes “juízas de si mesma”, quais, gozando de plena autonomia, optaram por celebrá-lo (MACHADO DE MELO, 2011, P. 81).

O Estado Liberal privilegiava a liberdade individual e o direito à propriedade privada, sendo estes os principais interesses da burguesia e os fundamentos do Estado para a manutenção do sistema capitalista, vez que incentivava a circulação de riquezas pela segurança do contrato.

Assim, o Estado não intervinha nos contratos privados, deixando que as partes dispusessem livremente de acordo com as regras do mercado em geral. No liberalismo os holofotes eram para o individualismo, sem que houvesse, pois, a presença ou controle do Estado nas relações privadas.

Paulo Bonavides ensina que durante o Estado Liberal:

“[...] quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse” (BONAVIDES, 190, p. 31)

Com a substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, o Estado deixou de ser mero expectador do contrato e começou a intervir nas relações contratuais entre particulares, criando diversas disposições legais a fim de possibilitar tal controle. No Código Civil, importante foi o papel da função social do contrato instituída pelo artigo 421 do novo Código³.

A Autonomia de Vontade passou, então, a ser chamada de Autonomia Privada, quando os valores constitucionais e as normas de ordem pública do novo Estado Social passaram a limitar a vontade das partes contratantes. Nesse sentido, a Autonomia Privada pode ser definida como:

³ “Artigo 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

[...] poder reconhecido pela ordem jurídica o sujeito de direito para jurisdicizar sua atividade, realizando negócios e determinando efeitos. O negócio jurídico é o instrumento dessa autonomia, instrumento de colaboração entre os membros da sociedade e que, por isso, deverá estar adequado à vida social dos membros que dela participam. É a sociedade, conseqüentemente, o ordenamento que fundamenta a autonomia privada, porque é a sociedade que admite o negócio. (MACHADO DE MELO, 2011, P. 81, *apud* Antônio Junqueira de Azevedo *in* Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia, Estudos e pareceres de Direito Privado, p. 47-50).

Deve ser entendida, pois, como o princípio refletido pelo próprio direito positivo que reconhece eficácia jurídica da vontade dos sujeitos contratantes, podendo estes dispor livremente de acordo com seus interesses, desde que observados os limites impostos por todo ordenamento jurídico (MACHADO DE MELO, 2011, p. 81).

Pode-se dizer, portanto, que a Autonomia Privada ainda consiste no binômio da liberdade de contratar e liberdade contratual, sendo que nesta última o Estado exercerá um maior controle de acordo com a função social do contrato, calcada em todos os valores da atual perspectiva civil-constitucional.

Entretanto, oportuno salientar que a função social do contrato não veio a eliminar a Autonomia Privada, mas sim limitá-lo quando estiver em questão presentes interesses “metaindividuais” ou “relativos à dignidade da pessoa humana”, consoante dispõe o Enunciado 23 da IV Jornada de Direito Civil⁴.

A limitação da Autonomia Privada cuida-se, pois, do principal reflexo da denominada pela doutrina *nova teoria contratual*, na qual continuam a existir os princípios contratuais clássicos (autonomia da vontade, força vinculante – *pacta sunt servanda* e relatividade das convenções).

Todavia, referidos princípios agora devem ser analisados em diferente perspectiva, sob a ótica dos valores constitucionais da solidariedade social e proteção da dignidade da pessoa humana, convivendo com a função social do contrato, seu equilíbrio econômico e com a boa-fé objetiva dos contratantes (BESSA, 2013, p. 355), tal qual será analisada no tópico a seguir.

⁴ “23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 16/05/2014.

2.2. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Embora já decorrente da *nova teoria contratual* do Estado Social, o Código de Defesa do Consumidor trouxe o Princípio da Boa-fé Objetiva expressamente em seus artigos art. 4º, III, e art. 51, IV⁵, em enorme contribuição para a proteção contratual do consumidor.

A boa-fé no novo direito contratual, denominada pela doutrina como boa-fé objetiva, distingue daquela já conhecida do antigo sistema contratual, consistente da análise subjetiva do estado de consciência do agente quando da avaliação do seu comportamento (NEGREIROS, 2007, pag. 119).

Assim, para melhor entendermos a boa-fé objetiva, necessário fazer uma sucinta distinção da boa-fé subjetiva.

Podemos dizer que a boa-fé subjetiva está ligada diretamente à elementos psicológicos e, porquanto, intrínsecos do sujeito da relação jurídica. Denomina-se subjetiva, justamente porque deverá ser considerada a íntima intenção do indivíduo ou do seu estado psicológico, conforme nos ensina Judith Martins-Costa:

A expressão boa-fé subjetiva denota o estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411).

A boa-fé subjetiva apresenta a ideia de ignorância, isto é, a equivocada crença do seu direito ou desconhecimento da lesão ao direito de outrem. “A pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência” (NORONHA, 1994, p. 132).

A boa-fé objetiva, por sua vez, está relacionada com a honestidade e lealdade do sujeito, que deverão ser demonstrados através do seu comportamento. Cuida-se de um dever ético e de fidelidade à palavra, no sentido de não trair a confiança ou expectativa do outro (MARTINS-COSTA, 2000, p. 412).

⁵ 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.

