

INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Diretor: ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN

1. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.* 5. ed. rev., atual. e ampl. Claudia Lima Marques
São Paulo : RT, 2006.

Obras publicadas nesta Série vide p. 1.341

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marques, Claudia Lima

Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais / Claudia Lima Marques. -- 5. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. -- (Biblioteca de direito do consumidor).

Bibliografia.
ISBN 85-203-2815-6

1. Consumidores - Leis e legislação - Brasil. 2. Consumidores - Proteção - Brasil. 3. Contratos. 4. Contratos - Brasil. I. Título. II. Série.

05-8058

CDU-347.44:381.6 (81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos e consumidores : Direito 347.44:381.6 (81)

CLAUDIA LIMA MARQUES

CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O novo regime das relações contratuais

5.ª edição revista, atualizada e ampliada

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR - 1

UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

de internet e dos anunciantes na internet. No 5.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor foi aprovada a seguinte moção: “1. O provedor de internet, quando participa, por qualquer meio, diretamente das atividades previstas no art. 3.º do CDC, é considerado solidariamente responsável nos termos do CDC pelo produto ou serviço que anuncia” (aprovada por unanimidade).³³⁹ A publicidade, mesmo que só institucional, está sendo considerada, pois, um elemento de consumo a imputar responsabilidades e a “contagiar” todas as relações, mesmo que “gratuitas” e envolvendo consumidores turistas. Assim fica abalada a crítica de Pasqualotto.³⁴⁰ A caracterização da publicidade é como negócio jurídico, eis que mesmo a publicidade institucional ou de “marca” passa a vincular ou – pelo menos – a ter efeitos contratuais claros, como a exigência de uma garantia *ex vi* art. 18 do CDC. A tese defendida por Valéria Falcão Chaise encontra, pois, ressonância na jurisprudência atual do STJ. Esta parece ser uma evolução necessária nestes tempos pós-modernos de informação através da publicidade e de consolidação de um *marketing* globalizado.

Se as observações das primeiras edições deste livro sobre a definição de fornecedor continuam válidas, mister frisar que muito se evoluiu na jurisprudência neste tema nos últimos dez anos. Cabe aos juristas definir, caso a caso, a presença do consumidor e do fornecedor nos contratos existentes no mercado. De forma a facilitar este exame, continuaremos nosso estudo analisando mais detidamente os tipos ou espécies de contratos em que a aplicação do CDC é constante.

1.3 Contratos de fornecimento de produtos e serviços

Do exame dos arts. 2.º e 3.º do CDC, que definem os agentes contratuais, consumidor e fornecedor de produtos ou serviços, podemos concluir que as normas do Código estabelecem um novo regime legal para todas as espécies de contratos (exceto os trabalhistas) envolvendo consumidores e fornecedores de bens ou serviços, não importando se existe lei específica para regulá-los (como o contrato de locação), pois as normas de *ordem pública* (art. 1.º) estabelecem parâmetros mínimos de boa-fé e transparência a serem seguidos obrigatoriamente no mercado brasileiro.

⁽³³⁹⁾ Publicada na RDC 35 (2000), p. 267.

⁽³⁴⁰⁾ Pasqualotto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade*, p. 182.

São os contratos agora denominados de consumo, sejam eles de compra e venda, de locação, de depósito, de abertura de conta corrente, de prestação de serviços profissionais, de empréstimo, de financiamento ou de alienação fiduciária, de transporte, de seguro, de seguro-saúde, só para citar os mais comuns.

Nota-se ainda, diferentemente da lei alemã, que se submeterão às normas do CDC brasileiro tanto os contratos pré-elaborados como quaisquer outros contratos envolvendo consumidores e fornecedores de bens ou serviços. Isso porque, seguindo a solução da lei francesa,³⁴¹ 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.³⁴²

O campo de aplicação do CDC, em matéria contratual, será vasto e diferenciado, pois a lei estabelece parâmetros tanto para os contratos envolvendo obrigações de dar, de transferir a propriedade ou somente a posse do bem, denominados *contratos de fornecimento de produtos*, quanto para os contratos envolvendo obrigações de fazer, denominados genericamente de *contratos de prestação de serviços*.³⁴³

Como se sabe, o regime legal da obrigação de fazer e da obrigação de dar sempre foi diferenciado, e esta será uma das dificuldades sentida pelo CDC, como código geral de proteção ao consumidor. Certo é que o consumidor pode ser lesado tanto em um contrato visando a prestação de um serviço quanto em um contrato visando o fornecimento de um produto. Esta bipolarização do campo de aplicação do CDC forçou o legislador a prever normas específicas para os serviços e para os produtos (veja arts. 12 e 14 sobre responsabilidade civil e arts. 18 e 20 sobre vício por inadequação). Note-se, porém, que, exatamente em suas normas contratuais *stricto sensu* e pré-contratuais dos arts. 29 a 54 do CDC, o legislador omitiu qualquer tipo de tratamento diferenciado entre estes dois contratos.

⁽³⁴¹⁾ Veja Weil/Terré, p. 261, e o art. 35, 1.º e 3.º, da Lei 78-23.

⁽³⁴²⁾ Esta é a orientação majoritária na doutrina – veja Nery, *Anteprojeto*, p. 297, e Hapner, *Código*, p. 168; contra, a primeira manifestação de Paulo Luiz Neto Lôbo, *Condições*, p. 157 e 158, superada no artigo Contratos no Código do Consumidor: pressupostos gerais, RDC 6, p. 136.

⁽³⁴³⁾ Aqui incluídos os contratos de garantia e todos aqueles contratos com prestações complexas – veja Bittar/Adesão, p. 169, sobre os contratos de massa de conteúdo especial.

