



2

PRÁTICAS ABUSIVAS

GLAUBER MORENO TALAVERA

Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Sourbonne-Paris.
Especialista em Direito das Relações de Consumo e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP.
Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo.
Parecerista em Direito de Família e Advogado em São Paulo.
e-mail: gmtalavera@bol.com.br



Sumário

1. Considerações preliminares – 2. O exurgir do moderno mercantilismo – 3. Código de Defesa do Consumidor – 4. O consumerismo no Velho Continente – 5. Práticas abusivas em geral – 6. Práticas abusivas no Código de Defesa do Consumidor: 6.1 Contratos; 6.2 Contratos de adesão e condições gerais dos contratos; 6.3 Combate às cláusulas abusivas; 6.4 Publicidade abusiva – 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chave

Código de Defesa do Consumidor – Práticas Abusivas – Contratos – Cláusulas – Publicidade.



1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No Brasil, antes da concepção do Código de Defesa do Consumidor, sobrepairava um estado de indignação e lamúria no tocante aos direitos imanentes à idéia de cidadania.¹ Criticava-se, invariavelmente, as autoridades constituídas, mormente sob o argumento de que estas não amparavam os que as procuravam com o fito de promover o saneamento de seus conflitos jurídicos, fatos estes que ocorriam, seja mediante uma instituição meramente formal de salvaguardas positivadas, seja mediante o embuste constatado na operacionalização de alguns direitos formalmente garantidos que, ao invés de solucionados eram institucionalizados nas infundáveis idas e vindas no aparato judicial.²

O Poder Público, nesse mister, era apontado como um ente patológico, que reproduzia, em escala geométrica, diferenças sociais e que se achava desvinculado da sociedade, contribuindo sobremodo para a perpetuação das adversidades em nosso contexto social já tão dilapidado pelas mazelas do peculato e, sobretudo, da corrupção que, desde sempre, esteve de caso com o Poder.

Em um esforço hercúleo de tentar implementar uma imagem menos deprimente das autoridades constituídas e, *pari passu*, de consolidar um fator de inclusão social como beneplácito às classes menos favorecidas, os legisladores criaram a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, cuja *vacatio legis* perdurou até 11 de março de 1991, data em que essa legislação consumerista veio efetivamente a lume do mundo jurídico, sedimentando a vigência do Código de Defesa do Consumidor e, concomitantemente, efetivando, ainda que com atraso considerável, os reclamos do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dispondo de maneira a promover o quanto asseverado pelo inc. XXXII, do art. 5º e, também, pelo inc. V, do art. 170, todos da Constituição Federal do Brasil.

Desta forma, o legislador ensejou estabelecer o advento de uma nova categoria de direitos, caracterizando o direito do consumidor como uma nova faceta de perfil jurídico, que decorre, naturalmente, da deficiência dos expe-

¹ Sobre a extensão do conceito de cidadania ver: SILVEIRA, José Néri da. Em busca da plenitude da cidadania. *Revista dos Tribunais* 687/236.

² BENETI, Sidnei Agostinho. Demora judiciária e acesso à justiça. *Revista dos Tribunais* 715/377.

dientes defensivos, até então conhecidos, que eram extremamente temerários em face das práticas concebidas pela concentração excessiva de poder pelos conglomerados econômicos.³

Diante desta nova postura defensiva, que visa à defesa da parte considerada vulnerável, porque é a mais fraca na relação de consumo, o Código asseverou sua indisposição em referendar práticas que nasceram com a brutal concentração do poder econômico, salientando, ostensivamente, as abusividades⁴ que eram cometidas e, neste sentido, repelindo-as de maneira veemente.

Assim, sob a égide desse procedimento que visa a estabelecer uma justiça de natureza mais distributiva e, conseqüentemente, menos retributiva, atendendo a um dos objetivos fundamentais do País, que é erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme disposto no inc. III, do art. 3º da Constituição Federal, a Lei n. 8.078/90 é reputada como um paradigma legislativo, que potencializa a possibilidade de que o Direito possa, de forma mais célere, palmilhar as íngremes veredas da escalada em busca de um ideal transcendente de Justiça.

Neste sentido e sob esta inspiração, concebemos a seguir uns poucos traços acerca do cometimento de abusos, dos francos ultrajes à cidadania e, sobretudo, sobre os excessos e violências levados à efeito sob os auspícios da prevalência do capital sobre o trabalho, ou, mais propriamente, na seara do consumerismo dos infundáveis embates entre a produção e o consumo.

2. O EXSURGIR DO MODERNO MERCANTILISMO

A mercantilização massiva, caracterizada pela intermitência da publicidade que faz que produtos supérfluos tornem-se cada vez mais imprescindíveis, somente fora instituída no mundo moderno, uma vez que outrora o entusiasmo motriz das relações mercantis não apresentava essa “fobia de consumo”.

³ Dispondo sobre esse assunto é imprescindível verificar: VIEIRA, Jair Lot. *Lei antitruste: repressão ao abuso do poder econômico: Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, com as alterações introduzidas pela MP n. 542, de 30 de junho de 1994*, Bauru: Edipro, 1994.

⁴ Sobre a abusividade nos contratos de consumo: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

A troca de mercadorias, tecnicamente nominada de escambo, é um dos mais vetustos instrumentos para a circulação de riquezas. Contudo, essas prerrogativas imanentes ao nascedouro da ciência econômica entre nós não mais tem morada. O mercado em sua concepção *genitrix*, ou seja, na sua origem, apresenta várias dessemelhanças com relação ao mercado forjado à partir da consolidação do capitalismo moderno, premissa basilar da economia industrial de escala caracterizada pelo consumo massivo. O escambo, sob a essência de sua perspectiva, que era o seu caráter artesanal, franqueava oportunidade para enlances de natureza subjetiva, nos quais produtores e consumidores visavam a instituir o seu pretenso toque de Midas nos seus artefatos, tempo em que os grupamentos eram consideravelmente diminutos, a demanda era suscetível de planejamento, de maneira que ao artesão era possível prever e, conseqüentemente, estabelecer provisão para o atendimento aos consumidores.

O mercado de consumo, na atualidade, não mais se compadece com a sua concepção passada, uma vez que é sedimentado em moldes eminentemente abstratos e, na maioria das vezes, impessoais.

Desta forma, o produto da produção é destinado ao atendimento desse mercado de consumo, caracterizado pela abstração e impessoalidade,⁵ fatores evidentemente antagônicos aos praticados no nascedouro do escambo. Este novo mercado é fundado e abalizado na necessidade de promover-se fator de equilíbrio entre a oferta e a procura, vetores que, necessariamente, influenciam a composição do preço final ao consumidor.

