

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

CEILDO BENÍCIO DE ARAÚJO

CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE ADESÃO

Campina Grande - PB
2015

CEILDO BENÍCIO DE ARAÚJO

CLAÚSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE ADESÃO

Trabalho Monográfico apresentado como requisito para conclusão de curso de bacharelado na Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior Reinaldo Ramos.

Orientador: Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul

Campina Grande
2015

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

A663c Araújo, Ceildo Benício de.

Cláusulas abusivas no contrato de adesão / Ceildo Benício de Araújo. – Campina Grande, 2015.

44 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul.

1. Direito do Consumidor. 2. Contratos de Adesão - Cláusulas Abusivas. I. Título.

CDU 346.548(043)

CEILDO BENÍCIO DE ARAÚJO

CLAÚSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE ADESÃO

Aprovada em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul

Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
(Orientador)

Profº Esp. Vyrna Lopes Torres de Farias Bem

Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
(1º Examinador)

Prof. Msc. Rafael Vieira de Azevedo

Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para o presente trabalho.

Agradeço ao meu orientador Profº Rodrigo Araújo Reul, que se mostrou sempre atencioso e disposto a me auxiliar neste estudo.

Agradeço a banca examinadora, por se disporem a examinar esta pesquisa.

Agradeço a todos os meus familiares e aos meus colegas de turma que me acompanharam nessa trajetória durante cinco maravilhosos anos.

Não concordo com uma só palavra do que dizeis,
mas defenderei até a morte vosso direito de dizê-lo.

(Voltaire)

RESUMO

O trabalho em tela vai explanar o estudo das cláusulas abusivas no contrato de adesão, fazendo inicialmente um breve estudo sobre o contrato de adesão, correlacionando-o com o código civil e o código do consumidor. Em seguida tratarei das cláusulas abusivas do contrato de adesão de acordo com o Código de defesa do consumidor, com a doutrina e jurisprudência, analisando suas características e espécies. Vivemos, cada vez mais, em uma sociedade consumista e imediatista, onde as necessidades por novos bens de consumo se renovam cada vez mais rápidas. O consumismo atual vai das necessidades mais básicas às mais fúteis, visto que o consumo é uma atividade inerente ao ser humano. O Êxodo rural culminou no inchaço das cidades e gerou a necessidade de produção em larga escala com grande rapidez. A necessidade de realizarem-se contratos para a negociação desses bens de consumo faz com que consumidores e fornecedores criem métodos mais ágeis de negociação, podendo, por meio dessas práticas, causarem prejuízos ao consumidor, que é parte vulnerável da relação de consumo. Como é sabido, os contratos precisam obedecer a sua função social, evitando desvantagens extrema para uma das partes ou vantagens excessivas para outra. É então que surge o Código de defesa do Consumidor, que visa resguardar a igualdade entre fornecedor e consumidor e combatendo, principalmente, as cláusulas abusivas.

Palavras chave: Cláusulas abusivas. Contrato de adesão. Direito do Consumidor. Consumidor.

ABSTRACT

The Working screen will Explain the Study of unfair terms in the accession agreement, Making initially hum brief Study of the membership contract, correlating it with the Civil Code, E o Consumer Code. Next treat on unfair terms do adhesion contract of the agreement with the Consumer Protection Code, the Doctrine and Jurisprudence, analyzing ITS features and species. we live , Each More, Time in a consumerist society and immediacy, Where as IN Needs New Consumer Goods is renewed each ten Faster. The Current consumption will of Basic Needs More aces More futile, since May the consumer and a inherent Activity By Being human. The rural exodus not culminated inxaço of Cities and generated a need for large-scale production and Faster possible. The need to carry out is a paragraph Contracts Negotiation Of those Consumer Goods How Do Consumers and vendors to create methods More Ageis Trading and may through these practices, losses cause Consumer, which is vulnerable part of consumption .As ratio E known, Contracts must obey the Social Role of Contracts avoiding extreme disadvantages of paragraph one or contradictory excessive Advantages Another paragraph. and then rise to the Consumer Protection Code, since que safeguard equality between supplier and consumer and fighting mainly as abusive clauses.

Key words: Abusive clauses. Adhesion contract. Consumer Law. Consumer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 CONTRATO DE ADESÃO.....	11
1.1 CONCEITO.....	11
1.2 EVOLUÇÃO CONTRATUAL: DO SURGIMENTO DOS CONTRATOS A MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL	12
1.2.1 Contratos no Direito Romano.....	12
1.2.2 Contratos no Direito Frances.....	13
1.2.3 Contratos no direito Alemão.....	13
1.2.4 Contratos no Brasil e a previsão de contratos em massa.....	14
1.3 PREVISÃO NORMATIVA DO CONTRATO DE ADESÃO.....	14
1.4 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE ADESÃO.....	15
1.5 CONTRATO DE ADESÃO <i>versus</i> CONTRATO-TIPO.....	17
1.6 CONTRATO DE ADESÃO <i>versus</i> CONTRATO COM CLÁUSULAS GERAIS.....	17
1.7 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE ADESÃO.....	17
1.8 INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO.....	18
1.9 ELEMENTOS DO CONTRATO DE ADESÃO.....	19
1.9.1 Elementos essenciais.....	19
1.9.2 Elementos acidentais.....	20
2 CLÁUSULAS GERAIS INDENTIFICADORAS DE ABUSIVIDADE.....	21
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE ADESÃO	21
2.1.1 Cláusulas gerais para identificação de abuso nos contratos de adesão.....	21
2.1.2 Cláusula geral da boa-fé objetiva.....	22
2.1.3 Cláusula geral de lesão enorme.....	23
2.1.4 Cláusula geral da Equidade.....	24
3 CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	25
3.1 CONCEITO.....	25
3.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS, ARBITRÁRIAS E LEONINAS.....	26
3.3 CARACTERÍSTICAS DAS CLAUSULAS ABUSIVAS.....	27
3.3.1 Nulidade absoluta.....	27
3.3.2 Imprescritibilidade.....	28
3.4 ESPÉCIES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	28
3.4.1 Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor.....	29
3.4.2 Subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga.....	29
3.4.3 Transferência de responsabilidade a terceiros.....	30
3.4.4 Obrigações iníquas e desvantagem exagerada.....	30
3.4.5 Inversão do ônus da prova.....	32
3.4.6 Determinação compulsória da arbitragem.....	33
3.4.7 Imposição de representante jurídico.....	33
3.4.8 Permita a conclusão do contrato pelo fornecedor.....	34

3.4.9	Permita ao fornecedor, de forma direta ou indireta, variação de preço unilateralmente.....	34
3.4.10	Que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, quando o mesmo direito não é dado ao consumidor.....	35
3.4.11	Que obriguem o consumidor a ressarcir os custos da cobrança.....	35
3.4.12	Que autorize o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou qualidade do contrato, após sua celebração.....	36
3.4.13	Clausulas que infrinjam ou possibilite a violação de normas ambientais.....	36
3.4.14	Que estejam em desacordo com o direito do consumidor.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....		38
REFERÊNCIAS.....		40

INTRODUÇÃO

O atual mundo globalizado e imediatista exige uma agilidade e uniformidade na maioria dos produtos e serviços, e no campo do Direito, mais especificamente na seara contratual, não foi diferente. Para atender a demanda de centenas ou até milhares de consumidores de um determinado serviço, muitas empresas tem adotado um contrato padrão, chamado de contrato de adesão, diminuindo o tempo na elaboração de novos contratos.

Contrato de adesão é uma espécie de contrato de massa, onde suas cláusulas são pré-elaboradas por uma partes e a outra parte apenas adere ou não a tal contrato, não podendo discutir as cláusulas essenciais, mas em alguns casos podendo adequá-las ao caso concreto, no entanto aderindo em bloco ao contrato.