Conclui-se, portanto, que a disciplina da formação e do controle do equilíbrio contratual será a mesma tratando-se de um contrato de prestação de serviço ou de um contrato de fornecimento de produto. O Código, porém, não desconhece que a execução desses contratos será diferenciada e característica.

Como nem toda obrigação de fazer é uma obrigação de resultado, algumas expressões do CDC terão necessariamente uma interpretação diferenciada conforme se trate de contrato de prestação de serviço ou de contrato de prestação de produto. Assim, por exemplo, o termo "vício", do art. 18 ss, terá sentidos diferentes conforme a natureza da prestação: se ocorrer um vício do produto, este poderá se referir à quantidade, à qualidade ou à informação prestada; se for um "vício" do serviço, referir-se-á à sua "qualidade" ou à sua informação (art. 20). Serviço com vício de "qualidade" é aquele cujo valor foi diminuído pela maneira como foi prestado, ou aquele definido como impróprio, pois se mostrou inadequado para os fins que *razoavelmente* dele se esperavam (§ 2.º, art. 20). Se o contrato de serviço tinha como objetivo uma obrigação de meio e não de resultado, como, por exemplo, a obrigação de defender os interesses do cliente em uma ação cível, mesmo se não alcançado o resultado esperado pelo cliente será difícil caracterizar o vício de qualidade na prestação do serviço. A noção contratual de vício na prestação do contrato facilitará a ação do consumidor, mas, em se tratando de serviços, não há sempre a garantia do resultado, da satisfação de todas as expectativas do consumidor. Haverá no máximo a garantia da *adequação do serviço* e da diligência no fornecimento deste (art. 24). Já em se tratando de contrato de fornecimento de produto, pela sua própria natureza, adequação e resultado se mesclam – assim, se a embalagem afirma que possui o produto 500 gramas, a noção de vício de quantidade é garantia deste resultado. São disciplinas jurídicas diferentes, mas com um núcleo comum: o art. 23 impõe uma garantia legal de adequação tanto do produto como do serviço. A finalidade é proteger a confiança, as legítimas expectativas do consumidor, qualquer que seja o objeto do contrato de consumo. É a aplicação do princípio da boa-fé na formação e execução de todos os contratos, especialmente nos contratos de consumo envolvendo serviços, muitas vezes contratos cativos, complexos e de longa duração.

Devemos concluir, portanto, que, ao regular tanto os contratos paritários quanto os contratos de massa, os contratos de prestação de serviços e os contratos de fornecimento de produtos, está o Código de Defe-

sa do Consumidor determinando a aplicação de suas normas de interpretação e de proibição de abusos à grande maioria dos contratos civis hoje existentes na sociedade, invadindo searas tradicionalmente dominadas pelas normas do Código Civil e, conforme se interprete a figura do consumidor, também matérias regidas pelo Código Civil e por leis comerciais.

A delimitação tem sido mais difícil em se tratando de contratos de prestação de serviço, pois um dos contratantes geralmente é o destinatário final, pelo menos fático, do serviço. Nesse sentido, os contratos de prestação de serviço, tradicionalmente regulados por leis especiais ou cujo conteúdo era imposto pelo Estado, têm despertado muita controvérsia nos meios jurídicos quanto à sua inclusão ou não no campo de aplicação do CDC. Sendo assim, queremos analisar a situação de alguns dos principais contratos de fornecimento de serviços e de produtos colocados à disposição dos consumidores no mercado brasileiro, dando ênfase aos primeiros, sem, porém, nenhuma intenção de análise exaustiva destes contratos:

a) *Contratos imobiliários* – Iniciaremos esta análise com os contratos imobiliários, pois eles têm despertado uma certa controvérsia sobre a sua inclusão ou não no campo de aplicação do CDC. Começaremos analisando os contratos elaborados ou concluídos com as chamadas imobiliárias, empresas administradoras e locadoras de imóveis.

Quanto ao *contrato de administração de imóvel*, nas primeiras edições desta obra afirmei: "O proprietário, que coloca o imóvel sob a administração da imobiliária, não pode ser caracterizado como consumidor *stricto sensu*, pois não é o destinatário final econômico. O bem está sendo, na verdade, colocado para render frutos civis, alugueis – logo o proprietário, futuro locador, age como produtor, como fornecedor. Da mesma maneira, a sociedade imobiliária é fornecedora e o contrato entre eles está, em princípio, excluído do campo de aplicação do CDC. A exceção poderá ser aceita pela jurisprudência, se o proprietário, que coloca o imóvel a administração pela imobiliária, for de alguma forma "vulnerável" segundo os princípios do CDC, a merecer a tutela especial da nova lei. Como se trata, geralmente, de contrato de adesão e com cláusulas caracterizadamente unilaterais, a hipótese de exceção poderá efetivamente acontecer, principalmente com pessoas que só possuem um imóvel para alugar ou que de alguma forma especial são vulneráveis às práticas da imobiliária-fornecedor".

A jurisprudência destes 15 anos de CDC ensinou-me, porém, que esta situação de vulnerabilidade não é exceção, mas sim bastante comum, e que a relação entre o consumidor-pessoa física e leigo e a administradora de imóveis deve ser, sim, considerada uma relação de consumo,³⁴⁴ diretamente ou ao menos por equiparação, pois aqui a destinação final do bem imóvel é suplantada pela fática, técnica, informacional e jurídica vulnerabilidade do proprietário.³⁴⁵

A jurisprudência também considera que a relação entre os condôminos perante o condomínio não é relação de consumo e sim relação civil pura, uma relação de cooperação civil: "II – Não é relação de consumo a que se estabelece entre condôminos para efeitos de pagamento de despesas em comum. III – O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável no que se refere à multa pelo atraso no pagamento de aluguéis e de quotas condominiais".³⁴⁶

O contrato mais importante, porém, é o *contrato de locação* de imóvel. Tratando-se de locação comercial, mantenho minha opinião de que a

⁽³⁴⁴⁾ Veja belo levantamento de jurisprudência neste sentido – Rêgo, p. 177-178.