Destarte, diferentemente da boa-fé subjetiva, não tem qualquer relação com o estado de consciência do sujeito ou sua noção de realidade sobre o direito. Caracteriza-se, pois, pelo agir de modo honroso com o outro, sem deslealdade, tomando por base as condutas do sujeito de acordo com os parâmetros de honestidade da sociedade, não frustrando a legítima expectativa do outro. Ou, nas palavras de Judith Martins-Costa:

Ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para os interesses do 'alter', visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Ai se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional (MARTINS-COSTA, 2000, p. 412).

No mesmo sentido, também são os ensinamentos da professora Cláudia Lima Marques:

Inicialmente, é necessário afirmar que a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas do patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada [...]. Boa-fé objetiva significa uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes (BESSA, 2013, p. 357, *apud*. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª ed., p. 181-182).

Sem maiores discussões, a doutrina elenca três principais funções do Princípio da boa-fé objetiva, quais sejam: a) função interpretativa no âmbito dos contratos; b) função restritiva ao exercício de direitos, coibindo o abuso; e c) função criativa de deveres anexos à prestação principal (TEPEDINO, 2006, p. 252).

A primeira função encontra-se positivada no art. 113 do Código Civil: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". Assim, exige que a interpretação do contrato seja realizada visando sempre o objetivo comum pretendido pelas partes (TEPEDINO, 2006, p. 252).

A segunda função encontra-se positivada no art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites

impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Consiste, pois, numa função com conotação negativa e restritiva na medida em que estabelece limites para o exercício dos próprios direitos (TEPEDINO, 2006, p. 252).

Por último, a boa-fé exerce função de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal, que são os deveres de lealdade, informação e transparência inerentes e implícitos no regulamento de interesses (TEPEDINO, 2006, p. 253).

À esta terceira função da boa-fé, também deverá ser observado o negócio caso a caso, pois, nas palavras de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

[...] seria um absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos de sua atividade econômica ou de sua vida privada. Assim, se é certo que o vendedor de um automóvel tem o dever – imposto pela boa-fé objetiva – de informar o comprador acerca de dos defeitos do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sua preferência partidária, sua vida familiar ou seus hábitos cotidianos (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003, p. 146).

2.3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Afora os mencionados princípios que norteiam toda a teoria geral dos contratos, especialmente aqueles previsto nos Código Civil⁶, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente mais três princípios que devem ser observados nas relações de consumo em proteção contratual do consumidor, São eles: Princípio da Transparência; Princípio da Interpretação mais Favorável ao Consumidor; e Princípio da Vinculação da Oferta.

Instituído pelo art. 4^a do Código de Defesa do Consumidor, o objetivo do *Princípio da Transparência* é a busca pela relação mais sincera possível e menos danosa entre consumidor e fornecedor, especialmente quando da fase negocial. Transparência pode ser entendida como informações claras e corretas prestadas pelo fornecedor ao consumidor, sobre o produto a ser vendido ou serviço que será prestado (MARQUES, 1992, p. 104).

⁶ Nesse sentido, o Enunciado 167 da IV Jornada de Direito Civil assim preceitua: “Com o advento da do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

Consequência do *Princípio da Transparência*, o art. 46 do Código de Defesa do Consumidor preceitua que os contratos que regulam a relação de consumo só vincularão o consumidor, se lhe for dada a oportunidade de prévio conhecimento do seu conteúdo, através de informações adequadas e claras, possibilitando a liberdade de escolha do consumidor consoante preceitua o mesmo código⁷.

Informações adequadas são aquelas de fácil entendimento e constatação pelo consumidor, apresentando-se concomitantemente completa e útil, isto é, buscando o efetivo entendimento do consumidor. Nas palavras de Herman Benjamin:

“[...] Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor (...). A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa” (REsp 586316/MG 2003/0161208-5; Relator(a): Ministro Herman Benjamin; J. em 17/04/2007; 2ª Turma; DJe em 19/03/2009)

Nessa ótica, quando da inobservância do dever de informação pelo fornecedor, o art. 46 do código prevê ao consumidor a possibilidade de requerer ao Juiz a liberação do vínculo contratual, isto é, gerando nulidade do contrato ou parte dele, bem como eventual direito de indenização pela falha na informação (DENSA, 2007, p. 125).

Por seu turno, pelo *Princípio da Interpretação mais Favorável ao Consumidor*, o juiz deve interpretar a cláusula contratual de maneira mais favorável ao consumidor quando forem incompatíveis entre si ou causarem dúvida quanto à sua interpretação (DENSA, 2007, p. 16).

No entanto, ainda que se deva *a priori* dar interpretação mais favorável ao consumidor, não há como negar a validade de uma cláusula expressa e de fácil verificação no contrato, que esteja, outrossim, em respeito com todo o sistema de proteção do consumidor⁸.

Por fim, o *Princípio da Vinculação da Oferta*, encontra positivado no art. 48 do Código de Defesa do Consumidor e dispõe que as “declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos”.

⁷ “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”

⁸ Nesse sentido: Recurso Especial nº 319707/SP, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, j. 07.11.2002, DJ. 28.04.2003.

