

CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

Vinícius Teixeira Pimentel

VINÍCIUS TEIXEIRA PIMENTEL

CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso Superior de Direito da UniFacig – Centro Universitário, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito do Consumidor

Orientador: Bárbara Amaranto de Souza Ribeiro

VINÍCIUS TEIXEIRA PIMENTEL

CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso Superior de Direito da UniFacig - Centro Universitário, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito do Consumidor

Orientador: Bárbara Amaranto de Souza Ribeiro

Banca Examinadora: Bárbara Amaranto de Souza Ribeiro, Ana Paula Rodrigues Gomes Gonçalves, e Milena Cirqueira Temer.

Data de Aprovação: 09/12/2019

Titulação e Nome do Professor Orientador; Nome da Instituição

Titulação e Nome do Professor Convidado; Nome da Instituição

Titulação e Nome do Professor Convidado; Nome da Instituição

RESUMO

Trata-se o presente trabalho de uma análise sobre as cláusulas abusivas presentes em contrato de financiamento imobiliário, visando esclarecer o que é o contrato de financiamento imobiliário, levando em consideração as cláusulas abusivas que podem fazer parte do mesmo, prejudicando assim a parte mais fraca, o consumidor. O presente trabalho tem como objetivo mostrar como o consumidor e fornecedor são protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo. O tema se faz relevante por tratar de um objeto que é o mais utilizado pelas pessoas para adquirir uma moradia digna. O contrato de financiamento imobiliário é proveniente das relações comerciais, sendo caracterizado como de adesão por ser elaborado de forma unilateral pelo fornecedor, não tendo o consumidor o direito de rever ou discutir as cláusulas ali presentes, restando apenas à opção de aderir a ele ou não. O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, em seus incisos, estabelece as cláusulas que são nulas de pleno direito, sendo prejudiciais a qualquer parte da relação contratual. Quando o contrato de financiamento imobiliário possui cláusulas abusivas, visando beneficiar a parte mais forte, o fornecedor, a relação contratual se torna desequilibrada, dando ao consumidor o direito de pedir a revisão das cláusulas, por meio da ação revisional do contrato, ou de pedir a nulidade das cláusulas abusivas, através da ação declaratória de nulidade.

Contudo, no decorrer do trabalho, demonstrar-se-á de forma abrangente o que são as cláusulas abusivas por meio da legislação vigente, analisando comparativamente o que a legislação estabelece quanto à forma do contrato de adesão em contraste com a realidade do consumidor brasileiro.

Palavras-Chave: Contrato de Adesão; Código de Defesa do Consumidor; Cláusulas Abusivas; Contrato de Financiamento Imobiliário.

ABSTRACT

This paper is an analysis of the unfair terms in a real estate financing agreement, aiming to clarify what the real estate financing agreement is, taking into account the unfair terms that may be part of it, thus damaging the weaker part, the consumer. This paper aims to show how the consumer and supplier are protected by the Consumer Protection Code in consumer relations. The theme is relevant because it is an object that is most used by people to acquire a decent home. The real estate financing agreement comes from commercial relations, being characterized as adhesion because it is prepared unilaterally by the supplier, not having the consumer the right to review or discuss the clauses present there, leaving only the option to adhere to it or not. Article 51 of the Consumer Protection Code, in its paragraphs, establishes the clauses that are null and void, being detrimental to any part of the contractual relationship. When the real estate financing agreement has unfair terms, in order to benefit the strongest party, the supplier, the contractual relationship becomes unbalanced, giving the consumer the right to request the revision of the terms through the contract's revised action, or to request the invalidity of unfair terms through the declaratory action of nullity. However, in the course of the work, it will be comprehensively demonstrated what are the unfair terms through the current legislation, comparatively analyzing what the legislation establishes regarding the form of the adhesion contract in contrast to the reality of the Brazilian consumer.

Keywords: Membership Agreement; Consumer Protection Code; Abusive clauses; Real Estate Financing Agreement.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. CONTRATO DE CONSUMO.....	10
2.1. Conceito de Contrato.....	10
2.2. Evolução Histórica do Contrato.....	11
2.3. Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor.....	13
3. RELAÇÃO DE CONSUMO.....	15
3.1. Conceito de Consumidor.....	15
3.2. Consumidor por Equiparação.....	17
3.3. Conceito de Fornecedor.....	18
4. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	20
4.1. Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor.....	20
4.2. Princípio da Transparência.....	22
4.3. Princípio da Boa-fé Objetiva.....	23
4.4. Princípio do Equilíbrio Contratual.....	25
5. CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	28
6. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	31
6.1. A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Financiamento Imobiliário.....	31
6.2. A Função dos Contratos de Financiamento Imobiliário.....	32
7. CLÁUSULAS ABUSIVAS E A SANÇÃO DO DIREITO NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO.....	32
7.1. A Nulidade da Cláusula Abusiva.....	34
8. CONCLUSÃO.....	35
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	36

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo certificar que o Código de Defesa do Consumidor protege e assegura o fornecedor e o consumidor na relação de consumo nos contratos do ramo de financiamento imobiliário. Deixando clara a importância dos princípios basilares dos contratos para o bom andamento da relação de consumo, deixando de forma livre e clara o direito de ambas as partes em decidir o que será imposto nas cláusulas.

O tema abordado no trabalho se faz importante por trazer um objeto que é sonho de grande parte das pessoas, a casa própria, sendo o consumidor, nesse caso, o consumidor final da relação.

Os contratos surgem junto com a própria sociedade, sendo estes moldados desde o Direito Romano Clássico, modificando-se de acordo com as necessidades da sociedade, visando sempre induzir os pactos para o interesse social (FARIAS; ROSELVALD, 2017). De acordo com Tartuce (2017), o contrato é um ato jurídico que objetiva a alteração, criação ou extinção de direitos, é dotada de bilateralidade; dessa forma, depende de ao menos duas declarações de vontade. Para que um contrato seja válido, faz-se necessário cumprimento dos requisitos tratados no artigo 102 do Código Civil (2002): agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

No atual contexto social de um mundo globalizado, os contratos de adesão raramente são firmados entre pessoas físicas, geralmente, as empresas – pequenas, médias ou grandes – e o Estado são os responsáveis pelo fornecimento de serviços e bens para o consumidor; dessa forma, surgem contratos de cláusulas idênticas destinados à pessoa que necessita dos produtos fornecidos por essas pessoas jurídicas (VENOSA, 2017). Nessa dinâmica, surgem os contratos de adesão, descrito pelo Código de Defesa do Consumidor (1990) como aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (BRASIL, 1990)

Os contratos de adesão tornaram-se parte do cotidiano do brasileiro, apesar de limitar, ou literalmente excluir a liberdade de estipulação das cláusulas, o chamado *take it orleave It* (é pegar ou largar), a depender do tipo de serviço, o consumidor não tem outra solução a não ser aceitar o que lhe é proposto. Esse tipo

de relação possui três atributos, segundo Farias e Roselvald (2017): predisposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez. Dessa forma, são o contrário dos contrários paritários, em que as cláusulas são discutidas e ambos os contratantes podem tomar decisões que lhe sejam favoráveis. Ou seja, uma das partes fica limitada à aceitação ou recusa do contrato, sem liberdade para discutir as cláusulas que lhe prejudica.