⁽³⁴⁵⁾ Bom exemplo é a decisão do TJRJ: "Indenizatória – Danos morais e materiais – Contratação de empresa que se anuncia eficiente e com tradição no mercado, para locação do imóvel de propriedade dos autores. Informação de que o imóvel teria sido locado para pessoa selecionada e dentro de exigentes critérios de verificação cadastral. Polícia informa aos proprietários que o imóvel havia sido locado para uma quadrilha de estelionatários, pessoas perigosas, criminais profissionais, tudo em fase de apuração, e que o fiador era inexistente. Abandono do imóvel, fato trazido ao conhecimento dos proprietários por terceiros e não pela empresa que afirmava ter tomado todos os procedimentos de verificação dos dados cadastrais do locador e fiador. Não recebimento dos valores locatícios e de eventuais danos materiais ao imóvel. Relação de consumo entre a administradora que locou o imóvel para a pessoa que teria se utilizado de documento falso e que fazia parte de quadrilha de estelionatários. Fornecedora de serviços presta um serviço defeituoso. Dever de indenizar. Responsabilidade civil repousa sobre o fornecimento dos serviços contratados. Pagamento de despesas de ordem material representadas pelos aluguéis não pagos. Por terem sido incomodados pela polícia e verem seus nomes envolvidos em inquérito policial, os autores fazem jus a verba reparatória para reparo de dano moral. Majoração (...) para 100 (cem) salários mínimos para cada autor" (TJRJ, 17.ª Câmara, Ap. Civ. 16673/2002, rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, j. 04.08.2002).

⁽³⁴⁶⁾ STJ, 5.ª T., REsp 239578/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 08.02.2000.

aplicação do CDC fica afastada.³⁴⁷ Já se tratando de locação residencial, a aplicação das normas protetivas do CDC, em minha opinião, deveria ser a regra,³⁴⁸ com o que concorda apenas parte minoritária da jurisprudência.³⁴⁹ Apesar de o STJ considerar que a lei especial de locação trataria de todos os aspectos da proteção do consumidor nos contratos de locação,³⁵⁰

⁽³⁴⁷⁾ Bom exemplo é a locação de espaço em *shopping center*: "Locação comercial – *Shopping center* – Aluguel – Teoria da imprevisão – Revisional. Em face das peculiaridades da locação em *shopping center*, cujo aluguel é fixado em porcentagem sobre o faturamento das empresas, com estipulação mínima, a redução acentuada do movimento comercial da locatária, em decorrência da crise econômica, implica fato imprevisível que modifica o equilíbrio existente entre as partes, hipótese em que o reajuste excessivo de aluguéis configura *periculum in mora*, a justificar a concessão de liminar para fixação provisória daqueles, podendo eventual diferença ser exigida ao término da ação revisional" (TAMG, 4.ª Câmara, AgIn 172.292-9, rel. Juiz Jarbas Ladeira, j. 23.05.1994, RJM 115/162).

⁽³⁴⁸⁾ Assim concorda também Benjamin-Forense, p. 251. É grande a importância da aplicação do CDC aos contratos de locação em virtude de sua relevância social e da extrema vulnerabilidade fática em que se encontra o indivíduo ao necessitar alugar um imóvel para sua moradia e de sua família. Tal vulnerabilidade, aliada a um mercado de oferta escassa, parece incentivar práticas abusivas, na contratação (cobrança de taxas abusivas, por exemplo) e na elaboração unilateral dos contratos. O fenômeno é mundial – veja a reação do direito alemão, na tese de doutorado de Thomas Lang, *Die Anwendung des AGB-Gesetz auf Formularmietverträge und deren Inhaltskontrolle*.

⁽³⁴⁹⁾ Veja a dificuldade da jurisprudência: "Locação – Multa contratual – Penalidade que não poderá exceder 2% do valor da prestação – Aplicação do art. 52, § 1.º, da Lei 8.078/90, pois considerada relação de consumo consoante definição do art. 3.º do mesmo diploma legal – Voto vencido. *Ementa Oficial*: O contrato de locação é relação de consumo, consoante as definições contidas no art. 3.º do CDC, e, assim, a multa pelo inadimplemento contratual não pode exceder 2% do valor da prestação, de conformidade com o art. 52, § 1.º, do diploma legal citado. *Ementa Oficial do voto vencido*: Não preenchendo locador e locatário os requisitos legais conformadores dos conceitos de fornecedor e consumidor, de acordo com os arts. 2.º, 3.º e 4.º da Lei 8.078/90, não se aplicam, por consequência, os preceitos e princípios do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias" (TAMG, 4.ª Câmara, Ap. 249.115-8, rel. Juiz Jarbas Ladeira, j. 11.02.1998, RT 755/407).