Destarte, qualquer prévia oferta, apresentação ou publicidade realizada, também integrarão ao contrato, podendo o consumidor, havendo recusa do fornecedor, alternativamente e à sua escolha⁹, exigir o cumprimento forçado¹⁰, aceitar outro produto/serviço equivalente ou requerer a rescisão com a devolução de quantias mais perdas e danos.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques ensina que:

[...] com as mudanças introduzidas pelo CDC, a publicidade, quando suficientemente precisa, passará a ter efeitos jurídicos de uma oferta, integrando o futuro contrato. Isto significa que o fornecedor brasileiro deverá prestar mais atenção nas informações que veicula, seja através de impressos, propaganda de rádios, jornais e televisão, porque estas já criam para ele um vínculo, que no sistema do CDC será uma obrigação pré-contratual, obrigação de manter sua oferta nos termos que foi veiculada, e no caso de aceitação por parte do consumidor, de prestar contratualmente o que prometer ou sofrer as consequências previstas no art. 35. (MARQUES, 1998, p. 108)

3. A BUSCA PELO PONTO DE EQUILÍBRIO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, finalmente a defesa do consumidor passou à condição de garantia fundamental da pessoa humana (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal).

Seguindo o constituinte, o Código de Defesa do Consumidor expressamente preceituou que as normas de proteção e defesa ao consumidor são de ordem pública e de interesse social (artigo 1º, do Código de Defesa do Consumidor).

Especificamente quanto aos contratos, o Código de Defesa do Consumidor impôs o dever ao Estado-Juiz a intervenção em busca da proteção do consumidor, inclusive com a previsão da facilitação da sua prova em juízo¹¹.

⁹ “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

¹⁰ “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

¹¹ “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;”

De suma importância o papel do constituinte e legislador ordinário na busca de elevar o consumidor ao mesmo pé de igualdade do fornecedor, vez que, mormente pela massificação dos contratos tão presente no atual modelo socioeconômico, o consumidor acaba por ser consideravelmente a parte mais vulnerável na relação.

Todavia, elevada proteção conferida ao consumidor há de ser manejada e dosada pelo interprete sempre com olhar voltado ao principal escopo do Código, qual seja a busca pelo equilíbrio contratual e econômico nas relações de consumo, consoante estudado.

Em outras palavras, corolário da vulnerabilidade do consumidor – analisada no item 2, os mecanismos de defesa instituídos pela lei 8.078/90 a seu favor se deram na mesma proporção, tornando um poderoso instrumento aos operadores do direito na busca do pretendido equilíbrio, tal qual, se não utilizado corretamente no caso em concreto, pode dar azo a um retrocesso do instituto.

Teresa Negreiros adverte que, em nome na justiça contratual, os contratos e contratantes substancialmente diferentes sejam tratados de forma igual, porquanto a vulnerabilidade possui gradações bem distintas, que devem ser consideradas para se determinar o regime contratual (NEGREIROS, 2007, pag. 511).

Com base na própria Constituição Federal, Negreiros assevera que seria um retrocesso se todos os consumidores forem tratados da mesma forma, defendendo a Autora a necessidade a importância da criação de padrões de diferenciação quanto a vulnerabilidade do consumidor:

Com base na Constituição Federal, e considerada a extrema amplitude de categoria “consumidor”, afigura-se-nos pouco consistente que todos os consumidores sejam tratados da mesma forma – o que poderia representar, sob pretexto de uma maior justiça, um retrocesso da teoria contratual e um retorno à mística das categorias abstratas e redutoras. Hoje, ao contrário, avulta a importância da criação de padrões de diferenciação, por meio da consideração de vulnerabilidades especiais (NEGREIROS, 2007, pag. 511).

A despeito dos princípios e normas de ordem públicas previstas no Código de Defesa do Consumidor voltadas para a proteção do consumidor, não se pode olvidar que, de outro lado, está presente a Autonomia Privada, ainda presente na nova teoria contratual, conferindo às partes o direito a faculdade contratar e contrair obrigações.

De fato, pois, o problema proposto não é de fácil deslinde, vez que o intervencionismo total do Estado na relação de consumo pode estagnar, ao passo que, por outro lado, o

liberalismo pleno pode permitir um retrocesso ao próprio e tão importante direito conquistado no atual Estado Social de Direito.

Destarte, o que resta aos interpretes do direito é o consenso entre a autonomia privada – mas não só ela, a exemplo dos outros princípios - e a proteção contratual corretamente instituída pelo Código, sendo certo que o alcance deste equilíbrio se fará imprescindível quando da efetiva análise do caso em concreto.

Embora o Código de Defesa do Consumidor ainda seja novidade, se comparando com os demais ramos do direito, em algumas situações a Jurisprudência já atenta para a necessidade de se buscar o equilíbrio da instituída proteção legal.

Em outras situações, entretanto, os julgados veem decidindo de forma mais enérgica, rechaçando pleitos de consumidores que se valham da proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor para buscar interesses diversos ou escusos ao seu fim.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o direito ao consumidor que pretendia, com fulcro no Princípio da Vinculação da Oferta, adquirir veículo pelo preço bem inferior ao valor de mercado, bem como lhe aplicou multa de litigância de má-fé pela suposta utilização do processo para conseguir objetivo ilegal:

AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. ANÚNCIO DE VENDA DE AUTOMÓVEL VEICULADO EM JORNAL. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA AFASTADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DESVIRTUAMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTANTES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

A solução do caso em exame encontra guarida no princípio da boa-fé objetiva que deve permear todas as relações jurídicas já que referido paradigma significa agir com lealdade em atuação refletida, sem abuso da parte contrária como ocorrido no caso em exame.