Com o estreitamento da liberdade de uma das partes, a relação contratual fica desequilibrada, pendendo para o lado dos fornecedores de bens e serviços, deixando então o consumidor, que nem sempre possui conhecimento técnico e, em muitos casos, necessita do produto oferecido, a mercê de cláusulas abusivas, que o desfavorecem. Ora, se o contratado é munido de assistência jurídica para a elaboração de um contrato de adesão, o contratante é justamente o oposto, ficando desfavorecido (PADILHA, 2003).

Entendendo a posição vulnerável do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) surge, em 1990, objetivando a proteção daquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (BRASIL, 1990).

É importante observar que o artigo 54 do CDC se destina a regular o contrato, demonstrando a proteção ao consumidor, considerando-o vulnerável nesse caso. Entretanto, no dia-a-dia, o que se pode observar são contratos de adesão que apresentam dificuldade para interpretação do consumidor (PADILHA, 2003).

Torna-se necessário ressaltar que os contratos de adesão não existem somente no contexto do Código de Defesa do Consumidor, a tutela Estatal quanto a esse tipo contratual não se destina apenas a um sujeito, mas visa proteger a sociedade da abusividade.

Historicamente, a proteção ao consumidor antecede a proteção entre os pares, observando que o Código de Defesa do Consumidor é de 1990 e o Código Civil entrou em vigor em 2002. Assim, a Lei Civil não oferece proteção integral da forma que o CDC se presta, regulamentando a relação, geralmente, entre duas pessoas jurídicas, de forma menos “limitada” da descrita na lei de proteção ao consumidor.

A adesão contratual também foi objeto do Código de Processo Civil (2015), em seu artigo 63, § 3º, dispõe que “Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu” (BRASIL, 2015). É interessante que a redação diz respeito a qualquer contrato que seja, inclusive os

contratos confeccionados de forma paritária, anulando a cláusula abusiva que verse sobre a eleição de foro. Dessa forma, não importa a forma do contrato, mesmo que seja por negociação de ambas as partes, importando-se no óbice do acesso à justiça, a cláusula será nula. (ANDREI, 2017)

A nulidade dos contratos está disposta no artigo 51, caput do Código de Defesa do Consumidor, o qual preceitua que os contratos que contém cláusulas abusivas pode ter sua nulidade declarada pelo Poder Judiciário de duas maneiras: excluindo-se as cláusulas abusivas, portanto, anulando parcialmente; ou, invalidando o contrato por inteiro a depender do grau em que as cláusulas abusivas comprometeram a relação jurídica. Para tanto, é necessária que a parte que está prejudicada pela abusividade do contrato tome conhecimento de seu prejuízo, o que nem sempre ocorre na realidade.

Diante disso, a pesquisa limitou-se à análise das cláusulas abusivas contidas nos contratos de adesão no que tange o financiamento imobiliário, demonstrando, por meio da legislação vigente, da jurisprudência e dos princípios do Direito Civil a proteção do consumidor nos casos concretos.

2. CONTRATO DE CONSUMO

2.1. Conceito de Contrato

O contrato é um instrumento jurídico proveniente do início da vida em sociedade e do entendimento da propriedade, por ser fundamental, se tornou a base do desenvolvimento das relações humanas. As relações entre pessoas utilizam do contrato para facilitar a negociação de recursos e riquezas, fundamentos importantes que possibilitaram o desenvolvimento da economia e a sociedade de consumo.

Marques diz que:

Para as partes, o contrato objetiva, fundamentalmente, uma troca de prestações, um receber e prestar recíprocos. [...]. A idéia de troca, de reciprocidade de obrigações e de direitos serve para frisarmos a existência dentro da noção de contrato de um equilíbrio mínimo de direitos e deveres. Nota-se que o contrato remedia a desconfiança básica entre os homens e funciona como instrumento, antes individual, hoje social, de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes (2014, p.58).

Diante a importância do contrato, Savigny, com o intuito de esclarecer tal instituto, trouxe o entendimento comum de contrato, onde indivíduos se unem para um acordo de vontade, por meio disso, fica caracterizada relação jurídica entre eles (MARQUES, 2014, p. 61, apud SAVIGNY, 1853).

Já para Tartuce, o contrato pode ser definido como um “negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial” (2011, p. 472).

Na mesma linha de entendimento, Ulhoa (2012, p. 30) conceitua contrato como um “negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos tutelados por elas ou por terceiros”.

Tratando de um objeto da realidade, a relação contratual evoluiu com a progressão das relações sociais. Para Gagliano, o contrato trata-se de “um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplina os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades” (2012, p. 55).

A atual teoria contratual cujo entendimento é recebido pela Constituição Federal Brasileira de 1998, onde a tutela também se desenvolveu no Código de

Defesa do Consumidor (CDC) de 1990 e no Código Civil (CC) de 2002, é baseada na boa-fé dos contratantes, to intervencionismo estatal e na função social.

Com relação ao direito civil, pode-se dizer que o contrato não está presente apenas nas relações obrigacionais. É utilizado também no direito de empresa, no direito das coisas (hipoteca, servidão, usufruto, etc.), no direito de família (casamento) e no direito das sucessões (partilha em vida). Devido a quantidade expressiva de contratos de direito público que são celebrados atualmente, o contrato é considerado uma importante figura jurídica na realidade social que ultrapassa o âmbito do direito civil. (GONÇALVES, 2012, p.21).

2.2. Evolução Histórica Contratual

O nascimento do contrato ao longo da história é confundido por muitos com a evolução do ser humano e sua vida em sociedade, dificultando saber a sua real origem. Em Roma, no âmbito do direito, sua estrutura jurídica fez com que se tornasse mais visível, visto que o contrato ocupava uma posição de destaque como gênese obrigacional. O contrato ainda não tinha o cunho individualista da vontade, base da visão clássica que conhecemos (ALEXANDRE SIGABINAZZE, on-line, 2016).

Sendo assim, não será encontrado no direito romano o entendimento do contrato da forma que é trabalhado na atualidade. Gagliano relata que (2012, p. 44, apud GOMES, 1999):

O autor traz a moderna concepção de contrato, sendo “um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem”, esclarecendo modelo individualista típico do regime capitalista de produção.