É fato que, diante de um certo padrão de estabilidade estatuído em nossa economia, hoje usufruímos de algumas benesses que, em outros tempos, eram

⁵ Nesse sentido veja: TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). *Relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001, p. 32. “Com a transfiguração de uma sociedade eminentemente subjetivista para uma sociedade que apresenta um tráfico mercantil massificado e progressivamente pujante, onde os atores sociais perdem o seu individualismo jurídico em face do advento da era da coletivização, o Código de Defesa do Consumidor vem em resposta aos apelos da sociedade civil, que era refém de procedimentos hostis acobertados pela estrutura abstrata e generalizante do Código Civil, que incapaz de dar uma resposta célere e condigna com as modernas expectativas sociais, invariavelmente fomentava a geométrica progressão dos conflitos e o conseqüente esgarçamento das células do tecido social, promovendo, assim, a auto-delação de sua operacionalidade perdida”.

intangíveis para os moldes brasileiros, mormente nos tempos do Cruzeiro até o Cruzado Novo. Essa estabilidade potencializou o consumo não apenas sob o aspecto paroquial ou provinciano, mas também potencializou uma escalada em busca da plenitude do consumo global.⁶ Nesse atual estado de coisas, que legitimou uma efetiva transição democrática mediante a inclusão dos excluídos dos níveis mínimos de consumo, não mais fora tolerado que, para tomar um bom vinho francês ou adquirir um carro japonês, o brasileiro pagasse duas ou até três vezes mais do que pagava os outros países do mundo. O mercado de consumo globalizou-se e, assim, houve uma decretação de um suposto Juízo Final dessas mazelas que nos condenavam ao terceiro mundismo, o que permitiu aos brasileiros, parafraseando Rouge de L'Isle, em *A Marselhesa*, afirmarem, ainda que de forma parcial: "O dia de glória chegou".

Com o Código de Defesa do Consumidor, o sonho ao menos tornou-se menos abstrato, pois muitas boas coisas vieram. Nos supermercados, feiras e padarias, ouve-se, constantemente, que isto e aquilo são abusivos; que há direito assegurado de arrependimento e conseqüente devolução do produto; que a oferta vincula e, desta forma, legitima a exigibilidade de seu cumprimento, ou seja, os direitos previstos pelo Código contagiaram a todos, indistintamente. É gratificante a constatação empírica dessa tomada de consciência coletiva, em que donas-de-casa, profissionais autônomos e liberais em geral, enfim, até os advogados mais céticos apreenderam as prerrogativas imediatas que esta legislação trouxe para a salvaguarda dos direitos da cidadania. Para elucidar o exaltamento que perpassa esta situação, recorde trecho elucidativo de Eça de Queirós, em *A Correspondência de Fradique Mendes*: "A nação inteira se doutorou. Do norte ao sul, no Brasil, não há, não encontrei, senão doutores!" Esta é a miríade de noções positivas trazidas pelo Código nestes 11 anos de vigência que, de alguma forma, juridicizaram o pensamento do povo brasileiro.

Não obstante essas boas coisas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, algumas mazelas também vieram na bagagem. Expressão dessas mazelas é a figura grotesca do "sanguessuga legal", neste caso, também batizado de "consumidor profissional". O consumidor profissional é, na maioria das vezes, um rábula que, conhecedor dos aspectos pragmáticos da legislação, milita em causa própria, um sanguessuga que, valendo-se de um conceito deturpado de cidadania, o exaspera e o enaltece para obter vantagens indevidas e infunda-

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial*. São Paulo: LED, 1996.

das, porém permissivas de pleito em face da caixa de ressonância institucionalizada pelas legislações de terceira geração, que enfeixam os valores da fraternidade e da solidariedade, como é o Código de Defesa do Consumidor.

Nessa esteira de dilapidações palpitantes, o dano moral tem sido concebido vulgarmente como moeda de troca e instrumento de barganha nas relações de consumo cotidianas. O dano moral, que outrora fora considerado como uma extravagância do espírito humano e que percorreu longo calvário até firmar a possibilidade de sua exigibilidade em face da configuração do chamado *pretium doloris*, agora é objeto do que, nas origens, já se prenunciava: o abuso de sua instrumentalização.

O consumidor profissional conseguiu banalizar a indenização por dano moral concebida na órbita do consumerismo pátrio.⁷ Isto porque sua comoção, sua dor em face das ocorrências é sobremaneira aviltada pela malquerença que rege o seu agir. Ensejando locupletar-se indevidamente mediante a propagação judicial de sua torpeza, estes consumidores profissionais continuam entorpecendo o mercado de consumo, uma vez que o dano moral tem caráter e natureza subjetivos e, sendo assim, cada qual pode se dizer atingido em qualquer intensidade.

Essa miscelânea de valores, tanto os positivos quanto os negativos, trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, ao passo que imunizaram de forma contundente a parte vulnerável da relação de consumo, exasperaram os custos do empresariado brasileiro.

A positivação de normas de jaez protetivo foi o caminho encontrado pelo Poder Público para, por um lado, atender aos anseios de cidadania até então sufocados e, por outro, para eximir-se de sua parcela de responsabilidade pela escorchante carga tributária imposta.

Desta forma, mediante mapeamento e decomposição analítica do sistema tributário brasileiro, salta aos olhos um intrigante contraste: alíquotas exorbitantes, quantidade enorme de impostos e, em contrapartida, parques contribuintes.

Outras disparidades de relevo são sobressalentes nesse contexto disparatado dos tributos no País. A informalidade dos importados, ao arrepio da lei e mesmo da fiscalização, lamentavelmente consolidou sua morada entre nós. Os designativos “camelô” e “sacoleiro” são vocativos amplamente utilizados para

⁷ Sobre o assunto é interessante o trabalho de: CORDEIRO, Rosvany Terezinha. O dano moral, os seus fundamentos jurídicos e o Código de Defesa do Consumidor. *Ciência Jurídica*, v. 6, n. 48, p. 11 e ss, nov./dez. 1992.

caracterizar o comerciante que, sob a égide da tributação, vive uma realidade empresarial às avessas, uma vez que nada recolhe ao erário. Em sentido contrário, as empresas regularmente constituídas somente podem operar no mercado formal, ou seja, aquele excessivamente regulado pela legislação tributária que, não raro, inviabiliza a atividade empresarial e é responsável por um sem-número de falências.⁸

Dentro desse tratamento deletério dado ao empresariado brasileiro, seja no tocante a negligência com que se coíbe o empresariado informal, seja no estabelecimento por parte do Estado de um cume tributário cada vez mais elevado,⁹ é que procuraremos delinear o rol de abusividades quotidianamente levadas à efeito no cenário mercantil nacional.

3. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei concebida em bases modernas, permeada por técnica legislativa contemporânea que enaltece as cláusulas gerais, salientando seu teor principiológico e, dessa forma, resistindo ao célere e pujante crescimento da sociedade tecnológica, que torna ultrapassada qualquer legislação que se queira analítica e regulamentar, ou seja, contrapõe-se a qualquer legislação extremamente tipificadora, característica que era comum nos Diplomas edificados no século passado.¹⁰

Os juristas que esculpiram essa legislação consumerista analisaram, ostensiva e minuciosamente, todas as questões advindas do mercado de consumo massificado, até há pouco própria apenas dos países industrializados, que não mais conseguiam compatibilizar os institutos do Direito clássico, que tinham consigo os pressupostos do sinalagma entre as partes contraentes, aos reclamos imediatos dos consumidores, para os quais, diante do poderio

⁸ A carga tributária no Brasil sempre foi fator desestimulante da livre iniciativa. Nesse mesmo sentido: ALBUQUERQUE, Marcos Cintra Cavalcanti de. *Carga tributária e seu impacto na economia*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1985.

⁹ Demonstrando os artifícios para majoração da carga tributária sem alteração das bases do sistema, ver: MENEZES, Paulo Lucena de. Revisão constitucional e a questão da carga tributária. *Boletim Legislativo Adcoas*, v. 28, n. 15, p. 397 e ss, 1994.