LITIGANCIA DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO.

Reputa-se litigante de má-fé, aquele que usar do processo para conseguir objetivo ilegal. Aplicação das penas de litigante de má-fé com a condenação ao pagamento de multa prevista no artigo 18 do CPC no equivalente 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação nº 70011573078, 2005).

No aludido julgado, o tribunal entendeu que o pleito do consumidor não encontra respaldo no ordenamento jurídico porque dotada de má-fé, eis que pretende desvirtuar as normas do Código Defesa do Consumidor, ao revés do caminho da eticidade e em desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva que deve permear todas as relações contratuais. Nas palavras do Desembargador Relator Cláudio Filelis Faccenda:

“A pretensão do demandante não encontra guarida no ordenamento jurídico uma vez que é prenehe de má-fé.”

[...]

“Assim, em que pese as alegações doutrinárias do recorrente bem como as jurisprudências por ele colacionadas, tenho que aqui a solução da questão encontra guarida não somente nas normas do Código de Defesa do Consumidor, legislação avançada e que aqui me parece ter sido desvirtuada em seus princípios pelo demandante, mas sim na questão da eticidade e boa-fé que deve permear todas as relações jurídicas já que referido paradigma, além de estar positivado no CDC, também foi erigido no novo Código Civil e é um princípio maior que deve ser aplicado ao caso em exame.”

[...]

“no caso em exame, buscar as reais intenções do apelante ao postular a compra de um automóvel luxuoso pelo valor como ele mesmo disse ser, irrisório. A meu ver, a resposta não pode ser outra que não a má-fé, a busca por um enriquecimento ilícito, ou seja, locupletar-se ilicitamente.”

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹² também condenou por litigância de má-fé um consumidor que, valendo do seu direito de facilitação a prova, promoveu demanda de inexigibilidade de débito afirmado que não havia firmado o contrato que originou a dívida, no entanto, mesmo com a inversão do ônus probatório ao seu desfavor, o fornecedor logrou êxito em comprovar a assinatura do contrato pelo consumidor:

RESPONSABILIDADE CIVIL Pretensão de ver declarada a inexistência de dívida oriunda de compra a prazo Hipótese em que a fornecedora logrou êxito em demonstrar a relação jurídica que se negou Falta de impugnação específica no instante processual oportuno Recurso desprovido.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ Caracterização Consumidor que alterou a verdade dos fatos no intuito de usar do processo para conseguir objetivo ilegal, autêntico proceder temerário Inteligência do art. 17 do CPC Pena exigível a despeito da justiça gratuita Independência de causas. Sanção a se projetar, de modo solidário, por conta da direta violação aos deveres de lealdade e de boa-fé, sobre seu patrono, lídimo coadjuvante Inteligência do art. 14, II, do CPC Precedentes do STJ e desta Corte Recurso desprovido (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0177662-93.2010.8.26.0100, 2014).

Além da função de lealdade e transparência, estudamos que a boa-fé objetiva exerce também a função restritiva ao exercício de direitos, buscando coibir o abuso de direito de uma das partes contratantes.

¹² Nesse mesmo sentido: No mesmo sentido: (Apelação com Revisão nº 0029892-23.2009.8.26.0071; 7ª Câmara de Direito Privado; Relator Élcio Trujillo; V.U.; Julgado em 02/03/2011); (Apelação nº 0175376-45.2010.8.26.0100; 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; Relator: Ferreira da Cruz; V.U.; Julgado em 30/10/2013); (Apelação nº 9215175-82.2009.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; Relator: Nelson Jorge Júnior; V. U.; 20/03/2013); (Recurso Inominado Nº 71004769998; 4ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul; Relatora: Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe, Julgado em 28/03/2014).

Dessa forma, não se concebe a uma das partes contraentes a utilização de um direito previsto no ordenamento jurídico ou no contrato para obter objetivo escuso ou ilegal, eis que contrário aos deveres de condutas impostos pela boa-fé objetiva.

Ainda que reconhecidamente aquém do desejado, após vinte anos da criação do Código de Defesa do Consumidor, a política de conscientização do consumo começa a trazer mais informações ao consumidor dos seus direitos, inclusive com a divulgação realizadas pelos órgãos e institutos de defesa do consumidor.

O avanço na área da tecnologia em informação, trouxe grande facilitação à população ao acesso à rede mundial de computadores, onde é possível os consumidores utilizarem ferramentas de pesquisas sobre seus direitos, bem como lançarem reclamações em sites especializados a publicarem depoimentos de clientes insatisfeitos.

Entretanto, assim como em qualquer ramo do direito privado, nas relações de consumo a parte que exerce seu direito de forma manifestamente excedente aos limites impostos pelo seu fim comete ato ilícito configurando-se abuso de direito consoante preceitua o Código Civil¹³.