Khoury (2006, p. 25) esclarece que “é de se destacar o papel da Revolução Francesa como um marco no direito contratual. A concepção clássica do contrato é justamente a idéia que foi deixada pelos liberais da Revolução Francesa”.

O escrito citado acima diz que: “o grande princípio contratual que acabaria lapidado pelo ideário liberal foi o da autonomia da vontade. A partir desse momento histórico, o contrato firmou suas raízes como uma das genuínas criações do liberalismo econômico” (2006, p.25).

De acordo com entendimento de Simão (2003, p. 25) “o liberalismo tornou o

contrato o mais importante negócio jurídico, conferindo ao princípio do *pacta sunt servanda* importância máxima, desconsiderando as diferenças sociais dos contratantes”. Logo, “era a autonomia individual da vontade substituindo a vontade prepotente do Estado na regulação de todos os negócios jurídicos” (KHOURI, 2006, p.25).

Theodoro Júnior. (2009, p. 09) em seu entendimento, esclarece que:

Para o Estado Liberal, o problema da justiça comutativa das obrigações contratuais diz respeito às partes e não à ordem jurídica. Consagra-se, assim, a preeminência do valor da segurança sobre o da justiça contratual, fazendo absorver a questão da equidade do contrato pela proclamação da ampla liberdade dos contratantes, que seriam os únicos avaliadores da conveniência e justiça dos termos do ajuste.

Em outras épocas as coisas funcionavam de forma mais simples, vez que nas relações de consumo, o consumidor final adquiria as mercadorias diretamente com o produtor, não tendo intermediador entre as partes, como na atualidade temos os mercados como exemplo, além do que os próprios objetos de consumo eram fabricados manualmente e de fácil compreensão. (LEITE, 2002, p. 25)

Frente a fácil relação comparada ao período atual, as partes se encontravam sempre em posição de igualdade, respeitando a vontade do outro e a liberdade em discutir as cláusulas do contrato. (LEITE, 2002, p. 26).

Diante de todo o acontecido, a evolução da sociedade se torna responsável pela transformação nas relações contratuais. O crescimento da economia, contando com a abertura de mercados, o aperfeiçoamento das técnicas de produção, a melhor distribuição dos bens, a busca do bem-estar comum, são realidades observadas antes mesmo da Revolução Industrial (NAHAS, 2002, p. 41).

No tocante Revolução Industrial, pode-se observar que “um dos princípios basilares do contrato, o da autonomia da vontade, ao longo de sua operacionalização produziu tremendas injustiças sociais” (KHOURI, 2006 , p. 28). Simão (2003, p. 26), nesse pensamento:

No contrato, a parte considerada mais forte obtinha vantagens sobre a parte mais fraca, fazendo valer a sua vontade sobre a do outro, fazendo com que a mesma contratasse sem ao menos discutir. A liberdade contratual que funcionou entre algumas classes se tornou uma opressão quando ocorria entre partes desiguais financeiramente.

O contrato acabou por se tornar de difícil compreensão com o avanço das relações entre as pessoas, deixando claro o contrato de forma justa não se

baseava apenas no princípio da autonomia da vontade. Sendo assim, com a necessidade em regulamentar as relações contratuais “o Estado interveio no direito privado, criando-se, em certos aspectos, verdadeiro dirigismo, o que afetou profundamente a noção privatista do contrato” (SIMÃO, 2003, p. 26).

Após o reconhecimento do contrato como um fenômeno social, o Estado intervém, pois “a justiça contratual deixou de ser problema apenas da esfera dos próprios contratantes para tornar-se preocupação efetiva também do direito positivo” (THEODORO Jr, 2009, p. 11).

2.3. A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor

O avanço da teoria do contrato tem sua motivação na constante modificação social e econômica da sociedade. Ao surgir a necessidade do Direito em acompanhar a realidade, teve como resultado uma tutela jurisdicional, contudo já estabeleceu uma base mais justa das relações pessoais, principalmente nas relações onde é fácil identificar a parte mais forte e a mais fraca.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro:

Levando em conta uma tendência mundial, a Constituição Brasileira de 88 incorporou aos princípios da ordem econômica, nos seu art. 170, a “defesa do consumidor”. O constituinte não se limitou a tratar a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. Fez mais: incluiu entre os direitos fundamentais, no art. 5º, XXXII, ao determinar que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Daí a Lei nº 8.078/90. (KHOURI, 2006, p. 33)

Com as mudanças sociais a partir do ano de 1800, surgiu a necessidade de o Estado intervir nas relações individuais. O Código de Defesa do Consumidor, com base na Constituição Federal de 1988, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, relativizou o princípio da autonomia das vontades e moveu o eixo basilar contratual, baseado na força vinculante dos contratos, para o princípio da boa-fé objetiva (SCHWARTZ, 2013, p. 231).

Os contratos de consumo em sua maioria são celebrados para suprir alguma necessidade essencial como alimentação, saúde, segurança, educação e lazer. O direito fundamental se torna útil não apenas em um contrato de compra e venda ou

assistência médica; não podendo se distanciar de qualquer relação consumerista, seja a relação de consumo contratual ou extracontratual (KHOURI, 2006, p. 33).

Frente aos fatos narrados, o princípio da autonomia da vontade continua presente na relação de consumo, onde ambas as partes terão a liberdade de querer ou não disciplinar os seus interesses, não sendo extinta pelo direito do consumidor.

Sendo assim, vale destacar:

O contrato de relação de consumo, como já afirmado, não se desvincula dos valores jurídicos adotados pelo direito privado para os contratos em geral. Apenas adota-os de modo mais flexível e com a produção de efeitos que visem a evitar abusos provocados por camadas econômicas mais fechadas e mais fortes que se posicionam sempre como fornecedor do bem ou executor do serviço consumido (1999, apud, THEODORO JR, 2009, p. 19).

Percebe-se que a obrigatoriedade das partes e a autonomia da vontade dos contratantes continuam presentes no contrato de consumo, sendo apenas adequados pelo enriquecimento dos aspectos éticos da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da tutela especial à parte vulnerável da relação de consumo. (THEODORO JR, 2009, p. 19)

3. A RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1. Conceito de Consumidor

O artigo 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor traz o conceito de consumidor, sendo ele “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A expressão “destinatário final” é a base para a compreensão do conceito de consumidor, dela surgem algumas teorias doutrinárias, como a maximalista, a finalista e a aprofundada que é a recente no entendimento jurídico brasileiro.

A teoria maximalista, também chamada de objetiva, faz uma interpretação literal e extensiva do art. 2º, do CDC. Desse modo, é considerado como consumidor o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que não seja necessariamente seu destinatário econômico, ou seja, é irrelevante a retirada dos mesmos da cadeia produtiva de mercado ou sua reutilização na atividade econômica (MIRAGEM, 2013, p. 149).