¹⁰ Asseverando as técnicas legislativas que devem estar presentes na feitura de qualquer legislação moderna, ver: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 437-439.

econômico, não havia igualdade ou equilíbrio possíveis. Em outras palavras, como já havemos de esclarecer:

“Forjada à partir de uma economia de mercado que se quer notadamente capitalista, mas que vem, de pouco em pouco, vislumbrando a necessidade de atenuação de seu rigor a partir do surgimento de uma terceira via, até então sedimentada por um solidarismo social ainda tímido e cambiante, a lei de regulação do consumerismo pátrio anseia pela possibilidade de amalgamar a normatização legalista a um fator de inclusão social, que constitua permissivo para que atores sociais, até então economicamente marginalizados, possam palmilhar as veredas do consumo, consagrando, assim, efetivamente, o princípio da igualdade como corolário lógico da dignidade da pessoa humana”.¹¹

O ato de consumo abandonou sua estrutura eminentemente econômica e trasladou-se, quase que completamente, para as veredas da juridicidade, acentuando sua conotação jurídica como expressão da idéia de cidadania.

A defesa do consumidor acabou se concretizando e transformando em realidade a necessidade da disciplina jurídica dessa nova relação social surgida do agravamento da massificação da economia capitalista.

Com a massificação da economia, houve a conseqüente convergência de forças econômicas, cuja manifestação fora o grande fortalecimento dos fabricantes de bens e dos prestadores de serviços, o que perpetrou uma transição na sociedade, transfigurando a hermenêutica do Direito e, assim, fomentando a necessidade de uma reorganização na legislação brasileira com o objetivo de resguardar e socorrer o cidadão consumidor.

A sociedade brasileira, ainda nos estertores do século XX, já tinha consigo o pesadelo da ineficácia da concepção clássica da Teoria Geral dos Contratos, sobretudo no que concerne à idéia de sinalagma contratual. O Código de Defesa do Consumidor procurou suavizar esses disparates existentes entre uma teoria ultrapassada e uma sociedade moderna, buscando abrandar, mediante inversão do conceito, por exemplo, de ônus da prova, a desigualdade entre as partes gerada pela ordem econômica de Adam Smith tão disseminada entre nós. Os cientistas econômicos reputam que o consumo se desenvolve ou se

¹¹ TALAVERA, Glauber Moreno. Às vésperas dos 10 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Associação dos Pós-Graduandos da PUC-SP*, n. 24, p. 93 e ss, 2000.

atrofia sob a égide de fatores de natureza extra-econômica,¹² sendo preponderantes os fatores de ordem passional. O consumo, sob as influências dessa visão, é considerado como um fenômeno social, sendo, portanto, enaltecido pela tendência de um indivíduo ser insuflado ao ato de consumo pelo ato ou postura do grupo ou categoria da qual ele sente ser membro ou pelo ato ou postura do grupo ou categoria com o qual ele imagina ter mais afinidade.

As tentativas de salvaguardar os consumidores contra os riscos aos quais o sistema moderno de distribuição de produtos e serviços os expõem foi o que levou o Estado a intervir na integralidade dessas relações por meios diversos.

O advento e a propulsão de uma nova ordem foram edificados com a finalidade de congreamento das relações sociais intersubjetivas, pois novos interesses desvinculados dos interesses específicos de cada indivíduo vieram à lume. Nessa nova feição da relação consumerista, as reclamações passam a ser plurissubjetivas, reportando-se à qualidade de vida e à manutenção dos predicados de segurança¹³ do sujeito como cidadão consumidor.

4. O CONSUMERISMO NO VELHO CONTINENTE

De um modo geral, a doutrina aponta cinco princípios basilares que são o norte das regras jurídicas sobre publicidade. Os fundamentos essenciais desses princípios são de ordem variada, oscilando apenas em função dos valores precípuos resguardados por cada um deles.

Como primeiro princípio podemos colacionar o princípio da liberdade, que ainda é regra nos países de regime capitalista, mormente nos que optam por prestigiar a livre iniciativa, não obstante as restrições legais modernamente existentes. Ato contínuo, temos de trazer o princípio da identificação, que é conquista recente da proteção dos consumidores, uma vez que estabelece a necessidade de que o público destinatário do anúncio possa identificá-lo como tal, colocando esse público de sobreaviso sobre a natureza mercantil da men-

¹² Sobre o tema veja: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: RT, 1990.

¹³ Na jurisprudência, ver RT 697/140 – Transporte coletivo de passageiros – Via rodoviária – Extravio de bagagem – Indenização – Responsabilidade da empresa, uma vez que se obriga, necessariamente, a garantir a segurança do bem – Nulidade, portanto, da cláusula que coloca o consumidor em desvantagem exagerada – Verba devida – Inteligência do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (TJES).

sagem que será transmitida. Esse princípio põe em xeque a possibilidade de veiculação de publicidades ocultas, clandestinas ou dissimuladas, além de refutar a publicidade de natureza subliminar, que invade o imaginário do consumidor sem que este esteja predisposto à realização do ato de consumo.

Como terceiro princípio que rege a publicidade temos a veracidade. O princípio da veracidade é, na concepção dos mais eminentes especialistas da seara publicitária, da qual compartilhamos, o mais retumbante dos princípios dessa atividade, tendo sido a fagulha motivadora da inspiração dos legisladores, não apenas no afã da proteção aos consumidores, mas também no que diz respeito à execração da concorrência desleal entre fabricantes e fornecedores de produtos e de serviços¹⁴ no mercado de consumo. O escopo moderno desse princípio tem a ver não só com a autenticidade da informação publicitária, mas também com a prova da veracidade do quanto é veiculado pelo fornecedor como declaração de vontade receptícia, ou seja, que o fornecedor tenha consigo a posse dos dados que perfaçam todo o cabedal técnico que possa dar sustentação fática à proposta veiculada. Esta principiologia, haurida em matéria de sobredireito, vai além da visão comezinha da reciprocidade, pois exige a exata correspondência entre o conteúdo da mensagem e as características do produto ou do serviço, ao passo que, concomitantemente, estabelece a proibição de fórmulas que possam, potencialmente, induzir em erro o consumidor, inclusive pela ambigüidade ou pela ficta hiperbolização qualitativa, por vezes imperceptível pelo denominado “consumidor médio” ou, mais propriamente, pelo “consumidor visado”. Em respeito à veracidade, proíbe-se a publicidade enganosa.

O princípio da lealdade constitui axioma cuja valoração não está na proteção dos consumidores, mas na proteção dos fornecedores, uns contra os outros. Não diríamos que configura princípio em declínio, tendo em vista a tendência moderna em admitir-se, em prol dos consumidores, a publicidade comparativa. A publicidade, embora comparativa, deve ser sempre leal.

O objeto do *princípio de ordem pública ou da legalidade* – é diferente dos anteriores. Aqui não se leva em consideração apenas a proteção dos consumidores ou concorrência leal. Os valores que este princípio tem a resguardar são

¹⁴ Sobre os delineamentos que caracterizam a concorrência desleal, veja: DUTOIT, Bernard. O direito da concorrência desleal e a relação de concorrência; dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa. *Revista dos Tribunais* 717/7.

de ordem superior, determinando a proibição de publicidade atentatória, à igualdade das pessoas, privacidade, defesa ambiental, direitos da criança e da mulher. Esse princípio revela-se na vedação da *publicidade abusiva*, assim denominada pela lei brasileira.