⁽³⁵⁰⁾ Veja, como exemplo desta linha majoritária da jurisprudência, as seguintes decisões: "Civil – Locação – Fiança – Renúncia do direito a exoneração – Multa contratual – Redução – Código de Defesa do Consumidor. (...) 2. Não

permaneço defendendo que ambas as leis se aplicam a este contrato, tratando de temas diversos, dialogando e, eventualmente, afastando-se em caso de antinomia.³⁵¹ Mister, porém, que se identifique na relação de locação uma relação de consumo.³⁵²

Neste sentido, vale repetir as observações das edições anteriores, que considero – *data maxima venia* – ainda válidas, pois a locação é tratada, nas grandes cidades, como contrato de adesão elaborado pelas imobiliárias; nas pequenas cidades, como contrato de locação ainda paritário e discutido com cada inquilino. O importante é poder caracterizar a presença de um *consumidor* e de um *fornecedor* em cada pólo da relação contratual.

se aplica às locações prediais urbanas reguladas pela Lei 8.245/91 o Código do Consumidor. 3. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 5.ª T., REsp 266625/GO, rel. Min. Edson Vidigal, j. 26.09.2000); e “III – O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações locatícias, descabendo na espécie, com apoio nesta norma, vindicar a redução da multa – contratualmente pactuada entre as partes – de 10% para 2%” (STJ, 5.ª T., REsp 302603/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 06.04.2001). Também REsp 239578/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 08.02.2000.

⁽³⁵¹⁾ Veja o problema na jurisprudência: “Locação – Multa contratual – Penalidade que não poderá exceder 2% do valor da prestação – Aplicação do art. 52, § 1.º, da Lei 8.078/90, pois considerada relação de consumo consoante definição do art. 3.º do mesmo diploma legal – Voto vencido. *Ementa Oficial*: O contrato de locação é relação de consumo, consoante as definições contidas no art. 3.º do CDC, e, assim, a multa pelo inadimplemento contratual não pode exceder 2% do valor da prestação, de conformidade com o art. 52, § 1.º, do diploma legal citado. *Ementa Oficial do voto vencido*: Não preenchendo locador e locatário os requisitos legais conformadores dos conceitos de fornecedor e consumidor, de acordo com os arts. 2.º, 3.º e 4.º da Lei 8.078/90, não se aplicam, por consequência, os preceitos e princípios do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias” (TAMG, 4.ª Câ., Ap. 249.115-8, rel. Juiz Jarbas Ladeira, j. 11.02.1998, RT 755/407).

⁽³⁵²⁾ Algumas decisões do STJ expressamente mencionam que não consideram dadas estas condições – veja como exemplo desta linha a ementa: “Locação – Fiador – Acordo para reajuste de aluguel – Súmula 214/STJ. ‘O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu’ (Súmula 214-STJ). As relações locatícias possuem lei própria que as regula. Ademais, faltam-lhes as características delineadoras da relação de consumo apontadas nos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/90. O Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à multa por inadimplemento, não é aplicável às locações prediais urbanas. Recurso parcialmente provido” (STJ, 5.ª T., REsp 204244/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. 11.05.1999).

O contrato de locação é hoje elaborado pela imobiliária tendo em vista a sua obrigação perante a pessoa que deixou o imóvel sob sua administração. As partes no contrato, porém, são o locador, proprietário do imóvel, e o locatário. Inicialmente, é necessário que o locatário seja o destinatário final fático e econômico do bem locado – nas locações residenciais esta é a regra. Segundo dispõe o art. 2.º do CDC, *consumidor* não é somente aquele que *adquire*, mas também aquele que *utiliza* o produto. Como afirma Calais-Auloy, a moradia é uma necessidade pessoal e familiar, sendo, nesse sentido, objeto de consumo.³⁵³ A definição legal de produto está disposta no § 1.º do art. 3.º do CDC e inclui qualquer bem, móvel ou imóvel.

Mas, e o *fornecedor*? O fornecedor é aquele que presta um serviço ou entrega o produto. Segundo Clóvis Beviláqua,³⁵⁴ o contrato de *locação de coisa* é aquele pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, se compromete a lhe fornecer, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível. O locador entrega para o locatário a coisa alugada, a sua posse e o uso a que se destina, e deve garantir o uso pacífico da coisa locada durante o tempo de contrato.³⁵⁵

O contrato é, portanto, uma cessão temporária do uso e gozo do imóvel, sem transferência da propriedade; é contrato remunerado e de prestação contínua.³⁵⁶ Assim, a viúva que possui dois imóveis e coloca um para alugar, através de uma imobiliária, é fornecedora em relação ao consumidor, e o contrato de locação elaborado pela imobiliária está sob o regime de equidade e boa-fé do CDC. Note-se que, se há participação de imobiliárias e pluralidade de relações, o STJ concorda em que a relação é de consumo e em que interesses coletivos estão em jogo, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para propor ações contra as taxas de intermediação cobradas pelas imobiliárias.³⁵⁷ Também outras relações conexas à locação são consideradas de consumo.³⁵⁸

⁽³⁵³⁾ Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, 1. ed., p. 33.

⁽³⁵⁴⁾ Código Civil, *Comentários*, art. 1.188 (atual art. 565).

⁽³⁵⁵⁾ Veja art. 1.189 (atual art. 566) e Lei 8.245/91.

⁽³⁵⁶⁾ Não estamos tratando aqui do contrato de locação de automóveis, muito comum nos dias de hoje, mas consideramos clara a sua inclusão no campo de aplicação do CDC – veja, sobre o assunto, a Súmula 492 do STF e as regras do art. 565 ss do CC/2002, comentadas magistralmente por Capanema, p. 315 ss.

⁽³⁵⁷⁾ EREsp 114908, rel. Min. Eliana Calmon, *Notícias do STJ* de 13.11.2001. Nesta decisão, de 8 votos a 7, a ministra relatora acolheu a tese do MPF de que a locação por imobiliária em visão coletiva é “típica relação de consumo”.