Em relação à finalista (ou subjetiva), a jurisprudência brasileira adotou essa teoria, uma vez que se baseava na idéia de que “o bem ou serviço empregado na atividade lucrativa deve ter sua circulação encerrada nas mãos da pessoa natural ou jurídica, posto que sua utilização, ainda que indireta na atividade econômica exercida, descaracteriza a fruição final do bem” (SCHWARTZ, 2013, p.26).

Sobre a teoria subjetiva, esclarece Miragem:

[...] o consumidor é aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço de modo a exaurir sua função econômica, da mesma forma como, ao fazê-lo determina que seja retirado do mercado de consumo. [...]. Nesta visão, o consumidor seria aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço para satisfação de interesse próprio ou de sua família. Seria, portanto, o não profissional, não especialista, a quem o direito deve proteger, na sua relação com um profissional que atua no mercado (2013, p. 146).

Em consonância, Marques leciona que para a teoria subjetiva:

Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica* não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para a revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do

profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço (2014, p. 303, grifo do autor).

Diante do exposto, pode perceber que os seguidores da teoria finalista adotam uma definição econômica de consumidor, vez que o produto ou serviço é utilizado de forma profissional, tendo como finalidade o lucro, resultaria na inexistência da relação de consumo.

Ainda assim, uma terceira teoria foi reconhecida na doutrina e jurisprudência brasileira recentemente, respeitando o conceito finalista, porém reconhecendo “a necessidade de mitigação do critério para atender as situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto, mesmo quando os produtos ou serviços são empregados para incremento de uma atividade profissional e econômica” (SCHWARTZ, 2013, p.27).

O finalismo aprofundado como é chamado, se caracteriza pela mitigação do critério finalista, em decorrência da supremacia da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica de um dos contratantes, mesmo que seja pessoa jurídica. Tal teoria é fundamentada no art. 4º, I, do CDC, que prende o conceito de consumidor à característica de vulnerabilidade no mercado de consumo.

Para a tutela da pessoa jurídica pelo CDC, Schwartz (2013, p.31, apud ANDRIGHI, 2005), demonstrou que se faz necessário a observância dos seguintes requisitos:

i) não tenha a pessoa jurídica intuito de lucro, isto é, não exerça atividade econômica, o que ocorre com as associações, fundações, entidades religiosas e partidos políticos; ou ii) caso tenha a pessoa jurídica adquirente ou utente intuito de lucro, duas circunstâncias, cumulativamente, devem estar presentes: (a) o produto ou serviço adquirido ou utilizado não possua qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e (b) esteja demonstrada a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência (fática, jurídica, ou técnica) perante o fornecedor (2013, p.31).

Tal entendimento já se encontra respaldo na jurisprudência, vejamos um acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em resposta ao recurso especial nº1195642–RJ, julgado em 2012, que se mostra uníssono com essa nova visão de consumidor:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. **TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO.** CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria

finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, **tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas**, num processo que a doutrina vem denominando **finalismo aprofundado**, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, **que legitima toda a proteção conferida ao consumidor**. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. **Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.** (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, grifo nosso).

Conforme Schwartz (2013, p. 33), “de fato não faz qualquer sentido excluir da proteção do Código pessoas jurídicas que desenvolvam atividade empresarial no mercado de consumo, sendo acertado o critério da vulnerabilidade a ser apreciado em cada caso concreto”.

3.2. Consumidor por Equiparação

O Código de Defesa do Consumidor no art. 2º, caput, define o chamado consumidor padrão, como foi citado acima, porém, frente ao caso concreto, acabam sendo necessários outros conceitos, os mesmos se encontram no parágrafo único do art. 2º, no art. 17 e no art. 29 desse código, tais definições mais amplas são

chamadas de consumidor por equiparação.

O primeiro caso de consumidor equiparado tem sua definição no parágrafo único do art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que regra “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

A finalidade dessa equiparação é de alcançar as normas consumeristas, não apenas as partes da relação in concreto, mas também todos os participantes de relações de consumo, ou seja, a coletividade de consumidores. Essa finalidade é instrumental, serve para fundamentar a tutela coletiva dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos estabelecidos nos artigos 81 e seguintes do CDC (MIRAGEM, 2013, p. 139).

O art. 17 do CDC, justifica a equiparação pela responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou serviço, “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. A referida definição é utilizada para proteger de forma ampla pessoas que não possuem participação direta na relação consumerista, mas que sofreram danos por conta de um acidente de consumo, resultado de produtos ou serviços que não ofereceram a segurança que deles se esperava.

Por fim, o art. 29 do CDC estabelece que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Tais práticas em questão, segundo Miragem:

[...] dizem respeito às disposições do Código relativas às práticas comerciais pelos fornecedores e à proteção contratual do consumidor. Abrangem, neste sentido, as disposições do CDC relativas às fases pré-contratual, de execução, e pós-contratual, pertinentes ao contrato de consumo (2013, p. 142).

O dispositivo mencionado permite uma atuação preventiva, pois basta o dano potencial para a tutela ser aplicada, aquele que ficou exposto, ainda que não tenha participado de qualquer relação jurídica formal de consumo, ou até mesmo praticado um ato concreto de consumo, poderá ser alcançado pelas normas de proteção e defesa do consumidor (SCHWARTZ, 2013, p.41).

3.3. Conceito de Fornecedor

Os conceitos de consumidor e fornecedor são dependentes, visto que só haverá relação de consumo com a presença destes dois sujeitos, por isso são chamados de elementos subjetivos dessa relação. Ou seja, se por consumidor tem-se aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, como

fornecedor observa-se quem oferece os produtos e serviços no mercado de consumo (MIRAGEM, 2013, p. 155).

O caput do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor traz a seguinte definição:

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

Khoury entende que o artigo mencionado “não é exaustivo quanto ao tipo de atividade que nele se enquadra. Ele está apenas exemplificando o fornecimento de algumas atividades” (KHOURI, 2006, p. 55). Vale acrescentar o entendimento de Simão:

Assim independente da qualidade do que presta o serviço, profissional ou não, havendo remuneração e habitualmente, o Código de Defesa do Consumidor considera-o fornecedor e a relação, de consumo. A intenção do legislador foi, certamente, possibilitar a inclusão do maior número possível de prestadores de serviços no conceito de fornecedores, os quais, portanto, terão suas relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (2003, p. 38).