Dessa forma, o consumidor que se valendo de forma excedida, e porquanto abusiva, de um direito previsto no Código de Defesa do Consumidor, em hipótese alguma pode encontrar guarida no judiciário sobre os respectivos direitos.

Nesse contexto, por exemplo, o consumidor que publica reclamação na internet de forma manifestamente excessiva, esvaindo-se dos seus direitos de liberdade e expressão e informação aos demais consumidores, comete claro abuso de direito, surge o dever de indenizar o fornecedor:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CURSO PROFISSIONALIZANTE. INSATISFAÇÃO POR PARTE DO ALUNO. RECLAMAÇÃO PÚBLICA NA INTERNET. ABUSO DE DIREITO. EXCESSO DO RECLAMANTE. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. PEDIDO RECONVENCIONAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. O direito do consumidor quanto à manifestação de sua insatisfação quanto aos serviços prestados deve ser exercido com moderação e urbanidade, de modo a não atingir a honra, a dignidade e a imagem do prestador de serviços ou de seus prepostos. 2. Evidenciado nos autos que o réu, ao manifestar a sua insatisfação com os serviços prestados, excedeu em seus comentários, ofendendo a honra e a imagem dos autores, tem se por configurada o ato ilícito passível de justificar a sua condenação ao

¹³ “Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

pagamento de indenização por danos morais. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Apelação nº 705353, 2013).

No voto do aludido Acórdão, a Desembargadora Relatora Nídia Corrêa Lima, reconhece o direito de informação aos demais consumidores e a sua extrema importância, inclusive, para autocontrole do mercado quanto a qualidade dos serviços e produtos, todavia, assevera que o inconformismo foi exercido de maneira excessiva fora do escopo da lei acabando por atingir a honra e imagem do fornecedor. Oportuna a transcrição das palavras da relatora:

Assim como os fornecedores podem cadastrar os maus pagadores em bancos de restrição ao crédito - a fim de alertar os demais credores sobre o risco a que se sujeitam quando negociam com uma pessoa com histórico de inadimplência também há direito aos consumidores de se informarem quanto aos prestadores de serviços que deixam de cumprir suas obrigações.

[...]

O registro de reclamações nas redes sociais e em sites especializados virou uma importante ferramenta de autocontrole do mercado. Hoje, consumidores se informam mais antes de consumir e as empresas, preocupadas com a repercussão das reclamações publicadas pelos seus consumidores, se preocupam mais em solucionar voluntariamente os problemas causados por seus produtos ou serviços.

[...]

Ocorre que, no presente caso, a manifestação formulada pelo réu (fls. 41/42) evidencia inequívoco excesso de sua parte, visto que este não se limita a alertar os demais consumidores quanto à sua insatisfação com a qualidade do curso oferecido pela empresa autora.

[...]

Assim, entendo configurado o excesso por parte do réu/apelado, ao manifestar o seu inconformismo com a qualidade de um serviço que teria sido prestado, que atingiram a honra dos autores, mostrando-se cabível a indenização vindicada na inicial.

Com esse entendimento foi que o Tribunal de Justiça de São Paulo também condenou uma consumidora ao pagamento de indenização no valor de vinte mil reais por ter excedido o seu direito de manifestação via internet sobre a insatisfação dos serviços prestados:

EMENTA RESPONSABILIDADE CIVIL OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS Procedência - Dano moral decorrente de ofensas dirigidas pela ré, aos autores, veiculadas na internet Fixação em R\$ 20.000,00. Redução descabida. Autores, médico veterinários, que foram difamados de forma indiscriminada, pela ré (chamados de 'açougueiros', 'não saíram das fraldas', 'gentinha' - a eles atribuindo a morte de seu animal de estimação o que foi afastado pela perícia). Nexo causal estabelecido - Montante que se mostra apto a reparar o dano causado, sem ensejar o enriquecimento sem causa dos demandantes. Sentença mantida. Recurso improvido (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0048704-22.2009.8.26.0554, 2014).

Ao julgar o agravo de instrumento, deferindo em parte a tutela antecipada postulada nos autos referente ao aludido acórdão, a Turma Julgadora observou que as manifestações da consumidora tal qual como foram veiculadas excederam o objetivo legal da liberdade de expressão e direito de informação aos demais consumidores:

[...] há verossimilhança, na medida em que as matérias veiculadas em sites da internet extrapolaram o conteúdo informativo, utilizando expressões difamatórias em relação aos agravantes, por suposto erro médico cometido em tratamento dispensado ao cão da autora, fatos estes que ainda pendem de apuração (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº: 990.10.132458-0,2010).

Assim, se de um lado é garantido o direito constitucional de liberdade de expressão e o direito de informação previsto na lei 8.078/90, estes não são absolutos, devendo ser exercidos desde que não atinja a honra e a intimidade de outrem.

Ao buscar o equilíbrio na proteção contratual, a tarefa se torna ainda mais complexa quando o negócio não esteja eivado de má-fé ou abuso do consumidor, ou quando a boa-fé objetiva do fornecedor encontra-se presente no contrato de adesão.

Estudamos que, afora os princípios gerais que norteiam a teoria geral dos contratos, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente mais três princípios regem os contratos de consumo, dentre eles e mais importante para o presente trabalho, o *Princípio da Transparência*.