Os contratos em massa simplificam a vida de muitos fornecedores consumidor, visto que neles já se encontram as cláusulas gerais do contrato, de forma uniforme e predeterminado e que o aderente não pode discuti-las, bastando apenas que o consumidor assine. O problema acontece quando esse contrato vem acompanhado de cláusulas abusivas e que só são identificadas após a realização do contrato, colocando o consumidor em situação de extrema desvantagem.

Um instrumento que até então servia de auxilio nas relações de consumo, passou a ser tratado com certa negatividade, visto que para a nossa legislação o consumidor, em regra, será tratado como um ser hipossuficiente, pois a grande massa da sociedade não possui conhecimento jurídico para interpretar as cláusulas contratuais, além de aderirem a determinado serviço por necessidade, principalmente quando só existe um fornecedor para aquela demanda.

O instituto das cláusulas abusivas passou a ser duramente combatidas com o advento do código de defesa do consumidor – lei nº 8078/1990- e a busca pela proteção ao consumidor tornou-se cada vez mais o objetivo do Estado.

O trabalho em tela visa fazer um estudo das cláusulas abusivas no contrato de adesão, mostrando quais clausulas são mais comuns e como combatê-las, quais as características destas e fazendo um breve estudo sobre o contrato de adesão, trazendo algumas jurisprudências e estudos sobre o tema de modo a enriquecer o trabalho.

Na primeira parte do trabalho será apresentado um estudo a cerca do contrato de adesão, trazendo suas características principais, conceito e forma de interpretação, com vistas a embasar nosso estudo para melhor compreender as cláusulas abusivas. Farei um breve comentário sobre as figuras dos consumidores e fornecedores para que não haja dúvidas de quem recebe e presta os serviços contratados.

O trabalho é predominantemente bibliográfico, utilizando-se do método dedutivo e comparativo. A realização desse estudo foi feita com base de análise da legislação, jurisprudências, resumos e fichamentos. A utilização de doutrina e jurisprudência foi uma fonte de suma importância nessa pesquisa.

O tema em estudo foi motivado pelo crescente número, em nossa sociedade, de contratos de adesão que trazem em seu texto cláusulas abusivas e prejudiciais ao consumidor e pela notória falta de conhecimento da população que muitas vezes as cláusulas que constam nos contratos de adesão são ilegais e abusivas.

O objetivo geral do trabalho monográfico é fazer um panorama dos contratos de adesão e das cláusulas abusivas, trazendo conceitos e posicionamentos dos mais renomados doutrinadores acerca do assunto.

O objetivo específico é fazer um estudo mais aprofundado das modalidades de cláusulas abusivas, mostrando suas principais características e exemplificando alguns casos para melhor compreensão.

Para melhor didática, esse estudo está desenvolvido em três capítulos, o primeiro trazendo um estudo sobre o contrato de adesão e suas principais características, o segundo a um aprofundamento no Direito do Consumidor ao tratar das cláusulas gerais identificadoras de abusividade. No terceiro capítulo será o ápice do trabalho ao tratar as cláusulas abusivas no contrato de adesão.

1 CONTRATO DE ADESÃO

1.1 CONCEITO

O contrato de adesão é um reflexo da sociedade de consumo imediatista, sendo assim, um contrato em massa, onde uma das partes, geralmente o fornecedor, redige as cláusulas contratuais previamente e a outra parte adere em bloco sem poder questionar as cláusulas substanciais, ou seja, aquelas que sejam a base do negócio jurídico celebrado.

Quanto a nomenclatura, alguns países adotam uma terminologia diferente, mas que o significado é o mesmo. Na doutrina Germânica se utiliza a expressão “condições gerais do contrato”, remetendo a idéia de que o contrato de adesão é sim um conjunto de condições imposta por uma das partes. Para a doutrina Francesa, o contrato em estudo é tratado como “contrato de adesão” e que foi adotado aqui o Brasil.

Outra característica marcante do contrato de adesão é que a parte que adere não pode aceitar uma parte das cláusulas e rejeitar outras, o contrato deve ser celebrado globalmente para que possa obedecer ao princípio da igualdade, visto que um contrato elaborado para a coletividade não pode ser modificado para satisfazer interesses pessoais de uma única pessoa.

É perceptível que o contrato de adesão é um fenômeno social e até mesmo uma necessidade do mercado e que acontece nas sociedades em geral. Isso porque uma empresa que fornece um produto e milhares de fornecedores levaria um tempo imensurável ao redigir um contrato específico para cada um deles, sendo assim, elabora-se um contrato geral e abstrato com o intuito de ser um instrumento de agilidade.

Para tratar da evolução do contrato de adesão observa-se:

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados contratos de massa, destacaremos, neste estudo, os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais.(MARQUES, 1998, p. 20).

A autora ainda destaca que não necessariamente o contrato de adesão necessita ser escrito, podendo ser realizado de forma oral, até por ser esse um método atualmente muito utilizado por vias telefônicas e ser mais um instrumento de agilidade das negociações.

Tartuce (2014), afirma que o foco principal do contrato não é o patrimônio, mas sim a pessoa que contrata. Por esta razão, é possível modificar o contrato de adesão para atender a uma necessidade especial, desde que essa mudança não mude a substancialidade do contrato.

Para ilustrar alguns exemplos de contrato de adesão, Orlando Gomes (1995), enumera brevemente algumas espécies de contratos que podem, dependendo da grande massa a quem são produzidos, se encaixar no contrato de adesão, analisemos:

Enumeração completa dos contratos de adesão não seria possível, nem útil, até porque, segundo feliz expressão, são moeda corrente na vida moderna. Contudo, interessa registrar os mais comuns: o contrato de seguro, o de transporte, os de fornecimento de luz, fora, gás e água, prestação dos serviços de telefones e telégrafos, determinados contratos bancários, contratos de direito marítimo e venda de certas mercadorias. O contrato de trabalho nas empresas de grandes dimensões realiza-se por adesão e regulamento ditado pelo empregador ou resultante de convenção com o próprio pessoal, ou ainda pelas associações profissionais representativas das categorias a que pertencem os interessados em sua conclusão (GOMES, 1995, p. 30).

1.2 EVOLUÇÃO CONTRATUAL: DO SURGIMENTO DOS CONTRATOS À MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL

1.2.1 Contratos no Direito Romano

Segundo Venosa (2013, p. 382) o contrato nasceu na civilização romana como uma forma de convenção entre pessoas, não necessariamente para uma troca de bens. Quanto a nomenclatura, *contractus*, ou convenção são tidos como sinônimos, mas não podemos confundir com pacto, pois este, no direito romano, é apenas uma derivação do contrato, estando mais relacionado as cláusulas do contrato do que o contrato em si.

Como herança do período Justiniano, a mera convenção entre duas pessoas não era suficiente para contrair obrigações e exigi-las juridicamente. Para que o contrato tivesse força jurídica era necessária uma solenidade e certas formalidades.

Com a queda do Império Romano, toda sua evolução jurídica cai juntamente. (ITURRASPE, 1988, p.25 *apud* VENOSA 2013, p.383) descreve com maestria essa transformação jurídica.

Quando da queda do domínio romano, o Direito Germânico é um direito menos avançado que o Direito Romano, estando dominado pelo simbolismo. Para se obrigar, há necessidade de um ritual. Esse procedimento simbólico conserva-se até a alta Idade Média.

1.2.2 Contratos no Direito Francês

Os contratos não nasceram no direito francês, mas é unânime entre os doutrinadores que o ápice da evolução contratual foi no direito francês, principalmente após a Revolução Francesa. Isto porque a luta pelo direito à propriedade se tornou o objetivo principal dos franceses, o que se efetivaria através do contrato. A aquisição da propriedade efetivada pelo contrato era a marca da Ascensão burguesa.