Sendo assim, fica claro que não basta a simples existência de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, para que este, que adquiriu o bem ou serviço, seja protegido pelo CDC. Pois, mesmo que quem tenha adquirido o bem ou serviço, o tenha feito como um consumidor, ou seja, para um uso não profissional, pode não haver essa relação jurídica de consumo. Não haverá relação jurídica de consumo, se quem lhe ofereceu o bem ou serviço, não se encaixar no conceito de fornecedor e, por conseguinte, não haverá como acionar o CDC (KHOURI, 2006, p.55).

4. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

4.1. Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

O principal conceito que sustenta a existência do direito do consumidor é o princípio da vulnerabilidade, previsto no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor como: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Isso se esclarece, pois o referido Código “surgiu exatamente para fazer um contraponto à legislação civil existente, totalmente voltada para a proteção dos sujeitos iguais. Assim, não havia adequado tratamento aos sujeitos de direitos que atuavam em flagrante desigualdade no mercado de consumo” (SCHWARTZ, 2013, p. 52).

Assim, de acordo com entendimento de Miragem, comentando sobre os conceitos intrínsecos de vulnerabilidade e consumidor:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que possa ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. [...]. A opção do legislador brasileiro foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.

Pela vulnerabilidade do consumidor ser presumida, não expressa que os mesmos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor, ou seja, existem espécies de vulnerabilidade em cada caso concreto. A jurisprudência e a doutrina já reconhecem a distinção dessas vulnerabilidades. Entre eles, é notória a compreensão de Marques (2014, p.322) que distinguiu a vulnerabilidade em: vulnerabilidade técnica, jurídica (ou científica), informacional e fática (ou econômica).

A vulnerabilidade técnica do consumidor ocorre quando o mesmo não possui elementos especializados sobre o produto ou serviço de interesse em determinada relação de consumo, ao contrário, é do fornecedor que se espera o conhecimento sobre o produto ou serviço que oferece (MIRAGEM, 2013, p. 114).

Essa desigualdade técnica é originada da complexidade dos objetos da relação de consumo, da atualidade, no mercado de consumo, onde o consumidor é iludido facilmente, vez que não possui o conhecimento necessário sobre o bem ou serviço e sua real utilidade.

De acordo com Marques “a vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário fático do bem” (2014, p. 323), caso em que o desconhecimento técnico se dá pela natureza totalmente distinta dos produtos ou serviços oferecidos pelos profissionais.

Como espécie de vulnerabilidade técnica, se apresenta a vulnerabilidade informacional, que para Marques (2014, p. 334), é justificada pela realidade da sociedade atual, onde diz que a informação está no poder, e a falta desta representa uma vulnerabilidade maior quanto mais importante a informação detida pelo outro.

Defende-se que “mais do que a técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade informacional é essencial à dignidade da pessoa humana, principalmente como pessoa física” (MARQUES, 2014, p. 335). Frente a essa diferença cada vez maior por parte do consumidor, propõe-se que o fornecedor compense essa situação de desigualdade, fornecendo o máximo de informações possíveis, não só sobre a relação contratual, bem como sobre os produtos e serviços adquiridos (SCHWARTZ, 2013, p. 54).

Entende-se por vulnerabilidade jurídica ou científica a falta de conhecimentos jurídicos específicos e de outros pertinentes a relação de consumo. O reconhecimento dessa vulnerabilidade reafirmou os deveres de informação e redação clara do fornecedor sobre o conteúdo do contrato de consumo, em face da complexidade com que a relação contratual hoje se apresenta, principalmente nos contratos massificados e de adesão (MARQUES, 2014, p. 325).

Marques relata que esta vulnerabilidade jurídica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Contudo, a presunção vale em contrário para os profissionais e as pessoas jurídicas, pois devem possuir conhecimentos mínimos para exercer a profissão, ou devem poder consultar quem os tenha, antes de se obrigarem (2014, p. 325).

Por fim, temos a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, inerente à relação de consumo, esta é decorrente do grande poderio econômico ou em razão da

essencialidade do serviço do fornecedor, que sempre o coloca em posição de vantagem, impondo sua força a todos que com ele contratam (MARQUES, 2014, p. 329).

Em síntese, pode-se dizer que o princípio da vulnerabilidade é aquele que afirma a presunção absoluta de inferioridade do consumidor na relação de consumo. Poderá, no entanto, variar quanto ao modo como se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais ou intelectuais (MIRAGEM, 2013, p. 117).

Essa discriminação entre os sujeitos da relação de consumo observado em toda ótica do CDC, portanto, é totalmente justificada, eis que leva a cabo a máxima aristotélica de igualdade, a qual consiste tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades. Desse modo, Schwartz (2013, p. 53), assegura que o princípio da isonomia, no estrito sentido pretendido pela Constituição Federal, se encontra, portanto, absolutamente preservado.

4.2. Princípio da Transparência

A política nacional de relações de consumo no art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.078/90, prevê, a transparência de conduta como princípio imprescindível do vínculo entre o fornecedor e o consumidor.

A transparência para o direito do consumidor, assim é entendida:

A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é na fase onde é negociado os contratos de consumo (MARQUES, 2014, p.783).

Nesse sentido o art. 46, do CDC traz a importância da tutela estatal para garantir a transparência e equiparação de informação entre as partes contratantes, cogitando até a desconsideração do instrumento formal do contrato, na seguinte forma:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigaram os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos

forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido ou alcance.

Portanto, o fornecedor tem como obrigação informar o consumidor sobre todos os aspectos da relação de consumo. Destaca-se, que a informação é um direito básico estabelecido pelo CDC, em seu art. 6º, inciso III, apontado com reflexo ou consequência do princípio da transparência, sendo todos originados do princípio basilar da vulnerabilidade.

A obrigação em informar ao consumidor recai não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Assim, deseja resguardar “qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou que simplesmente não deseja” (MARQUES, 2014, p.783).

A transparência dá ao consumidor o direito de escolher seu companheiro contratual, dentre vários fornecedores, de forma mais clara e livre, visto que, aquele estará informado devidamente sobre o produto ou serviço, além de ter ciência de seus futuros direitos e deveres contratuais.

4.3. Princípio da Boa-fé Objetiva

O Código de Defesa do Consumidor no *caput* do seu art. 4º aponta, além da transparência, a necessidade de harmonia nas relações de consumo. A função da boa-fé, nas relações entre fornecedor e consumidor, é exatamente alcançar esta harmonia almejada.

O princípio da boa-fé nas relações de consumo está estampado no inciso III, do artigo supracitado, conforme a seguir:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na **boa-fé e equilíbrio** nas relações entre consumidores e fornecedores.

Além disso, a boa-fé também marca presença como cláusula geral nos contratos de consumo:

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

III – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a **boa-fé ou a equidade**.