5. PRÁTICAS ABUSIVAS EM GERAL

Para termos uma idéia do que vem a ser uma prática abusiva, temos de analisá-la não apenas sob a ótica do Direito brasileiro, mas também do Direito internacional.

No Direito argentino, por exemplo, as práticas abusivas são conceituadas como *condições irregulares de negociação nas relações de consumo*, em decorrência do princípio da autonomia da vontade.

Para o advogado e escritor Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, a melhor definição é que as práticas abusivas estão ligadas às práticas comerciais nas relações de consumo, à regularidade do exercício do comércio e às relações entre fornecedor e consumidor.

Em outra definição, as práticas abusivas seriam também as que manipulam a vontade do consumidor ou as que o levam a aceitar o negócio pernicioso à sua economia.

A prática abusiva é a divergência dos padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. Nem sempre essas práticas apresentam-se de forma enganosa, mas carregam uma alta dose de imoralidade econômica e de opressão ou, simplesmente, dão vazão aos danos substanciais que vão contra o consumidor.

Desta forma, toda vez que o fornecedor usar de algum artifício ou princípios contrários à legislação em vigor, será considerado abusivo e, portanto, ilícito, sujeitando o infrator às sanções penais previstas na lei.

Tais princípios estão destacados como cláusulas abusivas no direito do consumidor, chegando até a ser motivo de muita discussão perante os tribunais e órgãos competentes que defendem o consumidor. As cláusulas mais comuns que podemos citar como exemplos são: perda de valores pagos em compra e venda e compromisso de compra e venda; cláusula mandato em contrato de mútuo e cartão de crédito; cláusula de exoneração ou limitação de responsabilidade no contrato de transporte; e cláusula de eleição de foro.

Para concluir, o objetivo da lei é estabelecer uma malha protetora contra os fornecedores que se desviam de suas finalidades e nunca agasalhar preciosismos formalísticos. Todavia, seria impossível para qualquer legislador tentar esgotar em um elenco de disposições legais a infinita criatividade de abusos que podem ser desenvolvidas e praticadas por agentes do poder econômico, até porque a dinâmica é fator preponderante nas relações de consumo.

Assim, as práticas ditas abusivas não são somente aquelas agrupadas no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim todos os tipos de práticas que são reprimidas pelo sistema como um todo, criado pela Lei n. 8.078/90 e constantes do ordenamento jurídico.

6. PRÁTICAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

6.1 Contratos

Sob a ótica de uma abordagem contratualista, não mais é possível asseverar-se que remanesce ainda algum resquício de autonomia real da vontade e tampouco da clássica liberdade contratual, uma vez que esta fora suprimida sobremaneira pelo intervencionismo estatal e pela instituição da função social do contrato prevista no novo Código Civil, produto da publicização de direitos que outrora eram de natureza predominantemente privada.

Nas modernas sociedades de consumo, caracterizadas pelos avassaladores sistemas de produção e distribuição massivos, as relações contratuais tornam-se fluidas, ou seja, menos formais e mais relacionais, pois os atores sociais são, a cada dia, mais despersonalizados e tornam-se, nos autos dos processos que institucionalizam-se na parafernália judicial, simplesmente sujeitos de direito. Nesse contexto abstrato em que a vontade é forjada por meio de mecanismos arquitetados unilateralmente por fabricantes e fornecedores, surgem os contratos-padrão, também nominados como “contratos estandarizados”, cuja manifestação na seara pragmática é bastante sensível nos contratos de adesão e nas condições gerais dos contratos.

Atualmente, as contratações levadas à efeito por esses métodos preterem todas as demais, seja devido aos reclamos próprios da celeridade que as relações contemporâneas pugnam, seja pela efetiva possibilidade de sobrepor o capital ao trabalho vislumbrada por fabricantes e fornecedores.

Esta nova realidade social, expressa nas formas de instrumentalizar a contratação, é bem dessemelhante, para não dizer diametralmente antagônica, da Teoria Clássica dos Contratos, sedimentada nas grandes codificações do século XIX, que edulcorava o individualismo jurídico, traço característico do Código Civil de Beviláqua, concebido sob os auspícios da ideologia do Código Civil francês.

Nesse mister, diante da execração das explorações realizadas sob a égide da autonomia da vontade, ao Estado fora dado intervir nas relações privadas, mormente nas de consumo, restringindo o âmbito de atuação da autonomia da vontade, editando normas de natureza imperativa e promovendo, dessa forma, o esvaziamento do direito privado em prol do estabelecimento de uma verdadeira cruzada para uma regulação mais contundente das relações entre consumidores e fornecedores.

A primeira disposição normativa da Lei n. 8.078/90 – art. 1º do Código de Defesa do Consumidor – salienta esta medida do intervencionismo estatal, ordenada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXII; art. 170, inc. V e também no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, mediante instituição de efeito protetivo, visou a promover a harmonização de forças dos sujeitos de direitos inseridos nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor tem por finalidade a regulação de todo o consumerismo pátrio, bem como das relações reflexas ou conexas às relações de consumo no ambiente social, abarcando, além da figura do consumidor efetivo, também o circunstante inserido ocasionalmente na relação. Não obstante, nessa diminuta incursão que ousamos levar à cabo, interessa apenas a relação contratual entre consumidor e fornecedor de bens ou serviços.

Conotações várias poderiam permear a presente reflexão acerca do estudo da proteção do consumidor nas relações contratuais, porém, o estudo de maior envergadura, no âmbito dessa reflexão, é o do controle judicial ou administrativo, que deverá ser exercido sobre o conteúdo das cláusulas desses contratos. Neste estudo, gostaríamos de focar as normas do Código de Defesa do Consumidor no que elas têm de novo em relação ao ordenamento jurídico brasileiro tradicional, pois, somente o conhecimento e o domínio dessas mudanças possibilitará uma adaptação sem grandes traumas dos contratos existentes no mercado. O desejável seria, portanto, que o respeito aos novos direitos do consumidor e aos novos deveres do fornecedor ocorresse naturalmente na sociedade, permitindo harmonizar e evitar os conflitos de interesses nas relações de consumo.

Em outras palavras, gostaríamos de analisar aqui as novas regras para a proteção contratual do consumidor não como pólos ou como instrumentos para múltiplas e intermináveis discussões jurídicas, mas, ao contrário, queremos frisar que as novas regras são mandamentos cogentes para a adaptação do fornecedor de bens e serviços ao novo equilíbrio e equidade contratual agora obrigatórios: mandamentos estes que, uma vez descumpridos, darão origem a sérias sanções civis, administrativas e mesmo penais.

6.2 Contratos de adesão e condições gerais dos contratos

Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiram, individual e livremente, as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos *contratos paritários ou individuais*.

Ainda hoje existem *contratos paritários*, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, mas são em número muito limitado e, geralmente, nas relações entre dois particulares (consumidores) e, mais raramente, entre dois profissionais e somente de um mesmo nível econômico.

Na sociedade de consumo, predominam os métodos de contratação em massa. É o fenômeno da predisposição unilateral do conteúdo do contrato, seja por meio de contratos de adesão, seja por contratos submetidos a condições gerais.