Outra característica marcante dos contratos no direito francês é sua rigidez, pois para tal sociedade o contrato vale como lei. Além do mais, o contrato servia de transferência dos direitos reais, pois tratava-se de uma forma de circulação de riquezas.

1.2.3 Contratos no Direito Alemão

Talvez por ter sido criado em um momento histórico diferente, o contrato no direito Alemão foi mais evoluído do que no Direito Francês, e serviu de modelo para o nosso sistema jurídico de 1916. Fazendo um contraponto com o direito Francês, o contrato no direito Alemão é apenas uma espécie de negócio jurídico, com este não se confundindo e não sendo suficiente para a transferência da propriedade.

Quanto a ligação entre contrato e negócios jurídicos no Direito Alemão, Venosa (2013, p. 381) traz a seguinte informação:

Nesse sistema prepondera o elemento vontade, elemento básico da definição. Assim, toma-se inimaginável o estudo do contrato sem o estudo prévio da teoria geral dos negócios jurídicos (e, naturalmente, a exata conceituação de fato jurídico, ato jurídico e ato ilícito).

1.2.4 Contratos no Brasil e a previsão de contratos em massa

No Brasil, o contrato já era previsto no código civil de 1916 e continuou no código de 2002, mantendo a idéia de pacto de vontades e a boa-fé entre os contratantes. Como fomos influenciados pelo modelo Alemão contratual, no nosso ordenamento jurídico o simples contrato não transfere a propriedade.

O contrato no Brasil evoluiu conforme a sociedade evoluía. Ao passo que nossa sociedade foi se industrializando, a legislação contratual foi se adequando a nova estrutura comercial, pois passamos de uma sociedade que até no início do século XX era agrícola e passou a ser industrial/Empresária, onde cada vez mais necessita de instrumentos como contratos para agilizar as negociações.

A constituição brasileira de 1988 foi, sem dúvidas, um marco para a legislação contratual e consumerista, pois ela trouxe ao nosso ordenamento o direito do consumidor, que foi um grande avanço legislativo e protetivo aos consumidores, que até então pouco amparo tinha, e colocou nossa legislação como uma das mais modernas do mundo em termos de proteção ao consumidor.

Foi então com o Código de defesa do Consumidor, lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que passamos a regular a contratação em massa, mais especificamente o contrato de adesão, atendendo assim, a uma evolução da sociedade consumerista e das mudanças trazidas com a Revolução Industrial.

1.3 PREVISÃO NORMATIVA DO CONTRATO DE ADESÃO

O contrato de adesão é tratado tanto no código civil quanto no código de defesa do consumidor. Apesar de o código civil está em grau de hierarquia igual ao CDC é o código de defesa do consumidor que traz o conceito e as normas

regulamentadoras mais específicas. No artigo 54 do CDC encontramos o conceito normativo de contrato de adesão, Vejamos:

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. (BRASIL, 1990,p. 12).

Como é possível observar com a leitura do artigo, além de determinadas pelo fornecedor, as cláusulas podem ser determinadas também pelo próprio legislador. Nos parágrafos seguintes o legislador trouxe uma síntese das cláusulas, dentre elas a possibilidade de inserção de clausula resolutória no contrato de adesão.

§ 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. (Nova redação dada pela Lei nº 11.785, de 22/09/08).

§ 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (BRASIL, 1990,p. 12).

O código civil, nos artigos 421 ao 424, por sua vez faz um estudo dos contratos de adesão mais abstrato e generalista trazendo o mínimo necessário para a compreensão do tema, ficando o estudo do tema mais trabalhado no Direito do Consumidor.

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

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

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

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (BRASIL, 2002, p.32).

1.4 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE ADESÃO

Os contratos em geral possuem características em comum, como a oferta, a liberdade de contratar, entre outros. Mas o que vamos trabalhar nesse tópico são as

características exclusivas do contrato de adesão, o que o distingue dos demais contratos, em especial dos contratos paritários.

Muitos autores buscam traçar alguns pontos característicos dos contratos de adesão, mas nesse trabalho vou explicar a posição do renomado autor Orlando Gomes(1995), visto que além de ser a posição mais completa e condizente com a legislação, é a mais aceita na doutrina. Segundo o autor são quatro as características que distingue o contrato de adesão dos demais contratos, são elas:

- a) uniformidade: Por ser um contrato coletivo, elaborado para as massas é imprescindível que haja uma uniformidade, visto que se o contrato fosse elaborado individualmente haveria uma perda enorme de tempo para elaborá-lo;
- b) predeterminação unilateral: Talvez essa seja a característica mais marcante do contrato de adesão, pois uma das partes elabora o contrato de forma geral e a outra parte, se o aderir, deve aderir-lo globalmente e sem poder discutir as cláusulas essenciais;
- c) rigidez: a rigidez não é apenas uma característica distintiva os contratos de adesão, mas também um desdobramento das características anteriores, uma vez que para serem uniformes, as cláusulas não podem ter muita flexibilização, pois contrariaria o princípio da igualdade contratual;
- d) posição de vantagem de uma das partes Pablo Stolze considera que nesse caso se trate de superioridade material, já que é por essa desigualdade que o contrato de adesão é caracterizado por apenas uma das partes dita as regras, que possui superioridade normalmente financeira, e a outra aceita.

Essas características servem para distinguir o contrato de adesão do contrato paritário e mostrando o quão amplo é a liberdade de contratar. A autora Marques (1998) traz outra característica dos contratos de adesão que é o modo de aceitação, onde a simples adesão da outra parte é suficiente para a realização do negócio jurídico.

Uma característica do contrato de adesão é o fato dele também poder ser elaborado não pelo consumidor ou fornecedor, mas por um terceiro, normalmente um órgão público, para regulamentar uma área específica ou até mesmo uma profissão. Esse tipo de contrato de adesão recebe o nome de contrato dirigido.

1.5 CONTRATO DE ADESÃO *versus* CONTRATO-TIPO

Assim como no contrato de adesão, o contrato a contrato tipo é elaborado previamente por uma das partes, no entanto, há a possibilidade de discussão das cláusulas estabelecidas. Ocorre que se tornou comum essa modalidade de contrato previamente elaborado para facilitar as negociações, sendo o contrato uma moeda de troca.

Além do mais o contra tipo se distingue do contrato de adesão tanto na sua estrutura quanto funcional, preleciona o autor baiano Orlando Gomes que na diferença funcional é que os grupos participantes do contrato estão determinados, pois caso não o seja tornar-se-á um contrato de adesão. Trata-se de diferença estrutural o fato de no contrato tipo não haver superioridade de uma das partes, interagindo estas em igualdade de condições.

1.6 CONTRATO DE ADESÃO *versus* CONTRATO COM CLAUSULAS GERAIS

De acordo com a doutrinadora Marques (1998), contrato com clausulas gerais e contrato de adesão são institutos diferentes visto que a nomenclatura “contrato com clausulas gerais” é muito amplo, podendo englobar contratos por formulários, contra-tipo ou contratos modelos. Segundo a autora os contratos de adesão são escritos e pré-elaborado, enquanto o contrato com cláusulas gerais podem ser escritos ou não escritos, já que é apenas uma base contratual.

1.7 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE ADESÃO

Por não haver igualdade das partes, muito se discute quanto à natureza jurídica do contrato de adesão, argumentando alguns por se tratar de um negócio

unilateral, já que predomina a vontade de uma das partes, e outros afirmam que se trata de um negócio bilateral, pois o aderente ao contrato age livremente, não havendo nenhuma imposição.

No entanto a doutrina majoritária entende como sendo o contrato de adesão de natureza contratual, pois há o concurso de vontades, tendo em vista que uma parte adere porque tem interesse em contratar, e a outra fornece e estabelece as cláusulas gerais para agilizar suas negociações. O consentimento mínimo do contrato de adesão é suficiente para que tal negócio não seja considerado um contrato unilateral, confirmando a natureza contratual.