A boa-fé objetiva é um princípio fundamental que necessita de ser observado em todas as relações contratuais na sociedade atual, não apenas no âmbito do direito do consumidor. Trata-se de uma conduta, presente em todo regime contratual brasileiro. Devido a tamanha importância do referido princípio para as relações obrigacionais, teve como resultado o seu reconhecimento expresso pelo Código Civil de 2002:

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

Para compreender melhor o artigo supracitado, faz-se necessário distinguir a boa-fé subjetiva, da boa-fé objetiva. Quanto à boa-fé subjetiva “não se trata de princípio jurídico, mas tão somente de um estado psicológico que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático de certas normas jurídicas, para a produção de efeitos jurídicos” (MIRAGEM, 2013, p.125).

Enquanto a boa-fé objetiva é entendida não por uma conduta que se afere pelo estado subjetivo das partes, mas sim “mais que uma conduta em si; um padrão de conduta; padrão este objetivo que impõe um dever de agir. Dever de agir esse de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte” (KHOURI, 2006, p. 66).

Deste modo, o princípio da boa-fé objetiva implica “a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro” (MIRAGEM, 2013, p. 126).

É visível o avanço da teoria contratual ao superar a idéia de supremacia da autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*; pois os mesmos não serão válidos caso a parte esteja agindo com o interesse de enganar o outro, ou algum terceiro. Além disso, os contratos devem ser exercidos para cumprir sua função social, não podendo atender apenas aos interesses das partes, mas devem estar em acordo com os objetivos da sociedade.

Afirma Miragem (2013, p. 126) que “a aplicação do princípio da boa-fé objetiva

tem uma função harmonizadora conciliando o rigorismo lógico-dedutivo do século XIX, com as exigências éticas dos tempos atuais”.

Fica evidente, que a partir do princípio da boa-fé surgiram outros princípios e normas de grande importância para o direito contratual, principalmente nas relações de consumo, como o dever de informação, de transparência, de confiança. Em síntese, o princípio orientador do direito contratual deixou de ser o da autonomia da vontade e passou a se concretizar no princípio da boa-fé objetiva aliada a função social.

4.4. Princípio do Equilíbrio Contratual

A vulnerabilidade do consumidor, e o caráter desigual com que este se relaciona com o fornecedor, mostram a importância do princípio do equilíbrio (ou da equidade) no direito do consumidor. Porquanto, faz-se necessário o reequilíbrio da situação fática de disparidade entre as partes contratantes, por intermédio da tutela jurídica do sujeito vulnerável.

Como bem define Marques:

O princípio da equidade contratual significa o reconhecimento da necessidade, na sociedade de consumo de massa, de restabelecimento de um patamar mínimo de equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, intervindo o Estado de forma a compensar o desequilíbrio fático existente entre aquele que pré-redige unilateralmente o contrato e aquele que simplesmente adere, submetido à vontade do parceiro contratual mais forte. (2014, p. 1245).

O princípio do equilíbrio contratual também está expresso, nos já citados artigos 4º, III, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, assim como o princípio da boa-fé. Estes regramentos afirmam que as relações de consumo devem ser fundadas no equilíbrio entre as partes, ou seja, deve haver paridade entre direitos e deveres dos contratantes. Dessa forma, do mesmo modo, procurou assegurar-se ao consumidor o princípio constitucional da isonomia.

A escolha pelo equilíbrio da relação de consumo resultou na tutela de proteção do consumidor, em face de sua posição de vulnerabilidade. Tal desvantagem, é combatida limitando o campo de autonomia de atuação do fornecedor, por conta de sua posição dominante, estabelecendo uma proibição geral ao abuso do direito.

Essa proteção, contra o abuso do direito, vem assegurada como direito básico do consumidor no art. 6º, inciso IV, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como **contra práticas e cláusulas abusivas** ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

No caso das cláusulas abusivas; importante tema a ser estudado posteriormente; essa proteção é bastante presente quando se observa que serão consideradas nulas pelo CDC não apenas as cláusulas contratuais relativas ao equilíbrio econômico das prestações das partes, mas também aquelas que “coloquem o consumidor em desvantagem exagerada” (art. 51, IV), independente do caráter dessa desvantagem (MIRAGEM, 2013, p. 129).

Assim, Marques (2014, p. 1425), entende que o CDC institui normas imperativas e de aplicação *ex officio*, onde proíbe a utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo; definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade; e possibilitam um controle tanto formal quanto de conteúdo desses contratos, tudo para alcançar a esperada justiça contratual.

O Código de Defesa do Consumidor superou a tradicional visão contratual rígida, de “lei entre as partes”, do direito positivista, para consagrar a “ampla possibilidade de revisão contratual quando se compromete o equilíbrio econômico do contrato, esteja o desequilíbrio no momento da celebração ou em momento posterior” (MIRAGEM, 2013, p. 130). Nesse mesmo sentido, o artigo 6º, inciso V, estabelece como direito básico do consumidor a “modificação das cláusulas abusivas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Logo, com essa tutela estatal, conferida à busca da equidade na relação desigual de consumo, fica evidente a verdadeira relativização da autonomia da vontade e condicionado pelo dirigismo contratual. Pois, é necessário que tal vontade não viole regras básicas instituídas pelo CDC, ou seja, para a validade do vínculo contratual de consumo é fundamental que o mesmo não lese legítimos interesses e expectativas dos consumidores.

Portanto, o princípio do equilíbrio contratual, assim como o princípio da vulnerabilidade, são consequências do reconhecimento da desigualdade do consumidor nas relações de consumo, e a necessidade de sua proteção pelo

direito, cujo objetivo é assegurar o equilíbrio dos interesses entre consumidores e fornecedores.

5. CLÁUSULAS ABUSIVAS

O Código de Defesa do Consumidor procurou estabelecer condições para efetiva proteção do consumidor, com objetivo de reprimir os abusos e promover a justiça contratual nas relações de consumo. Estabeleceu dentre seus direitos básicos, a proteção do consumidor contra cláusulas consideradas abusivas e a possibilidade de modificação ou revisão de cláusulas contratuais, quando, respectivamente, estabeleçam condições desproporcionais, ou quando estas condições se tornem excessivamente onerosas em razão da ocorrência de fatos supervenientes. Na letra da lei 8.078/90:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

O Estado para impor o equilíbrio contratual interveio na relação contratual. Essa intervenção fez-se necessário diante da padronização dos contratos na atual sociedade, em conjunto com a complexidade técnica dos novos tipos contratuais. Tais práticas de mercado aumentaram a vulnerabilidade do consumidor, o que permitiu o surgimento de um ambiente de consumo propício à prática da inclusão de cláusulas abusivas nos contratos.