Entretanto, isso não significa dizer que a cláusula redigida em total observância aos princípios da transparência a isenta de qualquer caráter de abusividade, mesmo porque as cláusulas abusivas são àquelas, além das hipóteses previstas no rol exemplificativo do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor¹⁴, que não estejam de acordo com todo o sistema de proteção do consumidor, sendo dever do juiz declará-la de ofício e em qualquer grau de jurisdição (DENSA, 2007, p. 129-130).

O problema surge exatamente nesse ponto, onde o julgador necessariamente ficará entre o contrato que, mesmo sendo de adesão, encontra-se redigido com os deveres de informação e os demais direitos protetivos instituídos pelo código pela vulnerabilidade consumidor, inclusive quanto ao próprio contrato de adesão.

¹⁴ “Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:”

No entanto, de suma importância salientar que o contrato de adesão por si só não pode ser considerado abusivo, mesmo porque sua figura é prevista no próprio Código de Defesa do Consumidor na Seção III e far-se-á necessário a análise do seu conteúdo correlacionando com o caso em concreto para interpretação da sua abusividade:

“Enquanto não houver a manifestação de vontade do consumidor, o simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão não passa, na feliz expressão alemã, de um pedaço de papel (Stück Papier), mas se constitui em oferta geral e potencial. O consentimento do consumidor, a sua adesão, é que provoca o nascimento do contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes” (MARQUES, 1992, p. 33)

Leonardo Roscoe Bessa ensina que o Código de Defesa do Consumidor não vedou o contrato de adesão, todavia, preceituou regras que possibilite a alta compreensão do consumidor sobre seu teor para que o instrumento tenha validade e o vincule.

[...] o fornecedor deve cuidar para que o consumidor compreenda adequadamente seus direitos e obrigações decorrentes do vínculo contratual que será estabelecido a partir da assinatura do contrato de adesão. Ora, se o contrato é elaborado pelo fornecedor, sem possibilidade de alteração substancial do documento, é justo que o aderente (o consumidor) compreenda o conteúdo do contrato, conheça suas obrigações, saiba das consequências financeiras da assinatura do documento. Portanto, não se admitem contratos com letras miúdas, palavras e expressões complexas, fórmulas matemáticas para cálculo de juros, termos técnicos ou de difícil compreensão para o leigo, como “tabela Price”, “método hamburguês”, “reajuste pro rata die” etc. (BESSA, 2013, p. 363).

Destarte, pode-se concluir que o contrato de consumo, mesmo sendo de adesão, vincula o consumidor inteiramente em suas disposições, se todas forem lícitas e redigidas de acordo com os ditames previstos no Código de Defesa do Consumidor, notadamente quanto ao preceituado Princípio da Transparência.

Oportuno trazer a transcrição de voto, ocorrido em julgamento de caso análogo¹⁵, que muito bem elucida referida questão:

[...] Os contratos de adesão, amplamente utilizados em diversas relações cotidianas, não são por si só, ilegais ou abusivos, até porque expressamente previstos no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, devendo eles ser objetivos, claros, não gerarem dúvidas nem ambiguidades:
[...]

¹⁵ No mesmo sentido: Apelação nº 9242051-11.2008.8.26.0000; 3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; Relator: Ruy Coppola; Julgado em 14/11/2013.

Assim sendo, o apelante tinha pleno conhecimento das condições do negócio e aderiu de forma livre e consciente ao contrato firmado, não havendo qualquer irregularidade nos encargos estabelecidos entre as partes.

Também não há óbice à cobrança da taxa de emissão de carnê, uma vez que não foi demonstrada a sua abusividade e está expressamente prevista na cláusula 3.23.5 do contrato de arrendamento mercantil (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0023473-26.2010.8.26.0564, 2012).

Dessa forma, a abusividade determinada cláusula inserida no contrato de adesão não pode ser presumida pela simples natureza do próprio instrumento, sendo necessário, pois, a sua análise no caso em concreto defronte com os principais intuítos do Princípio da Transparência e direitos de informação insculpidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

[...] Por fim, entendo que assiste razão ao recorrente quando alega que a cobrança pelos diversos tipos de serviços bancários sob a forma de tarifas devidamente divulgadas e pactuadas com o correntista, desde que em conformidade com a regulamentação do CMN/BACEN, atende mais ao princípio da clara informação ao consumidor do que sua cobrança embutida na taxa de juros remuneratórios. As tarifas são pagas apenas pelo consumidor que pactuar cada um dos serviços prestados pelo banco. Já se o custo dos serviços bancários devesse integrar obrigatoriamente a taxa de juros remuneratórios, todos os tomadores de empréstimo pagariam pela generalidade dos serviços, independentemente de utilização. Assim, a discriminação dos encargos contratuais em nada onera o consumidor; ao contrário atende ao princípio da transparência e da informação (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.270.174–RS, 2012).

O melhor argumento que nos parece razoável é o fato do próprio Código de Defesa do Consumidor estatuir diversas proteções ao consumidor no contrato de adesão, dentre elas a necessidade do instrumento ter sido redigido com fonte não inferior ao corpo 12 (doze) e com relevante destaque nas cláusulas em que houver limitação de direito¹⁶.