E para completar a idéia de que o contrato de adesão possui natureza contratual, Marques (1998, p. 45), ao tratar da liberdade de contratar, mostra que esse princípio não diverge do contrato de adesão, vejamos:

A liberdade contratual - A idéia de autonomia de vontade está estreitamente ligada a idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito.

A unilateralidade na elaboração das cláusulas não tira a natureza contratual do contrato de adesão, uma vez que a manutenção desse contrato normalmente beneficia a parte mais frágil economicamente, trazendo à baila a igualdade entre os contratantes. Além do exposto é da adesão do contratante que surge o contrato de adesão, pois o seu pré-contrato não passa de um pedaço de papel.

1.8 INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO

Por sua natureza excepcional, os contratos de adesão levantam a discussão se devem ser interpretados como lei ou como contrato, pois mesmo possuindo natureza jurídica contratual, este não pode ser interpretado igual aos demais contratos devido suas peculiaridades.

Em caso de ação judicial reclamando as cláusulas de um contrato de adesão, a interpretação mais coerente é que seja tomada a decisão mais favorável ao aderente, visto que este não é conhecedor do teor normativo e suas implicações,

ficando assim, em uma situação hipossuficiente perante a pessoa que elaborou as normas.

Outra problemática que merece destaque é para o fato de que havendo divergência entre as cláusulas impressas e as acrescentadas posteriormente ao formulário, estas prevaleceram por entender o legislador que essas cláusulas posteriores foram acordadas em igualdade pelas duas partes no negócio jurídico.

1.9 ELEMENTOS DO CONTRATO DE ADESÃO

1.9.1 Elementos Essenciais

São considerados elementos essenciais àqueles que se retirados do contrato fazem com que esse perca suas características individuais, os descaracterizando-o. Sendo assim, tais elementos são obrigatórios nos contratos de adesão, pois, como já foi visto neste trabalho monográfico, tal contrato possui elementos próprios que nos fazem identificá-los e diferenciá-los das demais espécies de contrato.

São elementos essenciais do contrato de adesão:

- a) consentimento por adesão: O contrato só passa a existir no mundo jurídico a partir do momento em que uma das partes, normalmente o consumidor, adere ao contrato que foi previamente elaborado pela outra parte. Tal adesão é a manifestação de vontade necessária para os contratos e pode ser expressa ou tácita, pois basta que o oblato não se pronuncie contra as cláusulas estabelecidas e o contrato estará firmado;
- b) generalidade dos termos e cláusulas contratuais: Talvez esse seja o ponto definidor do contrato para saber se este é paritário ou de adesão, pois como é de nosso conhecimento, é necessário que as cláusulas contratuais já sejam pré-formuladas para caracterizar o contrato de adesão. Mas vale destacar que as cláusulas incorporada ao contrato posteriormente sejam discutidas sem que com isso descaracterize o contrato de adesão;

c) impossibilidade de mudança substancial: É admissível certa flexibilidade no contrato de adesão para atender uma necessidade individual, no entanto aquelas cláusulas gerais, que são impostas a todos de forma uniforme, não podem ser modificadas. Isso porque o contrato de adesão possui a idéia de atender a coletividade, por ser um contrato de massa, logo, admitir que haja modificação de suas cláusulas essenciais afrontaria o princípio da igualdade.

1.9.2 Elementos Acidentais

São elementos acidentais aqueles cujo sua retirada não afetam o contrato de adesão, muito menos o descaracteriza, mas que com sua inserção traz uma roupagem, são eles:

- a) superioridade econômica do elaborador: Tartuce costuma chamar de superioridade material, mas a verdade é que na maioria das vezes, a pessoa que elabora o contrato de adesão está em uma situação superior, seja financeiramente ou seja em termos de conhecimento, em relação ao aderente.
- b) proponente é uma pessoa Jurídica: Acontece que o fornecedor para elaborar um contrato de massa, normalmente é uma pessoa jurídica, pois subentende-se que se trata de uma grande empresa para justificar a uniformização dos contratos.
- c) aderente é um consumidor pessoa física. De acordo com Almeida, (2003, p.37) consumidor pode ser tanto pessoa jurídica, quanto pessoa física, no entanto ele ressalta que a maioria dos consumidores são pessoas físicas.

Pela definição legal, portanto, consumidor há de ser:

- a) *Pessoa física ou jurídica*, não importando os aspectos de renda e capacidade financeira. Em princípio, toda e qualquer pessoa física ou jurídica pode ser havida por consumidora. Por equiparação é incluída também a coletividade, grupos de pessoas, p. ex., a família (determináveis) e os usuários dos serviços bancários (indetermináveis). Cumprir observar, no particular, que há quem entenda que consumidor só pode ser a pessoa física, ou seja, individual.

d) forma escrita do contrato: Nada impede que o contrato de adesão seja oral, o aceite inclusive pode ser dado de forma tácita, mas ocorre na grande maioria dos contratos de adesão que este se realize sob a forma escrita, até porque é um meio mais fácil de prova e documentar a negociação.

2 CLÁUSULAS GERAIS INDENTIFICADORAS DE ABUSIVIDADE

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE ADESÃO

Como foi amplamente estudado na monografia em tela, o contrato de adesão é aquele em que, por se tratar de um contrato de massa, para que possa ser agilizado a sua elaboração, tal contrato já vem preestabelecido, com suas cláusulas gerais, bastando ao consumidor aderir ou não.

Não muito incomum, ocorre nos referidos contratos algumas abusividades por parte do fornecedor, pois como este possui uma situação de certa superioridade em relação ao consumidor e detém a prerrogativa de elaborar as cláusulas contratuais unilateralmente, pode trazer algumas situações com extrema vantagem para si em detrimento da desvantagem do consumidor.

O código do consumidor, por sua vez, não traz um conceito do que é uma cláusula abusiva, ficando a definição desse instituto por parte da doutrina, que muitas vezes diverge do assunto ou traz conceitos de difíceis interpretações, visto que qualquer situação onde o fornecedor saia se privilegiando e o consumidor em extrema desvantagem, é abusiva.

Além do todo exposto, ainda é possível perceber com a leitura do artigo 51 do CDC que o rol trazido no artigo supracitado é meramente exemplificativo, podendo assim, uma situação que ali não está exposta ser considerada abusiva. Para tentar dirimir tais dúvidas do que pode ser ou não abusivo, nossa doutrina traz alguns princípios gerais que, caso uma cláusula se conflite com eles, será considerada abusiva.

2.1.1 Cláusulas Gerais para Identificação de Abuso nos Contratos de Adesão

O código de defesa do consumidor possui princípios gerais, que norteiam toda a aplicação do direito do consumidor na sociedade consumerista, mas possui

também princípios específicos relativos aos contratos, e são esses que estudaremos nesse tópico com mais ênfase, por sua relevância contratual, e pela ampla busca de proteção do consumidor de situações abusivas.

Alguns doutrinadores classificam as normas gerais identificadoras de abusividade como princípios, outros identificam como cláusulas. Ficaremos com o entendimento de cláusulas gerais em vez de princípios, pois tais normas são extraídas do artigo 51 do CDC, onde trata das cláusulas abusivas, logo possui o mesmo tratamento de cláusula, e não de princípios.

Como bem salienta Khouri (2012, p.121) as cláusulas gerais são normas em branco que nos trará alguns pressupostos para identificarmos as nulidades das cláusulas quando estas não estiverem citadas no artigo 51 do CDC e mesmo assim trazer algum prejuízo ao consumidor. É importante fazer o estudo dessas cláusulas gerais para compreendermos o assunto, pois o texto do artigo 51 é vago e aberto deixando várias outras hipóteses sem definição quanto a nulidade.