O reconhecimento da abusividade de uma cláusula é fruto da supremacia do princípio da justiça contratual, assegura Marques:

Denominar, portanto, uma cláusula do contrato como abusiva é pressupor a reação do direito contratual, é aceitar a imposição de novos limites ao exercício do direito subjetivo, no caso, o da livre determinação do conteúdo do contrato. A intervenção do Estado nos negócios privados, e a imposição de limites ao dogma da autonomia da vontade vão caracterizar a nova concepção de contrato (2014, p.984).

Neste sentido, Miragem revela que “o instrumento técnico de maior importância em matéria de proteção contratual do consumidor consagrado pelo CDC é a possibilidade de controle do conteúdo do contrato e o regime de nulidade das cláusulas consideradas abusivas” (2013, p. 323).

Quanto à conceituação, verifica-se que o próprio CDC decidiu por não trazer

definição legal de cláusula abusiva, preferindo, no entendimento de Marques (2014, p. 984), “indicar a abusividade em casos expressos (art. 53, por exemplo), deixar sua determinação para a jurisprudência (através de cláusulas gerais, como a do art. 51, IV) ou presumi-la em alguns casos e práticas (lista dos arts. 39 e 51)”.

Contudo, pode-se compreender seu significado através de disposições constantes nas normas supracitadas, assim, tais cláusulas seriam responsáveis por colocar em evidente desvantagem a parte mais fraca da relação de consumo, ferindo diretamente os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual.

Schwartz entende como cláusula abusiva “aquelas que têm o condão de causar desequilíbrio na relação contratual, favorecendo uma em detrimento da outra, operando verdadeira lesão à parte prejudicada” (2013, p. 242).

Sobre a desvantagem do consumidor, resume Marques:

Todas as cláusulas abusivas apresentam como características ou pontos em comum justamente o seu fim, que seria melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detém posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor, e o seu efeito, que é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados ao fornecedor (2014, p. 989).

Primeiramente, vale destacar que o caráter de abusividade dessas cláusulas é efetuado no momento da formação do contrato. Sua identificação e controle judicial, através de um exercício de aplicação da lei e de interpretação do contrato, associado às práticas comerciais, é que será posterior à formação do contrato (MARQUES, 2014, p. 989).

Posteriormente, pode-se dizer que a abusividade da cláusula não depende de boa ou má-fé subjetiva do fornecedor que a impôs ao consumidor. Afirma a autora supramencionada, “a atuação subjetiva deve ser desconsiderada e dar lugar a um exame do contexto do contrato, de seu equilíbrio, da conduta conforme à boa-fé que dele objetivamente emana. É a referida, materialização da liberdade contratual e do equilíbrio ou da equidade contratual” (2014, p. 990).

Em outro sentido, vale lembrar que o Código Civil de 2002 também superou o individualismo do Código Civil de 1916, ao reconhecer a importância do dirigismo contratual e a luta contra o desequilíbrio exagerado na relação contratual. A nova norma civilista impôs limites à liberdade contratual em geral, com base nos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da probidade.

Além de exercer certo controle sobre o conteúdo dos contratos e práticas

contratuais civis e comerciais, o supracitado regramento ainda conferiu uma tutela social especial às cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão.

Fica claro que as cláusulas abusivas não estão presentes apenas nos contratos de consumo, uma vez que sempre existiram, ainda que conhecida de outras forma, como as chamadas cláusulas leoninas, exorbitantes ou vexatórias. Não sendo exclusivas do contrato de adesão, embora seja mais freqüente nesses.

O que diferencia o alcance da tutela civilista comum, para a do CDC, é a vulnerabilidade do consumidor, desse modo esclarece Miragem:

Com respeito ao direito dos contratos, é evidente que uma mesma cláusula, por ser contrária, por exemplo, à boa-fé, pode qualificar-se como abusiva tanto em um contrato de consumo, quanto em um contrato civil. Contudo é certo igualmente que cláusulas contratuais que se considerem abusivas em contrato de consumo, não necessariamente das partes será exercida na mesma intensidade, entre sujeitos que possuam qualidades que os tornem aptos à atuarem em mesmo nível na defesa de seus interesses no contrato, afastando-se, portanto a caracterização do abuso. **O que determina o caráter abusivo destas cláusulas em contrato de consumo é exatamente a consideração da vulnerabilidade de um dos sujeitos contratuais, o consumidor** (2013, p. 329, grifo nosso).

Com isso para a cláusula ser considerada abusiva, diante da interpretação consumerista, o consumidor precisa estar em posição de desvantagem perante o fornecedor.

6. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

6.1. A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Financiamento Imobiliário

O Sistema de Financiamento Imobiliário tem como o objetivo “promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos” (BRASIL, lei 9.514/97). Para Royer (2009), este modelo de financiamento apresenta um sistema de crédito a serviço do valor do imóvel e a acumulação de capital. Com base na Lei que institui esse programa, no contrato de financiamento imobiliário não cabe ao Estado interferir na pactuação, tendo as partes o direito à livre pactuação, como podemos ver no artigo 4º do referido diploma legal, “as operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais.”

O Código Defesa do Consumidor regula as relações de consumo entre os fornecedores e consumidores, sendo no nosso caso, a entidade provedora do financiamento como fornecedor. Com base no artigo 3º, parágrafo 2º do CDC, esses contratos de financiamento livremente pactuados entre as partes estão sujeitos à dita legislação, embora as entidades financeiras tenham relutado contra tal afirmação, o Supremo Tribunal Judiciário cria a Súmula 297, “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

As entidades financeiras por terem, além do conteúdo econômico, uma produção de grande escala, estipulam um contrato de adesão para otimizar e dar celeridade ao serviço, ou seja, essa livre pactuação dita acima torna-se apenas uma questão do que deve ser, quando na realidade, a instituição que promove o financiamento reduz ou até mesmo retira a possibilidade de modificação do consumidor, vez que estes são padronizados. Tornando-se uma livre pactuação unilateral, forçando o consumidor a apenas duas opções, aceita-las ou não celebrar o contrato.

A maioria dos consumidores que concluem contratos pré-redigidos o fazem sem conhecer precisamente os termos do contrato. Normalmente o consumidor não tem oportunidade de estudar com cuidado as cláusulas do contrato, seja porque ele as receberá só após concluir o contrato, seja porque elas se encontram disponíveis somente em outro local, seja porque o instrumento contratual é longo, impresso em letras pequenas e em uma

linguagem técnica, tudo desestimulando a sua leitura e colaborando para que o consumidor se contente com as informações gerais (e nem sempre totalmente verídicas) prestadas pelo vendedor. Assim, confiando que o fornecedor cumprirá, pelo menos, o normalmente esperado naquele tipo de contrato, ele aceita as condições impostas, sem plena consciência de seu alcance e de seu conteúdo. (MARQUES, 2011, p.12)

Sabendo assim que os contratos de adesão, “não resguardam a paridade contratual, principalmente porque tem-se de um lado as instituições financeiras, e de outro, o consumidor” (BEZERRA, 2018, p.37). O CDC visa impedir abusos nas relações de consumo e uma dessas formas de garantia é a flexibilização das cláusulas contratuais.