No contrato de adesão, o seu conteúdo é preestabelecido por uma das partes, restando à outra somente a possibilidade de aceitar em bloco as cláusulas estabelecidas, sem poder modificá-las substancialmente, ou, então, recusar o contrato e procurar outro fornecedor de bens. Assim, os consumidores que desejarem contratar com a empresa ou mesmo com o Estado já receberão pronta e regulamentada, geralmente em formulários impressos, a relação contratual, seus direitos e obrigações, não havendo negociação individual dos termos desse contrato. Desta maneira, limita-se o consumidor a aceitar (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas do contrato, assumindo um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado.

Nos contratos submetidos a “condições gerais”, também há elaboração prévia do conteúdo do futuro contrato, mas a lista de cláusulas, que formam as

condições gerais dos contratos daquele empresário, pode não estar inserida no instrumento do contrato, ou porque constitui um anexo, ou porque está afixada no estabelecimento do empresário ou, simplesmente, porque o contrato foi oral.

Entende-se como contrato submetidos a *condições gerais* aqueles contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressivamente, que cláusulas, elaboradas previamente pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico. Típico aqui seriam os contratos de transporte, contratos a vista em macromercados, em garagens e mesmo alguns contratos bancários. Assim, por vezes, condutas sociais típicas na sociedade vão indicar um fechamento de contrato e a aceitação de determinadas cláusulas gerais, como, ao embarcar em um ônibus ou ao hospedar-se em determinado hotel, fecha-se um contrato submetido a determinadas condições de utilização afixadas em um lugar visível para o consumidor.

Podemos entender, assim, que as expressões *condições gerais dos contratos e contratos de adesão* não são sinônimas. Entretanto, segundo a doutrina alemã, a expressão *condições gerais* pode englobar todos os contratos de adesão tanto os que usam formulários impressos, os contratos-modelo e os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas que são elaboradas previamente unilateral e uniforme pelos fornecedores, com a única diferença que, nestes casos, as condições gerais estão inseridas no próprio texto do contrato e não em instrumento anexo, como acontece normalmente. Eis porque muitos autores utilizam indistintamente os termos.

Hoje, estas novas técnicas de contratação são indispensáveis ao moderno sistema de produção e de distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminá-las da realidade social. Elas trazem vantagens evidentes para as empresas (rapidez, segurança, previsão dos riscos, etc.), mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes hipossuficientes ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as elaboram previamente e na proteção que acreditam ser dada por um Direito mais social. Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-los de maneira que mais lhe convém, incluindo uma série de cláusulas inequitativas ou abusivas.

Ao Direito coube, portanto, a tarefa de procurar o reequilíbrio da relação contratual, a chamada justiça ou equidade do contrato, criando uma concep-

ção mais social do Direito do contrato, voltado menos para a vontade do indivíduo e mais para os reflexos e expectativas que estes contratos de consumo criam na sociedade atual.

No País, essa intervenção estatal nas relações de consumo deu-se, especialmente, por meio da imposição, pelo novo Código de Defesa do Consumidor, de normas imperativas. Estas normas cogentes, em matéria contratual, limitam o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, impondo deveres aos elaboradores dos contratos, criando novos direitos para os consumidores e tutelando determinadas expectativas dos contraentes, oriundas da sua confiança no vínculo contratual.

O contrato, negócio jurídico por excelência, continua a ser um ato de auto-regulamentação dos interesses das partes, e, portanto, um ato de autonomia privada, mas este ato só pode ser realizado nas condições agora permitidas pela lei. É uma nova concepção mais social do contrato, em que a vontade das partes não é a única fonte das obrigações contratuais e a posição dominante passa a ser a da lei, que dota, ou não, de eficácia jurídica aquele contrato de consumo.

O princípio clássico da autonomia da vontade vai ser relativado por preocupações de ordem social. Tentando harmonizar os interesses envolvidos em uma relação de consumo, as novas normas de tutela valorizam tanto a vontade, como a boa-fé, a segurança e o equilíbrio das relações contratuais. O Direito passa a ser o orientador do conteúdo dos contratos, o realizador da equitativa distribuição de obrigações e direitos nas relações contratuais e não só o garante da livre manifestação da vontade.

Atualmente, podemos definir contrato de consumo como todas as relações contratuais que fazem a ligação entre um consumidor e um profissional fornecedor de bens ou serviços. Esta nova terminologia tem como objetivo englobar todos os contratos civis e até mercantis, nos quais, por estar presente em um dos pólos da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes. Este desequilíbrio teria reflexos no conteúdo do contrato, daí nascendo a necessidade do direito regular estas relações contratuais de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, harmonizando as forças do contrato por meio de uma regulamentação especial.

O CDC estabelece normas de proteção e defesa do consumidor e institui em seu art. 46 uma proteção contratual às “relações de consumo”.

Para identificarmos quais são os contratos submetidos às novas normas do Código, é necessário ter uma visão clara do campo de aplicação desta lei, tanto *ratione personae*, definindo quem será considerado *consumidor* e quem são os *fornecedores* de bens e serviços, quanto *ratione materiae*, incluindo ou excluindo contratos especiais, como os de trabalho, contratos administrativos ou as técnicas especiais de contratação, aqui referidas, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.

O campo de aplicação do Código possuiria, assim, pelo art. 1º, uma importante limitação *ratione personae*, aplicando-se somente aos contratos em que está presente um consumidor. Esta limitação, porém, não tem a força que se pode supor à primeira vista se considerarmos que o Código é exatamente generoso ao definir quem são os consumidores por ele protegidos.

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.

O legislador brasileiro preferiu uma definição mais objetiva de consumidor. O art. 2º do Código define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Logo, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como *destinatário final*. Assim, para o art. 2º, o importante é a retirada do bem de mercado (ato objetivo), sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo).

Neste sentido, no caso da aquisição para revenda, o comprador não pode ser caracterizado como consumidor, pois não é o destinatário do bem. O contrato, portanto, não será protegido pelas normas especiais do Código. Assim, estarão excluídos do campo de aplicação da nova lei grande parte dos contratos comerciais.

É interessante o caso em que o comerciante ou profissional liberal adquire um bem, um computador ou uma máquina para usar em seu escritório ou loja. Não há como negar que, nestes casos, ele retirou o bem de circulação no mercado e é o destinatário final. De acordo com o art. 2º do Código, mesmo em se tratando de um bem como instrumento de trabalho, de produção, de lucro, estariam estes contratos incluídos entre aqueles tutelados pelas normas de de-

fesa do consumidor. A doutrina, porém, já começa a defender a necessidade de uma maior subjetividade na definição de consumidor. Esta definição adviria dos próprios princípios norteados pelo Código enquanto lei de tutela especial, tutela excepcional e, portanto, necessariamente, lei de interpretação restritiva. Segundo esta corrente de professores paulistas, o Código tem sua base (art. 4º, inc. I) justamente na idéia de hipossuficiência e vulnerabilidade do sujeito de direitos, que só então poderia ser caracterizado como consumidor.

Na definição do art. 2º, estão incluídas como consumidores as pessoas jurídicas, tanto as públicas quanto as privadas, com ou sem fim lucrativo. O Código parece realmente tratar de maneira diferenciada o consumidor *pessoa física* e o consumidor *pessoa jurídica* (art. 51, inc. I). O critério subjetivo seria não a caracterização da pessoa como profissional, mas a sua auto-suficiência, seus conhecimentos técnicos ou profissionais específicos, em relação ao bem ou ao serviço que adquire ou utiliza. E, no caso do consumidor pessoa física, a nova lei presumiria esta hipossuficiência.