Veremos agora as cláusulas gerais que o contrato de adesão deverá respeitar para que não incida em nulidades por abusos.

2.1.2 Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva

A boa fé é um princípio que norteia todo e qualquer contrato, e no contrato de adesão não é diferente. Entretanto, nessa situação em tela, não se observa a intenção de prejudicar ou dos contraentes, pois isto é subjetivo, o que se espera aqui é que ambas as partes ajam com lealdade, confiança e transparência, de modo que não restem dúvidas de sua real intenção.

Sobre o princípio da boa-fé objetiva salienta o eminente autor Almeida (2003, p.107):

O princípio da boa-fé em matéria contratual reflete na tutela civil do consumidor, protegendo-o da publicidade enganosa e das práticas comerciais, quando ainda não contratou, além de permitir o arrependimento (art. 49), mesmo depois de efetivada a contratação

Pelo estudo em Direito Civil já sabemos que o princípio da boa-fé rege todos os contratos e obrigações e que ele possui uma tríplice vertente, sendo seus ramos:

limitação dos direitos subjetivo das partes, criadora de deveres acessórios e a função interpretativa.

No contrato de adesão é onde ocorre o maior facilidade em violar desse princípio, pois uma vez que o fornecedor possui a liberdade de estabelecer as cláusulas do contrato de forma unilateral e se tratar esse de um princípio de norma aberta e geral, o fornecedor abusa do direito que lhe é consagrado pelo ordenamento jurídico de elaborar o contrato, valendo-se de tal prerrogativa e assim, prejudicando o consumidor.

Na maioria dos contratos de adesão é visível o desequilíbrio contratual em relação às obrigações do fornecedor e do consumidor em um total e flagrante desrespeito as normas da boa-fé. Um exemplo prático de desrespeito a boa-fé objetiva nos contratos de adesão é a cláusula penal que penaliza o consumidor inadimplente, mas o mesmo não ocorre com o fornecedor inadimplente.

Ao que se refere aos deveres acessórios trazidos pelo princípio da boa-fé objetiva, são eles: a lealdade, a confiança e a transparência. Uma vez cumprido esses requisitos, o contrato atende ao estabelecido em relação a boa-fé.

2.1.3 Cláusula Geral de Lesão Enorme

O conceito de lesão não é de difícil compreensão. Vejamos o que Gonçalves (2010, p. 29) traz como conceito de lesão: "Lesão é, assim, o prejuízo resultante da enorme desproporção existente entre as prestações de um contrato, no momento de sua celebração, determinada pela premente necessidade ou inexperiência de uma das partes."

Já Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho denotam ser a lesão o seguinte conceito: "[...] o prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes."

O autor Rosado é um dos maiores defensores dessa cláusula, contida no inciso IV, do artigo 51 do CDC. A lesão é um instituto do direito civil que pode invalidar o negócio jurídico. Tal instituto foi regatado pelo código civil de 2002 e é

defendido pelos juristas como sendo causa de anulação do contrato quando este acarretar lesão a uma das partes.

No direito do Consumidor a lesão enorme está ligada a cláusula-preço, ou seja, o fornecedor está cobrando por determinado serviço ou produto um valor excessivamente oneroso, trazendo ao consumidor uma lesão econômica e um desequilíbrio para o contrato. Assim como a grande maioria dos princípios elencados no Direito do consumidor, o instituto da lesão enorme tem como escopo a busca pelo equilíbrio entre as partes do contrato, evitando, assim, que uma parte saia com uma vantagem excessiva e indevida em relação a outra.

Sendo assim, ocorrendo a onerosidade excessiva ou a desproporção manifesta, a parte lesada, normalmente o consumidor, poderá anular o contrato, dessa forma voltando ambas as partes para o estado jurídico inicial – efeito ex tunc, ou anular apenas a cláusula abusiva e prosseguir com o negócio jurídico.

Para exemplificarmos uma situação hipotética e podermos visualizar um caso prático de lesão enorme, fazemos uso do exemplo trazido por Khouri (2012, p.125), quando em 1999 o dólar teve um aumento repentino e discrepante e os contratos de leasing ficaram praticamente impagáveis. Não nos resta dúvidas que houve uma lesão em relação à cláusula-preço para o consumidor, onerando-o excessivamente.

2.1.4 Cláusula Geral da Equidade

No contrato de adesão a busca pelo justo, pelo equilíbrio e boa-fé deve ser sempre o resultado final de tais contratos. O artigo 51 do CDC não coloca apenas a boa-fé e a lesão enorme como cláusulas gerais dos contratos, em especial o de adesão, por suas particularidades, mas implicitamente traz elencado a cláusula geral da equidade.

3 CLÁUSULAS ABUSIVAS

3.1 CONCEITO

Conceituar o que são cláusulas abusivas não é atividade das mais fáceis, o próprio Código de Defesa do Consumidor não faz essa conceituação, deixando de forma genérica e livre a conclusão do que são cláusulas abusivas, trazendo hipóteses exemplificativas de situações que podem ensejar a anulação das cláusulas por abusividade em seu artigo 51, vejamos:

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produto e de serviços que:

I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

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

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; *a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente*, embora obrigando o consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. (BRASIL, 1990).

Segundo a autora Marques (1998, p. 402) a abusividade pode ser vista tanto pelo sentido subjetivo, quando associamos abuso de direito, ou seja, uma das partes de fato possui um direito, mas excede ao exercê-lo, quanto pelo sentido objetivo, quando a inserção de uma cláusula afronta os princípios da boa-fé, dentre outros.

Para identificar uma cláusula abusiva, os autores Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2014, p. 227.) trazem a seguinte informação sobre a abusividade das cláusulas:

As cláusulas são consideradas ilícitas pela presença de um abuso de direito contratual. Além da nulidade absoluta, é possível reconhecer que, presente o dano, as cláusulas abusivas podem gerar o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador.

Como analisamos anteriormente e confirmado pelo pensamento dos autores supracitados, as cláusulas abusivas podem ser assim consideradas por existir um direito anteriormente lícito, mas que com seu exagero tornou-se ilícito por que uma das partes abusou das prerrogativas que possuía, trazendo algum tipo de prejuízo para a outra parte.

Após esses pilares trazidos pelos autores é possível concluir que o conceito de cláusula abusiva é a parte de um contrato que traz uma obrigação extremamente onerosa ou desvantajosa para uma das partes fundada em uma ilegalidade ou em um abuso de um direito que até então era legal, mas que por seu mal-uso extrapolou os limites legais.

É possível identificarmos a repressão das cláusulas abusivas tanto na nossa Carta Magna de 1998, quanto no CDC, em seu artigo 6º. A verdade é que cada vez mais nosso ordenamento vem se mobilizando para proteger a parte mais fragilizada nos contratos, principalmente nos de adesão onde a criação das cláusulas é livre por uma das partes.

3.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS, ARBITRÁRIAS E LEONINAS

Segundo (L'HEREUX, *apud* MARQUES, 1998, p. 254) é de suma importância diferenciar as cláusulas abusivas das arbitrárias e leoninas, pois ambas possuem algum tipo de prejuízo para uma das partes, no entanto são prejuízos diferentes e em situações diferentes.

Cláusulas abusivas, como já foi possível perceber pelo estudo do tópico anterior, traz um ônus pra a outra parte o fato de existir a transferência de responsabilidade, sobrecarregando assim umas das partes e a deixando em grande desvantagem em relação a outra.

Cláusulas arbitrárias, por sua vez, são aquelas que dão ampla liberdade ao fornecedor acerca dos elementos do contrato. Essa não deixa de possuir certa abusividade em seus aspectos fáticos, mas é uma característica marcante das cláusulas arbitrárias.