A hipótese contrária pode parecer inequitativa, quando a mesma viúva aluga para a família de um advogado, através de contrato individual, sem participação da imobiliária, seu segundo imóvel. Mesmo neste caso, a viúva é fornecedora, e ao contrato se aplicam as normas do CDC, mas note-se que as regras do CDC visam apenas o reequilíbrio do contrato, a equidade, a justiça contratual, a qual não será, em última análise, prejudicial à fornecedora.

Resta a possibilidade de que a jurisprudência brasileira, usando os princípios do CDC, que têm seu ponto de partida na necessidade de reequilibrar a relação contratual, quando esta for equilibrada e o consumidor não hipossuficiente (art. 4.º, I), decida pela exclusão do contrato, excepcionalmente, do campo de aplicação do CDC.

A regra, porém, é a inclusão dos contratos de locação não-comercial no campo de aplicação do CDC, que, como norma de ordem pública, estabelece um valor básico e fundamental de nossa ordem jurídica. As complexas e reiteradas relações, que se estabelecem entre o locatário, o locador, a imobiliária, o condomínio e sua administração, formam uma série de relações contratuais interligadas que estão a desafiar a visão "estática" do direito. Como verdadeiro contrato cativo de longa duração, a locação e suas relações jurídicas acessórias necessitam de uma análise dinâmica e contextual, de acordo com a nova teoria contratual, a reconhecer a existência de deveres principais e deveres anexos para as partes envolvidas, seja o consumidor, seja a cadeia organizada de fornecedores diretos e indiretos.

O equilíbrio contratual instituído pelo CDC impõe-se à lei especial anterior, que é a Lei 6.649/79, e à lei especial posterior, Lei 8.245/91. Em ambos os casos, seguiremos a norma do art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, como comentaremos em detalhes a seguir no Parte

(358) Assim o é o seguro locatício: "Locação (...) - Seguro de fiança locatícia - Responsabilidade da seguradora. A seguradora responde pelos alugueis e encargos impagos no prazo da prorrogação contratual por tempo indeterminado, conforme o ajustado no contrato de locação. (...) O contrato contendo as cláusulas gerais do seguro não foi entregue ao locador. Incabível a aplicação daqueles dispositivos referentes à perda da garantia pelo transcurso do prazo de pagamento do prêmio em prejuízo do senhorio, sob pena de violação ao princípio da boa-fé" (Ap.Cív. 70002291235, rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes, j. 04.04.2001).

II.³⁵⁹ Vale lembrar que as normas do CDC são gerais e não revogam expressamente a lei especial existente nem são revogadas por leis especiais posteriores. Como ensina Oscar Tenório,³⁶⁰ pode haver a coexistência da *nova lei* em face da anterior lei, desde que compatíveis. A lei especial mais nova não afeta a vigência da lei geral anterior,³⁶¹ no que não forem incompatíveis, sendo necessário examinar a finalidade das duas leis. É a regra da compatibilidade das leis.³⁶² O CDC não trata de nenhum contrato em especial, mas se aplica a todos, a todos os tipos de contratos, se contratos de consumo. Neste caso não revogará as normas especiais referentes a estes contratos, que nem sempre são de consumo, mas afastará³⁶³ a aplicação das normas previstas nas leis especiais anteriores que forem incompatíveis com o novo espírito tutelar e de equidade do CDC.³⁶⁴

Se a lei é posterior, como no caso da Lei 8.245/91, é de se examinar a compatibilidade do CDC com a lei mais nova. No caso, o CDC e a nova Lei de Locações são perfeitamente compatíveis, tratam de aspectos diferentes da mesma relação contratual e serão usados conjuntamente quando se tratar de locações urbanas não comerciais. Incompatibilidade há entre o disposto no art. 51, XI, do CDC e a volta à autonomia da vontade, prevista no art. 35 da Lei de Locações.

Por fim, relembre-se a posição extremamente vulnerável do terceiro, o fiador, que, como garantidor de uma relação de consumo, nesta intervém (parágrafo único do art. 2.º do CDC) e é exposto (art. 29 do CDC) às práticas comerciais dos fornecedores, por exemplo, as imobiliárias, que, de posse do contrato e, muitas vezes, sem a real anuência nem mesmo do locador, modificam e aditam os termos do contrato. Aqui há violação dos deveres de boa-fé, violação esta que deixa o garantidor em posição extremamente vulnerável. Assim, considere-se ou não de consumo a relação, a verdade é que o princípio da boa-fé impõe deveres de cooperação, cuidado e informação deste consumidor-garantidor ou terceiro (para aque-

(359) O Título 2 deste capítulo é inteiramente dedicado ao estudo dos conflitos de leis no tempo referentes ao CDC.

(360) Tenório, *Comentários à LICC*, art. 2.º, § 2.º (p. 90).

(361) Veja o art. 7.º, *caput*, do CDC.

(362) Tenório, *Comentários à LICC*, art. 2.º, § 2.º (p. 90).

(363) Assim a lição de Espínola/Espínola, p. 78, que propõem um esforço de interpretação para conseguir compatibilizar as normas.

(364) Veja Tenório, p. 89 e 81.

les que consideram a relação meramente civil), como a jurisprudência do STJ identificou na Súmula 214: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”. Relembre-se também que a EC n. 26, de 2000, que modificou a lei do bem de família (Lei 8.009/90 e Lei 8.245/91) para excluir de seu benefício o fiador, está sendo considerada inconstitucional pelo STF³⁶⁵ – afinal, o consumidor-terceiro-fiador deve ter pelo menos os mesmos direitos do consumidor-principal!