Vejamos a experiência no Direito estrangeiro de delimitação do campo de aplicação *ratione personae* das leis tutelares dos direitos dos consumidores. Assim, na França, a Lei n. 78-23, de 10 de janeiro de 1978, dizia-se aplicável somente à proteção contra cláusulas abusivas inseridas em “contratos concluídos entre profissionais e não-profissionais ou consumidores” (art. 35 da lei). Logo, estariam excluídos do campo de aplicação da lei os contratos entre dois profissionais. A jurisprudência francesa, porém, perante os inúmeros contratos entre pequenos empresários ou profissionais liberais e fornecedores de bens, em que os primeiros, apesar da profissão, agiam, nestes contratos, sem conhecimentos técnicos especiais e fora do campo de sua atividade comercial, acabou, em 1987, relativando o conceito e entendendo que o profissional, nestes casos, também é consumidor.

Parte da doutrina critica esta tendência francesa atual e considera que só uma definição subjetiva e restrita da pessoa do consumidor permite identificar o grupo mais fraco na relação do consumo, único que mereceria a tutela especial do Direito. Neste sentido, o necessário divisor de águas seria o fim do lucro do profissional ao contratador. Assim, no caso das pessoas jurídicas, só aquelas sem fins lucrativos poderiam ser assemelhadas a consumidores.

Outra experiência significativa no Direito comparado é a da lei alemã de 1976 sobre as condições gerais dos contratos, conhecida pela sigla *AGB-Gesetz*. Esta lei optou desde 1976 por controlar também as condições gerais inseridas

em contratos entre dois profissionais ou comerciantes. No entanto, supondo que, nestes casos, haveria um maior equilíbrio no poder de barganha e discussão do conteúdo, tentou reduzir a proteção concedida ao considerar aplicável somente a cláusula geral proibitória de cláusulas abusivas.

É necessário esclarecer que esta proteção para os contratos envolvendo dois comerciantes só existe quando o contrato “faz parte da atividade do estabelecimento do comerciante”, caso em que aplica-se a cláusula geral, os usos e costumes comerciais. Nos demais contratos, a proteção concedida ao profissional é a mesma concedida a um consumidor comum.

Todavia, a jurisprudência alemã, acostumada até 1976 a controlar o conteúdo de todos os contratos de modo a garantir o cumprimento do princípio basilar do sistema jurídico alemão, o princípio da boa-fé, acabou por interpretar, extensivamente, a cláusula geral e a conceder praticamente a mesma tutela aos contratos entre comerciantes.

Para nós, esta experiência alemã de alargamento do campo de aplicação *ratione personae* da lei parece indicar que, em se tratando de contratos elaborados prévia e unilateralmente, contratos de adesão e de condições gerais dos contratos, a caracterização do contratante como profissional pouca importância tem. Assim, se o Direito almeja um reequilíbrio contratual neste campo, deve estender a proteção, nestes casos, também aos contratos entre dois profissionais.

É bom lembrar que o critério de destino final foi recusado pelos que elaboraram a lei alemã de 1976 sob o argumento de ser “pouco prático”, pois exigiria do fornecedor de bens saber se seu parceiro contratual será ou não o destinatário final do bem para poder orientar o conteúdo do contrato. A crítica, no caso brasileiro, fica esvaziada, uma vez que o CDC tem um campo de aplicação material mais amplo, regulando relações contratuais e extracontratuais, o que leva a concluir que o critério de destino final seria o único adequado.

Portanto, em face da experiência no Direito comparado, a escolha objetiva do legislador brasileiro parece ser uma escolha sensata, evitando excluir *ab initio* o profissional da proteção do Código. As observações dos professores paulistas têm, porém, fundamento, pois há verdadeiro perigo que a interpretação literal da definição do art. 2º do Código transforme o CDC em lei de proteção ao consumidor-profissional, comerciante ou industrial, quando destinatário final do bem e destinatário final do serviço. Esta interpretação estaria realmente em desacordo com o espí-

rito excepcional da tutela e o fim visado pelo Código, mas caberá à jurisprudência brasileira decidir sobre o assunto.

Quanto ao outro pólo da relação contratual de consumo, o Código define fornecedor de bens ou serviços, em seu art. 3º, como

“toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O Código entende, como serviço, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas apenas as de caráter trabalhista.

A definição é novamente ampla, mas, ao caracterizar o fornecedor como alguém que desenvolve atividades tipicamente profissionais, vai excluir da aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre dois consumidores não-profissionais. A exclusão parece correta, pois o Código, ao criar direitos para consumidores, cria deveres amplos para os fornecedores.

Podemos ainda observar que muito diferente da lei alemã se submeterão às normas do Código de Defesa do Consumidor brasileiro tanto os contratos elaborados previamente como quaisquer outros contratos envolvendo consumidores e fornecedores de bens ou serviços. Isto porque, seguindo a solução da lei francesa, o Código subdividiu suas normas em normas especiais para a tutela dos contratos de adesão (art. 54) e normas gerais aplicáveis às cláusulas abusivas (arts. 51 a 53), estejam elas inseridas em um contrato de adesão ou em qualquer outro tipo de contrato, paritário ou não.

Ao regular tanto os contratos individuais ou paritários quanto os contratos de adesão, está o CDC determinando a aplicação de suas normas de interpretação e de proibição de abusos à maioria dos contratos hoje existente na sociedade, invadindo áreas tradicionalmente dominadas pelas normas do Código Civil.

Em resumo, podemos concluir que as novas normas do Código sobre a proteção contratual serão aplicadas a todos os contratos, com exceção dos contratos trabalhistas, envolvendo consumidores e fornecedores de bens ou serviços. Contratos estes agora denominados contratos de consumo sejam eles de compra e venda, de locação, de depósito, de seguro, de abertura de conta – corrente, de prestação de serviços profissionais, de empréstimo, de financiamento ou de alienação fiduciária, de transporte, de saúde ou seguro saúde, só para citar os mais comuns.

6.3 Combate às cláusulas abusivas

O CDC escolheu, no art. 51, a *nulidade absoluta* como sanção para as cláusulas abusivas, deixando claro o caráter destas cláusulas como gravemente ofensivas ao novo espírito social do Direito brasileiro.

Uma vez que a nulidade absoluta deverá ser decretada *ex officio* pelo Poder Judiciário, cria o CDC, na prática, um novo *controle incidente* do conteúdo e da equidade de todos os contratos de consumo submetidos à apreciação do Judiciário brasileiro. Um *controle direto* também é possível, como mostra os arts. 80 e 83, por meio de uma ação de nulidade da cláusula.

O CDC inova ao criar, em seu art. 51, § 4º, um *controle judicial em abstrato*. Segundo esta norma, o Ministério Público é o único legitimado para propor essa ação de controle abstrato dos contratos oferecidos no mercado, a pedido do consumidor ou a pedido de alguma entidade que o represente.

Podemos observar que o projeto original do CDC continha normas (arts. 51, § 3º, e 54, § 5º), prevendo a criação de um *controle administrativo geral* das cláusulas elaboradas prévia e unilateralmente, a ser exercido pelo Ministério Público, cuja decisão teria caráter geral. Tais normas, porém, foram objeto de veto pelo Presidente da República, de maneira que a versão do CDC positivada em lei somente autoriza a falarmos de um controle judicial dos contratos de consumo.