Já as cláusulas leoninas são aquelas ligadas aos custos, pois possuem taxas excessivas, custos altos para uma das partes. Todas essas cláusulas se assemelham por trazer alguma lesão a uma das partes, mas são institutos diferentes e merecem ser diferenciados.

3.3 CARACTERÍSTICAS DAS CLAUSULAS ABUSIVAS

As cláusulas abusivas possuem algumas características que as distinguem das demais e que por essa razão expressam sua abusividade. Mas possuem alguns pontos que servem de norteadores para combater as cláusulas abusivas.

3.3.1 Nulidade absoluta

A lei 8.078 estabelece que: são nulas, de pleno direito, as cláusulas abusivas (as que contrariem o artigo 51 do CDC), visto que são normas de ordem pública e interesse social e por essa razão merece maior atenção do nosso ordenamento jurídico. Por isso a maioria esmagadora dos doutrinadores afirma que tais cláusulas já nascem nulas.

É o que se pode perceber com o ilustríssimo autor Nunes (2012, p. 722):

Por isso, não há que falar em cláusula abusiva que se possa validar: ela sempre nasce nula, ou, melhor dizendo, foi escrita e posta no contrato, mas é nula desde sempre.

Em função, então, desse caráter, não está obrigado o consumidor a cumprir qualquer obrigação que se lhe imponham mediante cláusula abusiva. Se a questão tiver de ser levada a juízo, isso poderá ser feito pelo consumidor, mediante ação diretamente proposta contra o fornecedor, ou poderá ser alegada em defesa: contestação ou embargos à execução.

Por já nascer no ordenamento jurídico nula de qualquer efeito, a nulidade das cláusulas abusivas possui efeito *ex tunc*, voltando as partes ao seu estado original anterior ao contrato. Além disso, as cláusulas abusivas precisam ser declaradas ex officio pelo magistrado, independente de requerimento das partes, para que possam anular o contrato.

3.3.2 Imprescritibilidade

Nunes (2012, p.726) esclarece que o código do consumidor não traz nenhum prazo para ingressar a ação contra as cláusulas abusivas e ressalta que essa matéria é de ordem pública e interesse social, logo não possui prazo prescricional, independente da ação ser declarada desconstitutiva ou ser considerada declaratória.

3.4 ESPÉCIES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

O CDC enumera nos incisos do seu artigo 51 um rol exemplificativo de cláusulas abusivas, mas que terminam por englobar quase a totalidade das possibilidades de abusividades, isto porque são situações abstratas e generalistas, examinaremos de forma mais detalhada cada uma delas.

As cláusulas abusivas sempre serão nulas, mas é de suma importância evidenciarmos que, o que se anula é a cláusula eivada de abusividade e não o contrato, este continuará sendo válido e eficaz. Façamos uma análise das modalidades listadas no Código de defesa do Consumidor.

Vamos, a seguir, fazer uma análise das principais cláusulas abusivas:

3.4.1 Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor.

Essa proibição possui duas vertentes, uma vedação absoluta e outra proibição mitigada. O artigo 51, I, do CDC visa proteger o consumidor caso quando houver vício no produto, determinando que o fornecedor não possa se eximir da responsabilidade de reparar tal dano. Entretanto, quando o consumidor for pessoa jurídica e ocorra algum tipo de situação que justifique esse vício pode haver a tarifação ou limitação do valor indenizatório.

Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Cancelamento de vôo. Comunicação incompleta. Contrato de característica unilateral. Nulidade da cláusula. Inteligência do art. 51 da Lei n.º 8.078/90 e do art. 22 da Convenção de Varsóvia. Emenda da redação "O contrato de transporte aéreo, é de resultado, respondendo o fornecedor do serviço pelos vícios de qualidade que o tornem impróprio ao consumo ou lhes diminua o valor. Por isso, não se trata de obrigação aleatória, cabendo ao transportador, além, da obrigação de segurança, a de prestabilidade, sob pena de ter o dever de indenizar, independentemente de qualquer discussão de culpa do contratante faltoso. A cláusula da Condições do Contrato, que acompanhavam o bilhete, por se tratar de cláusula unilateral, colocada em contrato de adesão, só (1º TACSP, 10º, Ap. Sum. nº 629.715/0j. em 31.10.95, rel. Juiz Antônio de Pádua Ferras Nogueira, V.u. RT727/209-211).

De acordo com Nunes (2012, p. 728) se faz mister alertarmos para a expressão “poderá” ocorrer a mitigação à indenização. Para o autor, essa mitigação só acontecerá em duas situações:

- a) Que o tipo de operação de venda e compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo;
- b) Que a qualidade do consumidor pessoa jurídica, de sua parte, também justifique uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora.

3.4.2 Subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga

O direito ao reembolso da quantia já paga pelo consumidor é um direito amplamente protegido pelo CDC, visto que tal matéria não é trabalhada apenas no capítulo concernente às cláusulas abusivas, mas sim em vários dispositivos do diploma legal.

Quando o consumidor pagar por um serviço ou produto e este, por qualquer motivo, não lhe tenha sido prestado, ou ainda, tenha sido prestado de forma errada, o consumidor tem o direito de reembolsar o valor por ele pago, no mesmo valor e dependendo do tempo que levou a receber com suas atualizações monetárias. Assim, é nula toda e qualquer cláusula que tente eximir esse direito do consumidor.

3.4.3 Transferência de responsabilidade a terceiros

Não pode o fornecedor, visando se eximir de sua responsabilidade, transferir, total ou parcialmente, sua responsabilidade para terceiros. É conveniente diferenciarmos esta proibição com o instituto do contrato de seguro, onde a seguradora responde solidariamente com o fornecedor por prejuízos causados ao consumidor.

Sendo assim, nas obrigações contratuais, os únicos envolvidos nessa relação são o fornecedor e o consumidor, não podendo um terceiro alheio a essa relação assumir a responsabilidade pelo fornecedor.

3.4.4 Obrigações iníquas e desvantagem exagerada

Para entendermos o motivo dessa vedação é essencial sabermos o que significa a palavra iníqua, que, segundo o dicionário formal, significa injusto, malvado ou até mesmo difamatório. Desvantagens exageradas, ou até mesmo as vantagens excessivas por uma das partes. Já é tema comum e cimentado neste trabalho, uma vez que o código de defesa do consumidor combate essa prática arduamente.

Já possuímos em nossa jurisprudência pátria decisões com base nessa proibição, vejamos:

Arrendamento mercantil. Inadimplemento da arrendatária. Reintegração de posse c/c com perdas e danos. Prestações vencidas. Inexigibilidade. Cláusula contratual abusiva e leonina (...). Apelação desprovida. Ementa: "Considera-se abusiva, nula e exigível, à luz do disposto no art. 51, IV, e § 1º, III, do CDC, a cláusula do contrato de arrendamento mercantil / leasing que autoriza o arrendante a pleitear o pagamento das prestações vencidas

e do valor residual (provisão para futura compra do bem), a pretexto de indenização pela rescisão contratual por inadimplemento do arrendatário, após a reintegração daquele na posse do bem objeto do negócio" (TAPR, 7ª C. Crim., Ap. n.º 83.842-4, j. em 18.12.95, rel. juiz conv. Valter Ressel, v.u., RDC 19/280- 283).

Enfim, mas tal proibição possui na verdade respaldo no texto constitucional que preserva a dignidade da pessoa humana. Logo, uma pessoa que, ao realizar um contrato, se sujeita a uma desvantagem excessivamente onerosa e refletindo na sua situação financeira ao ponto de não ter dinheiro para sua própria alimentação, está tendo seu direito à dignidade afetado.

O mesmo se aplica a situações que coloquem um consumidor a situações vexatórias, como, por exemplo, uma cobrança pública que o traga constrangimento perante a sociedade. A dignidade da pessoa humana é um primado constitucional que recebe destaque em todos os ramos do direito e com o CDC não foi diferente.