Desta feita, uma vez cumpridas as regras impostas quanto ao contrato de adesão, imprescindível a análise mais cautelosa do aplicador do direito sobre a abusividade de determinada cláusula, mesmo porque, com o respeito do instrumento às conformidades estruturais impostas pelo artigo 54, certamente o grande passo para o integral cumprimento dos deveres de informação e transparência já foi dado pelo fornecedor.

¹⁶ 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.

Neste diapasão, oportuno salientar que o Superior Tribunal de Justiça¹⁷ já se posicionou até mesmo sobre a impossibilidade do Juiz reconhecer *ex officio* a nulidade de cláusulas contratuais entendida pelo magistrado como abusivas:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. DISPOSIÇÕES ANALISADAS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXAS. ABERTURA DE CRÉDITO. EMISSÃO DE CARNÊ. DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL. INEXISTENTE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. CUMULAÇÃO VEDADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Não cabe ao Tribunal de origem revisar de ofício cláusulas contratuais tidas por abusivas em face do Código de Defesa do Consumidor. 2. A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário e a vedação à cobrança das taxas denominadas TAC e TEC dependem da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual [...] (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1061477/RS, 2010)

Com relação à esse aspecto, muito embora o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tenha de certa forma o intuito de buscar o equilíbrio defendido no presente trabalho, ousamos divergir do entendimento adotado pela Corte.

No que tange aos contratos bancários de adesão, o Superior Tribunal de Justiça foi ainda mais rigoroso, editando a Súmula 381¹⁸ que veda ao magistrado conhecer de ofício as cláusulas contratuais abusivas.

A razão do nosso diverso entendimento calca-se no fato do código expressamente prever em seu artigo 1º¹⁹ a natureza de ordem pública das suas normas que, assim sendo, impõe ao magistrado o dever de declarar de ofício e em qualquer grau de jurisdição cláusulas contratuais manifestamente abusivas. A esse respeito, muito bem salienta Nelson Nery Júnior:

Sendo matéria de ordem pública (art. 1º CDC), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nos contratos de consumo não é atingida pela preclusão, de modo que pode ser alegada no processo a qualquer tempo e

¹⁷ Nesse mesmo sentido: Ag 1.332.507/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sansaverino, DJe 23/11/2011; REsp 1.301.337/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 17/04/2012; REsp 1.278.902/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 16/04/2012; AREsp 143.285/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 13/04/2012; REsp 1.255.981/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 10/04/2012; REsp 1.306.972/RS, Rel. Maria Isabel Gallotti, DJe 02/04/2012; REsp 1.301.907/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 17/04/2012; AREsp 1.736/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 10/04/2012.

¹⁸ “Súmula nº 381 - Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

¹⁹ “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.”

grau de jurisdição, impondo-se ao juiz o dever de pronunciá-las de ofício. Aplicam-se, por extensão, o §3º do art. 267, o §4º do art. 301 e o art. 303, todos do CPC. (NERY, 2004, P. 561)

Parece-nos, pois, no que tange especificamente à esse aspecto processual, que o Superior Tribunal de Justiça superou o incontestável caráter cogente da norma na ânsia de buscar o equilíbrio na relação contratual, entendimento tal qual, paradoxalmente, acaba por limitar o poder do magistrado em justamente o equilíbrio do contrato em prol do consumidor vulnerável na relação *sub judice*.

CONCLUSÃO

Dentre todos os princípios que justificam a criação do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da vulnerabilidade do consumidor é sem dúvida o mais importante de todos deles, sendo, aliás, primordial para efetivação do princípio da harmonização dos interesses dos participantes, sempre com a busca do equilíbrio contratual nas relações entre fornecedor e consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, pois, foi fruto de um longo processo histórico, acentuado pela da Revolução Industrial, que gradativamente acabou por colocar o consumidor em exacerbada posição de vulnerabilidade nas relações contratuais frente ao fornecedor, mormente massificação dos contratos que doutrinariamente denominou-se contrato de adesão.

Destarte, o Código foi criado com o nítido intuito de restabelecer o equilíbrio contratual (econômico e jurídico) entre consumidor e fornecedor, em razão da manifesta vulnerabilidade do consumidor nas relações comerciais de massa.

Nesse sentido, a Autonomia Privada e *pacta sunt servanda*, não deixaram de existir nos contratos de consumo, mas apenas e tão somente passaram a conviver com a boa-fé objetiva, a função social do contrato e seu equilíbrio econômico, corolários da *nova teoria contratual* e advento do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, o Contrato de Adesão que respeita os ditames previstos na lei 8.078/90, tais como o Princípio da Transparência e a informação adequada, vincula inteiramente o consumidor em suas disposições, se não consideradas ilícitas ou abusivas, ficando o consumidor, por conseguinte, sujeito a todas as penalidades previstas na legislação ou no contrato em havendo hipótese de inadimplemento.

O melhor argumento é o fato do próprio Código de Defesa do Consumidor estatuir diversas proteções ao consumidor no contrato de adesão, a exemplo da necessidade do instrumento ter sido redigido com fonte não inferior ao corpo 12 (doze) e com relevante destaque nas cláusulas em que houver limitação de direito (artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor).