Existe ainda o contrato de *empreitada*, que objetiva a execução de determinada obra (resultado final), em que o empreiteiro se obriga, sem subordinação ou vínculo empregatício, a realizar certa obra para outrem. É uma obrigação de fim (resultado final), positivada no Código Civil já com seguranças especiais, como a garantia de “solidez e segurança” do art. 618 do CC/2002, que ganha espaço na prática de contratação de hoje.³⁶⁶ O CC/2002 regula apenas o tipo ou a estrutura contratual, que será aplicada somente subsidiariamente e em diálogo com as regras do CDC, que regulam prioritariamente a relação de consumo. A empreitada situa-se no campo genérico da locação de serviços. O que afirma Ancona Lopez para o contrato de prestação de serviço (art. 593 ss do CC/2002) pode ser aqui útil: “Quando [o contrato] for também relação de consumo, o problema deve ser equacionado da seguinte forma: 1. Quanto à estrutura contratual, rege-se pelas normas do Código Civil, Parte Geral e Parte Especial. (...) 2. Em sendo também relação de consumo, a proteção do sistema especial vai abranger esse contrato e a norma especial se superpõe à geral. Como o que se protege no sistema consumerista é a relação, enquanto relação, as conseqüências serão as previstas no Código de Defesa do Consumidor”.³⁶⁷ Em matéria de empreitada, a comentarista agrega: “O contrato de empreitada ora é contrato civil, com amplas discussões de suas cláusulas pelas partes, como geralmente é o contrato de grandes construtoras com empresas, ora é contrato do consumidor, quando há vulnerabilidade por parte do cliente (dono da obra).

⁽³⁶⁵⁾ Veja decisão, ainda não final, do STF, de maio 2005, rel. Min. Carlos Velloso, e doutrina considerando inconstitucional a EC n. 26/2000 (Aina, *O fiador e o direito à moradia*, p. 125).

⁽³⁶⁶⁾ Assim ensina Lorenzetti em nosso livro *Contratos de servicios a los consumidores* – Lorenzetti/Marques, p. 103 ss.

⁽³⁶⁷⁾ Lopez/Comentários, p. 197.

Essa vulnerabilidade existe para todas as pessoas físicas”.³⁶⁸ Se o empreiteiro se caracteriza facilmente como *fornecedor*, falta apenas caracterizar o co-contratante como *consumidor*, sempre que for o destinatário final do bem construído. De regra, pois, aplica-se o CDC à empreitada de obra encomendada por pessoa física.

Quanto ao *contrato de incorporação imobiliária*, em que o incorporador faz uma venda antecipada dos apartamentos, para arrecadar o capital necessário para a construção do prédio, fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado por obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir). A caracterização do promitente comprador como *consumidor* dependerá da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva, como a presente no art. 29 do CDC (veja o n. 1.1 desta análise). Interessante notar que qualquer dos participantes da cadeia de fornecimento é considerado fornecedor e há solidariedade entre eles.³⁶⁹

Ao contrato aplica-se, então, em regra, as normas do CDC.³⁷⁰ Isto é importante em face da multiplicação no mercado imobiliário deste tipo de contrato e o perigo de má utilização do instituto, que trabalha necessariamente com a figura da promessa de venda, tendo em vista a venda antecipada. No caso existe uma grande pluralidade de leis especiais e gerais aplicáveis ao contrato. A aplicação do CDC ao contrato é pacífica,³⁷¹ mas este diálogo das fontes se dará entre a lei especial (Lei 4.591/64), o CDC, o novo Código Civil de 2002 (CC/2002) e a Lei do Patrimônio de Afetação (Lei 10.931/2004), sendo que esta acabou trazendo substanciais modificações à incorporação imobiliária no Brasil.

As regras de ordem pública do CDC terão aplicação para regular o novo equilíbrio e boa-fé obrigatórios aos contratos de consumo,³⁷² pois, como ensina o STJ, aqui haverá diálogo das fontes: “O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a

⁽³⁶⁸⁾ Idem, p. 243.

⁽³⁶⁹⁾ Veja, defendendo a solidariedade com base na lei especial, Campello, p. 41 ss.

⁽³⁷⁰⁾ Veja decisão do STJ no REsp 238011/RJ.

⁽³⁷¹⁾ Assim Cambler, *Responsabilidade civil na incorporação imobiliária*, p. 232; Chalhub, p. 292; Rêgo, p. 114.

⁽³⁷²⁾ Veja Rêgo, p. 197 ss; veja, também, RDC 3, p. 213-215.

justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva".³⁷³

No 4.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor/Brasilcon, o tema da incorporação imobiliária foi central e foram aprovadas algumas conclusões, que merecem ser reproduzidas por sua atualidade: "1. O contrato de incorporação, embora regido pelas normas e princípios que lhe são próprios (Lei 4.591/64), fica também subordinado à disciplina do CDC sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao usuário final" (*aprovada por unanimidade*). "2. A responsabilidade do incorporador/construtor pela ruína do prédio tem por fato gerador o defeito da obra, que é presumido à luz do art. 12, § 3.º, II, do CDC" (*aprovada por unanimidade*). "3. O prazo de garantia pela segurança da obra não é mais de apenas cinco anos, como previsto no Código Civil, mas sim por todo o período de durabilidade razoável da construção. Nesse período, ocorrendo o acidente, o incorporador/construtor só afastará o seu dever de indenizar se provar que a obra não tinha defeito, ou seja, que o acidente decorreu do desgaste natural do tempo por falta de conservação do prédio" (*aprovada por unanimidade*). "4. A responsabilidade do incorporador/construtor pela falta de qualidade da obra tem por fato gerador os vícios de construção, que são defeitos menos graves que, embora não comprometam a segurança do prédio, afetam a qualidade e reduzem o valor" (*aprovada por unanimidade*). "5. O prazo de garantia pela qualidade da obra não mais se limita aos vícios que ela apresenta nos cinco primeiros anos de existência, estendendo-se agora, à luz do CDC, por todo o período de durabilidade razoável do prédio" (*aprovada por unanimidade*).