A lei alemã de 1976 sobre as cláusulas contratuais inaugurou uma nova técnica legislativa em matéria de combate às cláusulas abusivas. Esta lei prevê duas listas de cláusulas, uma de cláusulas sempre consideradas ineficazes (a chamada lista negra do § 11) e a outra, com cláusulas que podem, a critério do juiz, ser consideradas ineficazes (lista cinza § 10). Para englobar os casos não previstos expressamente nas listas, traz o § 9º da lei alemã uma *cláusula geral* de proibição de cláusulas contrárias à boa-fé e que criem uma desvantagem exagerada.

O legislador brasileiro preferiu instituir a proteção contra cláusulas abusivas no CDC em apenas uma lista de cláusulas, sempre *nulas*, prevendo, ou praticamente escondendo, a *norma geral* de proibição de cláusulas contra a boa-fé no inc. IV dessa lista única.

Na lista de cláusulas abusivas, prevista no art. 51, § 2º, a nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, exceto “quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

A integração aqui é a dos efeitos do negócio, agora não mais previstos expressamente em virtude da invalidade da cláusula, recorrendo o juiz a nor-

mas supletivas ou dispositivas do ordenamento jurídico brasileiro. As nulidades absolutas caracterizam-se por não ser sanáveis pelo juiz, passando a relação contratual, naquele aspecto, a ser regida pela lei.

Cabe frisar, igualmente, que o art. 6º, inc. V, do CDC institui, como direito do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais, fazendo pensar que não só a nulidade absoluta serviria como sanção, mas também seria possível ao juiz modificar o conteúdo negocial.

Como o CDC não fornece maiores detalhes sobre este novo direito, podemos imaginar duas hipóteses, que o juiz modifique a cláusula reduzindo-a ao que permite a lei, a chamada “redução de eficácia” da doutrina alemã, cuja lei, porém, prevê a ineficácia de uma cláusula abusiva e não a sua nulidade absoluta, invalidez não sanável, que leva a se desconsiderar por completo a previsão contratual nula, como no sistema brasileiro. Logo, a modificação ou redução da cláusula contratual só seria possível quando ela não se enquadrasse no art. 51 como cláusula abusiva. A segunda hipótese seria que, no caso de nulidade da cláusula, o juiz recorresse não só a lei supletiva, mas ao próprio contrato, interpretando a vontade das partes para praticamente criar uma nova cláusula válida. Note-se, pelo art. 47 do CDC, uma interpretação integrativa, em que o juiz procura retirar das outras cláusulas e do contexto do contrato a disposição que falta, podendo ser considerada como pró-consumidor e, portanto, adaptada ao sistema do CDC.

A lista de cláusulas consideradas abusivas pelo CDC é bem específica e podem ser divididas em quatro grupos, vejamos:

1 – Ficam proibidas as cláusulas que limitam os novos direitos do consumidor

O inc. I do art. 51 do CDC considera nulas as cláusulas que afastem ou atenuem o direito à garantia por vício do produto criado pelo art. 18. Somente no caso de o consumidor ser pessoa jurídica, poderá ser limitado o *quantum* da indenização. Os arts. 24 e 25 dispõem igualmente que a garantia legal de adequação dos produtos ou serviços independe de sua inclusão no contrato e não pode mais ser exonerada por meio de estipulação contratual.

Os incs. II e III do art. 51, por sua vez, proíbem as cláusulas que retiram do consumidor a opção de reembolso em dobro criada pelos arts. 35 e 49, parágrafo único, assim como as cláusulas que transfiram a responsabilidade a terceiros.

O inc. VI do art. 51 refere-se ao novo direito criado pelo art. 6.º, inc. X, de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, considerando nulas as cláusulas que estabeleçam a inversão em prejuízo do consumidor. O inc. XVI do art. 51 impede a renúncia ao direito de indenização por benfeitorias necessárias, considerando nula e de pleno direito esta cláusula, das mais comuns nos contratos de locação.

Por fim, dispõe o inc. XV que serão consideradas nulas todas as outras cláusulas que não estão previstas na lista do art. 51, mas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”.

2 – Ficam proibidas as cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor

Os incs. IX, X, XI, XII e XIII do art. 51 consideram também nulas as cláusulas que prevêm: a opção de concluir ou não o contrato, a variação do preço, a possibilidade de cancelar o contrato e a possibilidade de receber de volta os custos da cobrança da dívida, sempre que igual direito não seja conferido ao consumidor. Nestes casos, as cláusulas não serão consideradas nulas por seu conteúdo, mas pela unilateralidade da vantagem concedida, o que as torna abusivas.

O inc. XIII merece maior atenção. Segundo este inciso do art. 51 do CDC, são nulas as cláusulas que “autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo e a qualidade do contrato, após sua celebração”. Neste caso, foi infeliz o legislador no uso da terminologia, pois, enquanto a modificação do conteúdo do contrato é uma expressão vasta, mas adequada, modificar a “qualidade” de um contrato não é tão fácil. Talvez aqui o legislador queira afirmar, a exemplo do § 10, n.4 da lei alemã de 1976, que são nulas as cláusulas que prevêm a modificação do conteúdo e da qualidade da *prestação contratual*.

Neste grupo de cláusulas abusivas, incluem-se as previstas no art. 53 do CDC, isto é, aquelas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em contratos de compra e venda de móveis e imóveis mediante pagamento em prestações, assim como nas alienações fiduciárias.

3 – Ficam proibidas as cláusulas “surpresa”

O inc. V do art. 51, vetado pelo Presidente da República, sancionava com nulidade as cláusulas que, segundo as circunstâncias e, em particular, segundo a aparência global do contrato viessem a surpreender o consumidor, após a cele-

bração do contrato. Este inciso, inspirado no § 3º da lei alemã, foi vetado sob o argumento de estar incluído no inc. IV do art. 51, o qual, como veremos, é no CDC brasileiro a cláusula geral. Efetivamente, parte da doutrina alemã criticava a norma do § 3º por considerar que todas as *cláusulas-surpresa* poderiam ser incluídas entre as proibidas pela regra do § 9º da lei alemã, que é, expressamente, a cláusula geral proibitória daquela lei e que, com sua amplitude, foi o grande responsável pela atualização e desenvolvimento da proteção contra cláusulas gerais abusivas na Alemanha. Logo, a repetição poderia ser positiva.

No Código de Defesa do Consumidor, porém, outras cláusulas-surpresa foram consideradas nulas. Assim, os incs. VII e VIII do art. 51 consideraram nulas as cláusulas que determinem a utilização compulsória da arbitragem e que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor.

4 – *Ficam proibidas as cláusulas contrárias à boa-fé (cláusula geral proibitória)*

O inc. IV do art. 51, combinado com o § 1º deste mesmo artigo, constitui, no sistema do CDC, a cláusula geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo. O inc. IV, de nítida inspiração no § 9º da lei alemã, proíbe, de maneira geral, todas as disposições que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em *desvantagem* exagerada, ou sejam, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

As expressões *boa-fé* e *equidade* são amplas e subjetivas por natureza, portanto, caberá ao Poder Judiciário concretizar esta norma escondida no inc. IV do art. 51.

São nulas, igualmente, as cláusulas que coloquem o consumidor em *desvantagem exagerada*. O § 1º do art. 51 estabelece a presunção de que é exagerada a vantagem que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence”, que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual”, que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do caso”.