Nesse passo, uma vez cumpridas as regras impostas quanto ao contrato de adesão, imprescindível a análise mais cautelosa do aplicador do direito sobre a abusividade de determinada cláusula, mesmo porque, com o respeito do instrumento às conformidades estruturais impostas pelo aludido artigo 54, certamente o grande passo para o integral cumprimento dos deveres de informação e transparência já foi dado pelo fornecedor.

Corolário da exacerbada e justificada proteção instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, o aplicador do direito deve permanecer sempre atento, devendo necessariamente se submeter a análise cuidadosa do caso em concreto, sempre com os olhos voltados ao equilíbrio contratual, ponderando, para tanto, a real vulnerabilidade do consumidor *sub judice*.

Por outro lado, o consumidor que se utiliza das proteções instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor para fins escusos ao seu fim - equilíbrio nas relações em razão vulnerabilidade, não pode carecer de amparo do Poder Judiciário.

Pelo contrário, deverá necessariamente ser punido com todos os consectários legais, inclusive multa por litigância de má-fé que, embora se trate de ferramenta processual, decorre da quebra da cláusula geral da boa-fé objetiva do próprio contrato de consumo. O mesmo deve ocorrer com seu causídico que o patrocina nesse sentido.

Nesse caso, cabível em favor do fornecedor a aplicação da boa-fé objetiva, eis que também possui função criadora de deveres anexos à prestação principal, que são os deveres de lealdade, informação e transparência, todos inerentes e implícitos no regulamento de interesses na conduta do consumidor.

De igual modo, o consumidor que extrapola na utilização dos seus direitos previstos no ordenamento jurídico, comete abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil, sujeitando-se ao pagamento de indenização pelos danos que deu causa ao fornecedor.

Na aludida hipótese, a boa-fé objetiva exercerá sua função com conotação negativa, controladora e restritiva de direito, na medida em que estabelece limites para o exercício dos próprios direitos pelo consumidor.

Sustentamos inicialmente a necessidade da busca de equilíbrio na proteção contratual do consumidor, pelo fato, dentre outros, do Código de Defesa do Consumidor dispor de normas protetivas de caráter cogente, assim expressamente reconhecidas pelo seu artigo 1º, e porquanto de aplicação *ex officio* pelo magistrado em qualquer grau de jurisdição, consoante estabelece as regras mais comezinhas de processo civil.

Todavia, no que tange aos contratos bancários de adesão, constatou-se que o Superior Tribunal de Justiça editou Súmula de número 381 vedando expressamente ao magistrado conhecer de ofício as cláusulas contratuais consideradas abusivas.

Parece-nos, pois, no que tange especificamente à esse aspecto processual, que o Superior Tribunal de Justiça superou o incontestável caráter cogente da norma na ânsia de buscar o equilíbrio na relação contratual, entendimento tal qual, paradoxalmente, acaba por limitar o poder do magistrado em justamente o equilíbrio do contrato em prol do consumidor vulnerável na relação *sub judice*.

Em suma, concluímos que os direitos dos consumidores se limitam aos direitos dos fornecedores no caso em concreto quando aqueles se esvaírem, mesmo que minimamente, do escopo principal do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo da vulnerabilidade que deve se limitar ao resguardo da harmonia ou equilíbrio das negociações em geral.

Desta feita, não é demais acreditar que, pelo o crescente número de abuso ou má-fé dos consumidores, tão logo ocorrerá inovações quanto à essencial interpretação do Código de Defesa do Consumidor, pelo que se conclui, por derradeiro, que a busca do pretendido ponto de equilíbrio sempre variará continuamente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, 2ª. Edição. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, 1ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*/Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.270.174-RS; *Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti*, Julgado em 10/10/2012, Brasília.

BRASIL. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1061477/RS*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, Brasília.

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

DISTRITO FEDERAL, Apelação nº 705353, *Rel. Des. Nídia Corrêa Lima*, Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, julgado em 14/08/2013, Brasília.

LUCCA, Newton De. *Direito do Consumidor: Aspectos Práticos. Perguntas e Respostas*. 2ª Edição. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. *Teoria Geral dos Contratos*. Coordenação de Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O Novo Regime das Relações Contratuais, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *A Boa-fé como Parâmetro da Abusividade no Direito Contratual*. In Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil e legislação extravagante anátados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente*. In Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação nº 70011573078, *Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda*, Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, julgado em 01/06/2005, Porto Alegre.

SOBRAL PINTO, Cristiano Vieira. *Direito Civil Sistematizado*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; 2011.

SÃO PAULO. Apelação nº 0177662-93.2010.8.26.0100, *Rel. Des. Ferreira da Cruz*, Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, julgado em 12/02/2014, São Paulo.

SÃO PAULO. Apelação nº 0048704-22.2009.8.26.0554, *Rel. Des. Salles Rossi*, Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, Julgado em 26/03/2014, São Paulo.

SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº: 990.10.132458-0, *Rel. Des. Salles Rossi*, Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, Julgado em 19/05/2010, São Paulo.

SÃO PAULO. Apelação nº 0023473-26.2010.8.26.0564; *Rel. Des. Hamid Bdine*; Trigésima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, Julgado em 06/09/2012, São Paulo.

TEPEDINO, Gustavo. *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*. In Temas de Direito Civil. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____ e SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.