Efetivamente, a jurisprudência brasileira tem sido, assim, constantemente chamada a resolver litígios envolvendo consumidores e empresas de incorporação ou de construção,³⁷⁴ e algumas linhas jurisprudenciais já podem ser identificadas.

⁽³⁷³⁾ Assim ementa do REsp 80.036/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.02.1996, DJ 25.03.1996, que continua: "2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do Codecon) como na iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente à resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado".

⁽³⁷⁴⁾ Veja, por todos, decisão do TJRJ, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, RDC 30, p. 128.

Na orientação atual do STJ e dos Tribunais Superiores, é superável a falta de registro do compromisso de compra e venda para a concessão da escritura definitiva e mesmo da adjudicação compulsória,³⁷⁵ uma vez que os tribunais não mais aplicam a Súmula 167 do STF.³⁷⁶ Na jurisprudência do STJ, também a falta do registro da incorporação é sanável – assim, o registro *a posteriori* convalida os compromissos de compra e venda,³⁷⁷ em interpretação favorável ao consumidor, afastando qualquer nulidade ou anulabilidade dos contratos, decidindo o STJ que cabe ao consumidor a escolha entre a resolução ou o cumprimento da obrigação.³⁷⁸

⁽³⁷⁵⁾ Veja Súmula 76 do STJ: "A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor". Veja, igualmente, caso que não envolve contrato de consumo, mas mesmo assim interessante: "Processual civil e civil – Omissão inexistente – Promessa de compra e venda não inscrita – Imóvel não loteado – Cláusula resolutória expressa – Ineficácia – Necessidade de prévia interpelação – Precedentes. Tendo o aresto recorrido examinado, como na hipótese, todas as questões postas pelas partes, não se pode falar em ofensa aos arts. 515 e 535, II, do Código de Processo Civil. 'A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor' (Súmula 76/STJ), sendo ineficaz a existência de cláusula resolutória expressa no referido tipo de pacto, de acordo com a jurisprudência desta Corte. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 8.877/SP (91/0004054-1), rel. Min. César Asfor Rocha, j. 27.05.1997). E decisão mais recente, no mesmo sentido: "Promessa de compra e venda – Registro – Mora – Súmula 76 da Corte. 1. Nos termos da Súmula 76 da Corte, a ausência de registro não dispensa a prévia interpelação para constituir o devedor em mora. 2. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3.ª T., REsp 165055/CE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.08.1999). Ainda: 1.ª T., REsp 170493/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 16.06.1998.

⁽³⁷⁶⁾ Assim a erudita decisão do 1.º TACivSP, reproduzida na RT 698/103; quanto à escritura definitiva, veja decisão do TAMG, RT 696/201.

⁽³⁷⁷⁾ Assim REsp 34.395, rel. Min. Dias Trindade, com a ementa: "Civil – Habitação – Registro do empreendimento – Compromissos anteriores – Convalidação. O registro do empreendimento convalida os compromissos de compra e venda de unidades autônomas assumidos anteriormente, por suprida a finalidade da norma proibitiva". Assim também: REsp 53.559/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 18.12.1995; REsp 90.734/SP, rel. Min. Nilson Naves, DJ 04.10.1996; REsp 175.903/MG, rel. Min. Waldemar Zewiter, DJ 01.08.2000; REsp 67.723/SP, rel. Min. Waldemar Zewiter, DJ 02.10.2000.

⁽³⁷⁸⁾ Aqui, veja a recente decisão: "Direito civil – Contrato de promessa de compra e venda – Apartamentos em condomínio de edifício – Falta de registro do memorial da incorporação no cartório de imóveis – Art. 32, Lei 4.591/

A evolução mais importante veio da Súmula 308, que protege o consumidor que pagou todo seu imóvel para o construtor, incorporador, agente ou empreendedor e que teve seu imóvel hipotecado para um terceiro, um agente financeiro do construtor, incorporador etc.³⁷⁹ Ensina a Súmula 308 do STJ: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

A pergunta mais atual é se a Lei 10.931, de 02.08.2004, e a exceção, que representa o patrimônio de afetação atinente às incorporações imobiliárias, mesmo facultativo, pode representar um avanço na proteção destes consumidores. Estipulado este patrimônio, a eventual falência ou insolvência civil dos incorporadores passaria a não mais afetar a incorporação e, daí, seus adquirentes-consumidores.³⁸⁰ Escândalos e falências de grandes incorporadoras já demonstraram a importância de proteger as expectativas legítimas dos consumidores nos contratos de incorporação.³⁸¹

64 – Inexistência de nulidade ou anulabilidade do contrato – Irregularidade sanável – CPC, art. 462 – Inocorrência no caso – Precedentes – Recurso desacolhido. I – A jurisprudência desta Corte afasta a nulidade ou anulabilidade (nulidade relativa) do contrato de promessa de compra e venda por descumprimento do art. 32 da Lei 4.591/64, que exige o registro do memorial da incorporação no cartório de imóveis. II – Todavia, se não sanada a irregularidade, pode o promissário comprador postular a resolução do contrato de compra e venda, em face do inadimplemento da obrigação por parte da incorporadora” (REsp 192.315/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.11.2001, DJ 18.02.2002).