6.2. A Função dos Contratos de Financiamento Imobiliário

O Código Civil de 2002, em seu artigo 421 determina que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Vê-se, com base no Código Civil uma forma moderna da função do contrato, abrangendo também os contratos de financiamento, dando a este, um efeito que garante a livre manifestação da vontade como garantia para que seja valido e eficaz.

Não há como falar da função dos contratos de Financiamento Imobiliário sem se falar em função social dos contratos, e neste viés o CNJ na primeira Jornada de Estudos sobre o NCPC criou enunciados acerca deste tema,

- a) Enunciado 21 - Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.
- b) Enunciado 22 - Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, quer e força o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.
- c) Enunciado 23 - Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metas individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Vê-se, pelos olhos da ordem jurídica, o contrato de Financiamento tem a função de garantir os princípios, seja constitucionais, seja contratuais, resguardando dentro de suas relações “a boa-fé negocial, a equidade, a justiça, a transparência, a confiança, a satisfação dos interesses dos contratantes, a autonomia da vontade, porém, respeitando-se a função social que deverá ter o pacto firmado”. (DELGADO, 2004, p.15)

Pedras Jr (2005), corrobora que, em um contrato “as partes estão em posição horizontal”, e com isso é defeso as entidades financiadoras agir de forma principiológica, sendo que, se esta não atender a função social do contrato, pode ser gerada consequências jurídicas como “a ineficácia de relações que acaba por ofender interesses sociais, a dignidade da pessoa.

O contrato atinge sua funcionalidade quando tem como estrutura o conjunto normativo respeitando “a solidariedade (CF, art. 3º, I), na justiça social (art. 170, caput da CF), na livre iniciativa, no respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e não ferirem valores ambientais (Código de Defesa do Consumidor, art. 51, XIV)”.(NERY JR apud DELGADO,2004,p.27)

7. CLÁUSULAS ABUSIVAS E A SANÇÃO DO DIREITO NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

7.1. A Nulidade da Cláusula Abusiva

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor traz em seus incisos exemplos de Cláusulas Abusivas, mas, não se finalizam por aí. Na existência de qualquer cláusula que desrespeite os princípios norteadores do contrato onerando de forma excessiva uma das partes, caracterizará abusividade.

Inicialmente, cumpre destacar que a caracterização de qualquer cláusula abusiva, nos termos da sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, independe de análise subjetiva de conduta do fornecedor, se houve ou não malícia, intuito de obter vantagem indevida ou exagerada. Em nenhum momento a Lei 8.078/1990 exige a má-fé, o dolo do fornecedor, para caracterização da abusividade da cláusula. (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2008, p.26)

Aguiar Júnior (1994) ensina que a cláusula em geral dá-se por uma norma jurídica com a função avaliativa da conduta, mas sem defini-la. Sendo uma “norma em branco que atribui ao aplicador a função de estabelecer, caso a caso, qual a conduta devida, isto é, qual o comportamento esperado do cidadão, naquelas circunstâncias e naquela relação”. (AGUIAR JÚNIOR, 1994, p.2)

A nulidade, prevista no artigo 51, é uma consequência jurídica que gera a decadência da cláusula indevida, sendo esta nulidade uma sanção imposta aos contratos que contem a abusividade. Estando essa sanção totalmente ao abuso de direito, que recebe defesa em todo o direito pátrio, Miragem (2009) afirma que “observa-se, portanto, que a tradição brasileira, ao contrário de outros sistemas jurídicos, largamente associou o ato abusivo ilícito”. Borges (2017) ensina que “A nulidade nos contratos civis advém da falta de elementos essenciais, que é o agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e ainda forma prescrita ou não proibida em lei.”

Por fim, como podemos ver no parágrafo 2º do artigo 51 do CDC, a nulidade atinge apenas a cláusula abusiva, não invalidando todo o contrato, garantindo ao consumidor a manutenção do contrato.

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou os abusos contratuais advindos da relação de consumo nas atividades do ramo imobiliário, relacionando com as garantias presentes no Código de Defesa do Consumidor.

Diante a grande ambição por parte dos fornecedores em obter um lucro exagerado, surge a necessidade da utilização da norma consumerista, como garantia dos direitos fundamentais do consumidor para garantir o cumprimento justo e igualitário das vontades das partes, guiadas pelo princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Deu-se início a pesquisa com o estudo histórico do instituto jurídico do contrato, explicando os princípios basilares da teoria contratual, relatando a importância de tais princípios para o acordo entre as partes e a satisfação de ambos os lados na relação consumerista.

Devido a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, destacou-se a facilidade em fraudar o contrato de consumo não respeitando os seus princípios e a necessidade de uma norma especial conferida pelo CDC.

Foi defendida a aplicação do CDC na relação de consumo, aliado ao Código Civil e à Lei nº 4.591/64, diante ao consumidor ser considerado vulnerável perante o fornecedor. Sendo assim, foram trazidas doutrinas que dizem a respeito das fontes, onde ficou claro que deve ser aplicado diplomas legais distintos ao mesmo fato.

A partir do estudo do contrato de financiamento imobiliário, nota-se que o mesmo é caracterizado como contrato de consumo, e também como contrato de adesão. Continuando os estudos, percebe-se que o contrato de adesão tem um tratamento especial do CDC, pois o mesmo não permite que o consumidor discuta as cláusulas nele presente, elevando o seu índice de vulnerabilidade.

A nulidade referente as cláusulas abusivas, considerada pela norma consumerista, revela o interesse de além preservar as partes, proteger o contrato, vez que o mesmo é utilizados como meio de suprir as necessidades essenciais da sociedade.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição de 1988. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de maio de 2015. Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Teoria dos Contratos**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos Bancários em Tempos Pós-modernos: Primeiras reflexões. **Revista da Faculdade de Direito da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p.33-53, jan. 1998. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70387>>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PADILHA, Sandra Maria Galdino. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. **Prim@ Facie-Direito, História e Política**, v. 2, n. 3, p. 86-150, 2003. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4424>>. Acesso em: 04 jun. 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- VENOSA., Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2012.
- KHOURI, P. R. R. A. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. São Paulo: Atlas, 2006.
- LEITE, R. B. **Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: LTr, 2002.
- MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NAHAS, T. C. **Cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: LTr, 2002.
- SCHWARTZ, F. **Direito do Consumidor**. Niterói: Impetus, 2013.
- Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial: 1195642 RJ 2010/0094391-6,

Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj>>. Acessado em: 10/06/2014.