É inegável, portanto, que o inc. IV do art. 51, com a abrangência que lhe dá o § 1º do referido artigo, é a verdadeira norma proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos de forma exemplar nos outros incisos do art. 51.

A boa técnica legislativa ordenaria que norma tão importante e ampla estivesse contida em artigo próprio e não escondida, talvez por medo do veto, em uma lista de 15 incisos. No entanto, seja como for, a *cláusula geral da boa-fé, da equidade e do equilíbrio* nas relações contratuais foi assim positivada no CDC, cabendo a jurisprudência brasileira examinar o conteúdo de todos os contratos de consumo, segundo estes novos critérios.

6.4 Publicidade abusiva

O § 2º do art. 37 preocupa-se em demonstrar de forma exemplificada alguns tipos de publicidade abusiva, deixando claro:

“É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Pelo enunciado, verifica-se que a publicidade abusiva transpõe as fronteiras do direito do consumidor, em função do princípio da ordem pública ou legalidade. Os valores a que a lei visa a proteger são os da comunidade. Abusivo é o que ofende a ordem pública (*public policy*), ou não é ético ou é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores.

Como podemos observar, o Código de Defesa do Consumidor não definiu, como já assinalamos, publicidade abusiva. O CDC coloca uma lista meramente enumerativa, deixando à interpretação casuística, que deverá atrelar-se, tão-só ao conceito de abuso, a conclusão no sentido de determinada mensagem ser ou não abusiva.

Para se ilustrar o conceito de mensagem publicitária abusiva, nada melhor que um exemplo. Em recente publicidade no País, que foi veiculada por *outdoors* e anúncios em revistas, a figura de dois religiosos, visivelmente da Igreja Católica, unidos com um beijo sensual. Essa mensagem causa, de imediato, um certo repúdio, em face do ataque acintoso a um valor próprio dessa religião, representado pela proibição do matrimônio aos religiosos. Parece-nos que, no caso, há desrespeito de um valor, cultuado por um dos segmentos da nossa comunidade, o que poderia conduzir a considerar-se abusiva essa mensagem.

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária parece respaldar nosso entendimento ao dizer que toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar, proibindo o anúncio que estimule ou favoreça qualquer tipo de discriminação, inclusive religiosa.

Outra questão delicada a se considerar é a concernente à publicidade de tabaco e de bebidas alcoólicas, em função da última parte do citado § 2º (art. 37), que afirma ser abusiva a publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.

Está claro que a publicidade desses produtos visa a persuadir o consumidor a comprá-los e, portanto, estimulam o seu consumo (induzem a um comportamento). Está claro também, e comprovado cientificamente, que o uso de tabaco provoca conseqüências danosas e irreversíveis à saúde das pessoas. O consumo excessivo de bebidas alcoólicas traz, da mesma forma, prejuízos de monta à saúde.

Essas considerações nos faz concluir que a publicidade de tabaco e de bebidas seria, na verdade, capaz de induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde. Em especial, a mensagem é formulada de maneira tal que as pessoas associem o uso desses produtos ao melhor desempenho esportivo ou sexual, à melhoria das relações sociais ou afetivas. Nesse tipo de anúncio, as cores são sempre vibrantes, as ações são audaciosas, e tudo leva a crer que a atuação dos tabagistas e alcoólatras é sempre fantástica. Tais considerações nos parece suficiente para concluir como chega a ser abusiva esse tipo de mensagem, citado no enunciado final do § 2º (art. 37).

Digno de desprezo seria como fez a Comunidade Européia, por meio da Diretiva 89/552, que chega a proibir, taxativamente, a publicidade de produtos à base de tabaco e traçar restrições à publicidade de bebidas alcoólicas, de modo a não estimular o seu uso excessivo.

O legislador constituinte traçou parâmetros que devem ser seguidos pelo legislador ordinário. A obediência aos limites indicados na Constituição é o mínimo a ser cumprido pela norma infraconstitucional, que, ao invés de simplesmente estabelecer os meios legais de defesa do consumidor em relação à publicidade de tabaco e de bebidas alcoólicas, poderia proibir a publicidade desses produtos.

Nessa questão, deve ser levado em conta, como em qualquer outra, o consumidor médio, que não possui o necessário discernimento para avaliar o risco do consumo desses produtos e se vê sempre cobrado e induzido, pela publicidade constante, a ter este comportamento, que seria capaz de levá-lo a vivenciar as maravilhosas cenas anunciadas.

Uma outra questão a ser considerada é a publicidade de terapias e medicamentos, exceto se for dirigida ao *expert*, mereceria as mesmas considerações.

Pelo que se entende da lei do consumidor, e considerando que todo medicamento tem, em si mesmo, uma carga potencial de nocividade e periculosidade à saúde humana, entendemos que toda publicidade comercial de medicamentos com prescrição médica obrigatória deva ser proibida, por ser abusiva.

Os medicamentos, com prescrição médica obrigatória ou não, deveriam ser apresentados pelos laboratórios que o fabricam aos profissionais da área médica somente pelas revistas especializadas, que, por sua vez, recomendarão o uso a seus pacientes na medida de suas necessidades, observando os elementos químicos que o compõem e as reações pessoais de cada paciente, além das contra-indicações.

Desta forma, o anúncio de medicamentos obedeceria a um procedimento todo especial, no que se refere ao seu público-alvo. Todavia, o anunciante tem o dever social e legal de adotar todas as medidas de segurança, introduzindo na bula, de forma clara e objetiva, sem deixar margem a dúvidas, quanto aos componentes químicos da droga e os efeitos colaterais que possam vir a causar no paciente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Marcos Cintra Cavalcanti de. *Carga tributária e seu impacto na economia*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1985.

ALVIM, José Manoel de Arruda et al. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: RT, 1991.

BENETI, Sidnei Agostinho. Demora judiciária e acesso à justiça. *Revista dos Tribunais* 715/377.

CORDEIRO, Rosvany Terezinha. O dano moral, os seus fundamentos jurídicos e o Código de Defesa do Consumidor. *Ciência Jurídica*, v. 6, n. 48, p. 11 e ss, nov./dez. 1992.

DUTOIT, Bernard. O direito da concorrência desleal e a relação de concorrência; dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa. *Revista dos Tribunais* 717/7.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FROMM, Erich. *Análise do homem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: RT, 1990.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial*. São Paulo: LED, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002, 1 v.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A imprensa e os danos morais. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 10 abr. 1996, p. 3.

MENEZES, Paulo Lucena de. Revisão constitucional e a questão da carga tributária. *Boletim Legislativo Adcoas*, v. 28, n. 15, 1994.

PENTEADO, Luciano de Camargo. As cláusulas abusivas e o direito do consumidor. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, v. 11, n. 85, mar. 1996.

PIMENTEL, Mirian. Custo Brasil: é hora de descascar esse abacaxi. *Inovação Empresarial*, São Paulo: Unesp, ano IV, n. 70, p. 8-11, 2003.

SILVEIRA, José Neri da. Em busca da plenitude da cidadania. *Revista dos Tribunais* 687/236

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas mercantis no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 1999.

TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001.

_____. Às vésperas dos 10 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Associação dos Pós-Graduandos da PUC-SP*, n. 24, 2000.

VIEIRA, Jair Lot. *Lei antitruste: repressão ao abuso do poder econômico: Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, com as alterações introduzidas pela MP n. 542, de 30 de junho de 1994*. Bauru: Edipro, 1994.