Para melhor ilustrarmos tal situação, analisemos a seguinte decisão jurisprudencial:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CIVIL. **CONSUMIDOR**. CONTRATO DE MÚTUO. ADIANTAMENTO DE VERBA SALARIAL. PAGAMENTO DO DÉBITO POR MEIO DE DESCONTO EM CONTA CORRENTE. "CONTA SALÁRIO". AUSÊNCIA DE LIMITES. PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA. **CLÁUSULA** QUE ESTABELECE **OBRIGAÇÕES** INÍQUAS, **ABUSIVAS** E QUE **COLOCA O CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM EXAGERADA**. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PERCENTUAL MÁXIMO DO DESCONTO. 30%. INCIDÊNCIA DO DESCONTO SOBRE FÉRIAS E ADIANTAMENTO DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE. 1.OS DESCONTOS REALIZADOS EM "CONTA SALÁRIO", PARA A AMORTIZAÇÃO DE DÍVIDA CONTRAÍDA COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA, DEVEM SE LIMITAR AO PERCENTUAL DE 30% DE RENDIMENTOS DO DEVEDOR, MEDIDA QUE PRESERVA O EQUILÍBRIO ECONÔMICO DA AVENÇA E GARANTE AO CREDOR, SEM A SOBRECARGA EXCESSIVA DO DEVEDOR, O RECEBIMENTO DE SEU CRÉDITO. 2.O PRESENTE ENTENDIMENTO, AO VIABILIZAR MEIOS PARA A SUBSISTÊNCIA ADEQUADA DO DEVEDOR, VAI AO ENCONTRO DAQUELE QUE TALVEZ SEJA O MAIS RELEVANTE FUNDAMENTO DE NOSSA REPÚBLICA FEDERATIVA, SUA VIGA MESTRA, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF . ARTIGO 1º , INCISO III , DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988). 3.A MENCIONADA TESE TAMBÉM POSSUI AMPARO SOB A ÓPTICA DO DIREITO DO **CONSUMIDOR**, NA MEDIDA EM QUE A LEI 8.078 /1.990 REPUDIA AS **CLÁUSULAS** CONTRATUAIS QUE ESTABELEÇAM **OBRIGAÇÕES** CONSIDERADAS INÍQUAS, **ABUSIVAS**, QUE COLOQUEM O **CONSUMIDOR** EM **DESVANTAGEM EXAGERADA**, OU SEJA, INCOMPATÍVEIS COM A BOA-FÉ OU EQUIDADE, SENDO DE SE PRESUMIR **EXAGERADA** A PRERROGATIVA QUE OFENDE OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA A QUE PERTENCE, BEM COMO AQUELA QUE SE MOSTRA EXCESSIVAMENTE ONEROSA PARA O **CONSUMIDOR**, CONSIDERANDO-SE A NATUREZA E CONTEÚDO DO CONTRATO, O INTERESSE DAS PARTES E OUTRAS

CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES AO CASO. 4.NADA OBSTANTE, NÃO PARECE RAZOÁVEL IMPEDIR QUE O DESCONTO INCIDA SOBRE VALORES RELATIVOS A FÉRIAS E ADIANTAMENTO DE SALÁRIO, JÁ QUE TAL MEDIDA, ALÉM DE GERAR DESEQUILÍBRIO À RELAÇÃO CONTRATUAL, CAUSA PREJUÍZO INJUSTIFICADO AO CREDOR. 5.RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA, EM PARTE. (

3.4.5 Inversão do ônus da prova

Sabemos que o instituto da prova no nosso sistema judicial é elementar, visto que ele é parte do devido processo legal e sem ele nem sequer resolve da lide. Em regra, a obrigação de comprovar o que se alega é da parte que acusa, mas por estar o consumidor em uma situação de desvantagem e hipossuficiência, de acordo com a nossa legislação pátria, o CDC estabelece a inversão do ônus de provar.

O instituto da inversão do ônus da prova vem exposto no artigo 6º, VIII, que diz o seguinte:

[...]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; (BRASIL, 1990).

Depreende-se da leitura do supracitado inciso que o ônus da prova é possível, desde que atenda alguns requisitos. São requisitos para utilização do instituto do ônus da prova:

- a) critério de juiz: Significa dizer que sempre que o magistrado encontrar no caso concreto alguma situação em que o consumidor for verossímil a sua alegação ou quando for ele hipossuficiente, deverá fazer uso do instrumento da inversão do ônus da prova;
- b) verossimilhança na alegação do consumidor: Não é necessário provar o que se alega com provas ou documentos cabais, no entanto, é essencial que aquilo que se alega pelo consumidor possua semelhanças com a verdade e que haja possibilidades reais e evidentes de que realmente o tenha acontecido;
- c) hipossuficiência ou vulnerabilidade: Não precisa ser necessariamente uma hipossuficiência financeira, mas pode ser técnica ou de informação. A vulnerabilidade deve ser específica ao caso concreto. Não se pode esperar que

todas as pessoas que comprem um televisor, por exemplo, saibam exatamente como ele funciona, saiba montá-lo e desmontá-lo.

3.4.6 Determinação compulsória da arbitragem

É nula a cláusula que determine, sem o direito de se escolher pelas vias judiciais, o instituto da arbitragem para dirimir eventuais conflitos entre consumidor e fornecedor. É mister salientar que não se proíbe a utilização das vias de arbitragem no Direito do consumidor, de forma alguma, inclusive até há em nosso país massificada campanha para que se utilize dessas vias para “desafogar” o judiciário, o que se proíbe a utilização compulsória desse instituto sem que o consumidor se quer possa ingressar no judiciário e se defender com um advogado e ter direito ao devido processo legal.

3.4.7 Imposição de representante jurídico

Não pode o consumidor ser obrigado a aceitar um representante legal para concluir o contrato ou até mesmo celebrar outro contrato. Sendo assim, o contrato celebrado não pode colocar uma terceira pessoa estranha à relação para assumir a obrigação ou representar o consumidor na relação jurídica.

Não é difícil entender tal proibição, visto que o fornecedor não pode colocar uma pessoa que ele mesmo escolheu para representar o consumidor, não deixando para este possibilidade de defesa própria ou por quem ele escolher por livre e espontânea vontade.

3.4.8 Permita a conclusão do contrato pelo fornecedor

Em regra, quem conclui o contrato é o consumidor, e para resguardar esse direito é que o código de defesa do consumidor não permite que o fornecedor conclua ou não o contrato. A verdade é que o consumidor pode ser induzido a concluir tal negócio jurídico por determinadas situações, e é exatamente isso que nossa legislação tenta evitar.

O que também se busca evitar com a nulidade dessa cláusula é que fique o consumidor preso a um contrato do qual ele não queira mais participar por que o fornecedor não permite a conclusão do negócio jurídico celebrado.

3.4.9 Permita ao fornecedor, de forma direta ou indireta, variação de preço unilateralmente

Como muito bem ensina Thomaz (2009, p. 391) esse tipo de cláusula contratual constitui uma cláusula potestativa pura. No entanto, cabe salientar, que o que se veda aqui é a variação que majora o preço do serviço ou produto, não aquela de diminua.

Tal disposição está relacionada com o princípio da boa-fé, onde não se pode anunciar uma mercadoria ou serviço por determinado preço e após a realização do negócio jurídico tal preço for modificado de forma majorada pelo fornecedor, trazendo, assim, para o consumidor uma lesão ou prejuízo.

No caso concreto, muito se discute em relação as operações realizadas com o uso de cartão de crédito, uma vez que não pode um estabelecimento diferenciar o valor de uma mercadoria pela forma de pagamento, sendo o pagamento realizado a dinheiro menor do que o realizado no cartão. Isso ocorre por duas situações, a primeira porque a partir do momento que o fornecedor anuncia um valor, se vincula a ele. E a segunda porque as operadoras de cartão de créditos e os fornecedores, ao realizarem um contrato, celebram um acordo deste não aumentar o valor da mercadoria em razão da forma de pagamento.

3.4.10 Que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, quando o mesmo direito não é dado ao consumidor

Desde que seja dado também ao consumidor o direito de cancelar o contrato unilateralmente, esse direito não cabe ao fornecedor. Isso se explica pelo fato de que o CDC busca sempre que possível colocar fornecedor e consumidor em pé de igualdade, o que por óbvio não seria possível se ao fornecedor fosse dada a opção de rescindir o contrato unilateralmente.

3.4.11 Que obriguem o consumidor a ressarcir os custos da cobrança

Temos que asseverar que os custos da cobrança em questão, são as cobranças feitas ao consumidor. Em tese, tal norma não é completamente proibida, desde que o consumidor possua o mesmo direito em relação ao fornecedor ela é até permitida. O que se proíbe aqui é que além do consumidor ficar em desvantagem, assume um outro custo além daquela estipulada no contrato.

Tal situação exposta é muito comum na prática comercial, pois como bem salienta o autor Thomaz (2009), isso é identificado quando:

Em diversos carnês e boletos bancários para pagamento, frequentemente nos deparamos com alguns acréscimos no valor devido, referente a “tarifa de processamento”, “taxa bancária”, “porte simples”, e outros relativos a custos em que o fornecedor incide expedir, emitir ou enviar a cobrança ao consumidor.

De tal modo, sabemos que tal cláusula não devia ser permitida em situação alguma, visto que, em regra, quem possui o status de devedor é o consumidor, então mesmo que o contrato preveja o direito a ambos os contratantes, quem sai em desvantagem ainda é o consumidor, já que ele não tem o que cobrar do fornecedor nada após o serviço ou mercadoria ter sido prestado.

4.4.12 Que autorize o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou qualidade do contrato, após sua celebração.

É notório que se o legislador permitisse tal ofensa estaria contrariando vários princípios estabelecidos pelo Direito do Consumidor, dentre eles o equilíbrio contratual, a boa-fé e a equidade. É possível também analisarmos os efeitos desastrosos, para o consumidor, que tal cláusula traria se fosse permitida.

Dessa forma é ilegal, abusiva e nula a cláusula que permita que o fornecedor modifique, por exemplo, o prazo de entrega, as taxas de juros ou a qualidade de determinado serviço ou produto, de forma unilateral, sem possibilitar ao consumidor o direito de escolha e opinião.

3.4.13 Clausulas que infrinjam ou possibilite a violação de normas ambientais

Como é sabido, cada vez mais a sociedade está preocupada com a questão ambiental e nosso ordenamento jurídico vem, na medida do possível, tentando minimizar os impactos ambientais causados por contratos que tragam obrigações ou objetos que prejudiquem o meio ambiente, a medida que estipula obrigações de reparar ou minimizar os danos causados.

O meio ambiente é um direito coletivo e as normas de proteção ao direito ambiental devem ser respeitadas, inclusive pelos contratos entre particulares. Assim, não pode um contrato ser realizado com o objetivo de desmatar uma floresta para fornecer madeira sem que nesse contrato esteja previsto uma maneira de reparar esse dano, como, por exemplo, o reflorestamento da área desmatada.

3.4.14 Que estejam em desacordo com o direito do consumidor

Bom, por fim, está nulidade parece óbvia, pois se há um código que regula a relação de consumo, nada mais evidente do que tal código ser respeitado em

situações consumerista. Nosso código do consumidor, como já foi estudado amplamente nesse trabalho monográfico, busca a proteção do consumidor por entender que este é hipossuficiente em relação ao fornecedor. Por esta razão, dentre outras, para evitar lesões ao consumidor, e também ao fornecedor, buscasse criar normas para manter o equilíbrio contratual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela proteção do consumidor em face dos abusos cometidos por algum fornecedor fez com que a sociedade como um todo e a legislação evoluísse para tentar impedir tais situações, tendo seu ápice com a Constituição de 1988 que, pela primeira vez, estabeleceu a criação de medidas eficazes para resguardar o consumidor.

Logo no seu primeiro artigo, o código de defesa do consumidor deixa claro que a matéria de direito do consumidor é de ordem pública e interesse social, com base na Constituição Federal, logo, não há prescrição para ingressar ação contra abusos cometidos contra o consumidor pelo simples fato de se tratar de matéria de ordem pública.

Em 1990, dois anos após a promulgação da constituição atual, foi publicado o Código de defesa do consumidor, que trouxe, além de normas gerais do direito do consumidor, princípios da legislação consumerista e disciplinou os contratos em massa, mais especificamente o contrato de adesão, uma consequência da Revolução Industrial para atender a necessidade de agilizar as contratações de um serviço específico para um número indeterminado de pessoas.

O contrato de adesão, por ser um contrato já pré-elaborado por uma das partes – normalmente o fornecedor-, facilita e agiliza muito as contratações em massa, pois ele é uniforme a todos os usuários, mas não impedindo que suas cláusulas sejam adequadas ao caso concreto. Entretanto, por já vir preestabelecido e por ser elaborado unilateralmente, não é incomum que contenha alguma cláusula que exorbite o direito do fornecedor e, por consequência, prejudique o consumidor.

As chamadas cláusulas abusivas são aquelas que trazem para uma das partes uma vantagem excessiva ou uma desvantagem exorbitante, prejudicando a parte que não participou da elaboração do contrato, mas que se sujeitou a ele, muitas vezes por necessidade ou por puro desconhecimento.

O código de defesa do consumidor trabalha com a idéia de hipossuficiência do consumidor, seja por falta de recursos financeiros, seja por falta de conhecimento técnico ou jurídico, mas a verdade é que a maioria das vezes, de fato, o consumidor está em uma situação de desvantagem perante o fornecedor do produto ou serviço.

Para poder englobar diversas situações que prejudiquem ou que possam prejudicar o consumidor, o CDC traz em seu artigo 51 um rol exemplificativo, além de possuir espalhado pelo seu texto completo alguns princípios norteados de proteção do consumidor de cláusulas abusivas. A intenção do legislador foi justamente fazer um texto aberto e geral para que não haja lacuna na lei em uma hipótese de abuso de direito.

As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, produzindo efeito ex tunc e desconstituindo o negócio jurídico celebrado, fazendo assim, que as partes do contrato voltem ao estado anterior ao contrato. No entanto, é de se observar que a parte lesada no contrato pode requerer a anulação apenas da cláusula abusiva em questão e prosseguir o negócio jurídico sem ela, sendo uma segunda alternativa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo**. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, 1995.

ALMEIDA, João Batista de **Manual de direito do consumidor**. São Paulo : Saraiva, 2003.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Lei nº 8.078. Brasília: 1990.

CERQUEIRA, Amanda de Abreu. **Contratos de adesão e cláusulas abusivas**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8553. Acesso em 19 de Jan. de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. volume 4 : contratos, tomo I : teoria geral. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012

GOMES, O. **Contratos**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Contratos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos**. Buenos Aires: Ediar, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. o novo regime das relações contratuais. 3. ed. rev., atual, e ampl., incluindo mais de 250 decisões jurisprudenciais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

NERY JR, Elson, Rosa Maria de Andrade. **Leis civis comentadas**. 2. Ed. Rev.atual e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** .7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

SANTANA, Daniel Mendes de. **Os contratos de adesão e as cláusulas abusivas**. Disponível em : <http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/os-contratos-de-adeso-e-as-clausulas-abusivas> < Acesso em: 02 e fevereiro de 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

_____. **Direito civil, teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense – São Paulo : Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos/ Sílvio de Salvo Venosa. - 13. ed. - São Paulo : Atlas, 2013.