⁽³⁷⁹⁾ Veja também decisão do STJ: “Direito imobiliário – Recurso especial – Ação de embargos de terceiro à execução – Construção e incorporação – Contrato de financiamento para a construção de imóvel (prédio com unidades autônomas) – Outorga, pela construtora, de hipoteca sobre o imóvel ao agente financiador – Prévia celebração de compromisso de compra e venda com terceiro adquirente – Invalidade da hipoteca. É nula a hipoteca outorgada pela construtora ao agente financiador em data posterior à celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador. Recurso especial que não se conhece” (STJ, REsp 409076/SC, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 07.11.2002). No mesmo sentido, REsp 625045/GO, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 17.05.2005).

⁽³⁸⁰⁾ Assim também Chalhoub, p. 109.

⁽³⁸¹⁾ Veja, sobre caso da Encol, a boa aplicação do CDC na jurisprudência: Werson Rêgo, p. 200 e 201.

Esperamos que esta seja a linha trilhada pela jurisprudência, mesmo em virtude da complexidade extra que representa a pluralidade de fontes. Nesta linha, importante salientar a solidariedade, com base nos arts. 7.º e 18 do CDC, entre o incorporador e o construtor em caso de “malogro” do empreendimento, que já foi reconhecida pela jurisprudência.³⁸²

Quanto ao compromisso de compra e venda,³⁸³ foram identificadas duas cláusulas consideradas abusivas, que merecerão nossa análise mais detida na Parte II deste livro: a cláusula de perda das quantias pagas, ou cláusula de decaimento,³⁸⁴ e, eventualmente, a cláusula de financiamento condicional.

Nas edições anteriores, alertei para o fato de que não estava totalmente resolvido pela jurisprudência pátria o problema da falta de registro imobiliário da incorporação. É, em verdade, um problema penal, segundo a lei específica (art. 50, parágrafo único, I, da Lei 6.766/79), que

⁽³⁸²⁾ Assim jurisprudência por Rêgo, p. 201, e decisão do TJRJ, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, reproduzida RDC 30, p. 128.

⁽³⁸³⁾ Veja REsp 247.344/MG, rel. Min. Waldemar Zewiter, j. 19.02.2001, cuja ementa é: “Civil e processual – Promessa de compra e venda – Imóvel – Inscrição no registro imobiliário – Adjudicação – Outorga uxória – Precedentes da Corte. I – A promessa de venda gera efeitos obrigacionais, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. O direito a adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendi* à inscrição no registro de imóveis”.

⁽³⁸⁴⁾ Veja *leading case* no REsp 9421/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 27.08.1996, e REsp 85.182/PE, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 14.04.1997: “Civil – Compromisso de compra e venda de imóvel – Perda de parte das prestações pagas – Código de Defesa do Consumidor. A regra contida no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor impede a aplicação de cláusula contida em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que prevê a perda total das prestações já pagas, mas não desautoriza a retenção de um certo percentual que, pelas peculiaridades da espécie, fica estipulado em 10%. Recurso conhecido mas parcialmente provido”. Também REsp 63028/DF, rel. Min. Waldemar Zewiter, j. 12.02.1996, cuja ementa é: “Comercial – Promessa de compra e venda de imóvel – Perda do valor das prestações (cláusula abusiva) – Inteligência dos arts. 51 e 53 do Código do Consumidor. I – Na exegese dos arts. 51 e 53 do Código do Consumidor, são abusivas as cláusulas que, em contrato de natureza adesiva, estabeleçam, rescindindo este, tenha o promissário que perder as prestações pagas, sem que do negócio tenha auferido qualquer vantagem”.

tem causado muitos prejuízos a consumidores desavisados,³⁸⁵ pois tornou-se prática oferecer e mesmo prometer vender terrenos ainda não individualizados como loteamento. As fraudes neste campo têm se multiplicado, inclusive com loteamentos fantasmas ou em áreas de proteção ambiental,³⁸⁶ aproveitando-se do prazo legal de 6 meses para regularização ou mesmo ao completo arrepio da lei especial.

Nesse sentido destaca a orientação da 4.^a Turma do STJ,³⁸⁷ que me parece basilar nesse setor: a omissão do incorporador não deve constituir estímulo ou vantagem para ele, de modo a fazê-lo perder sua qualidade de incorporador e exonerá-lo de seus deveres e responsabilidades decorrentes da lei (especial³⁸⁸ e do CDC)³⁸⁹ e do contrato. Igualmente, vale a pena lembrar que muitos incorporadores e construtores tentam maquiar seus empreendimentos, especialmente em áreas mais pobres das cidades, como construção de um condomínio fechado, o que burla não só as normas urbanísticas, mas também tenta afastar do fornecedor os seus deveres de construção da infra-estrutura necessária à incorporação.

⁽³⁸⁵⁾ Veja-se a referida decisão do 1.^o TACivSP, em que houve determinação do envio das peças ao Ministério Público em face da prática, em tese, de crime de ação pública – íntegra na RT 698/103.

⁽³⁸⁶⁾ Assim a ação civil pública movida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra 500 condomínios irregulares e clandestinos no Distrito Federal.

⁽³⁸⁷⁾ REsp 2.972-0/GO, j. 23.03.1993, *Lex/STJ* 53/97-106, onde o STJ reconhece como título executivo o contrato de compromisso de compra e venda de unidade autônoma, mesmo ante a falta de registro imobiliário da incorporação. Veja decisões mais recentes, no mesmo sentido, no REsp 156771/RJ, 3.^a T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 04.03.1999; no REsp 243968/SP, 4.^a T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.03.2000; e no REsp 181509/SP, 4.^a T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 08.02.2000.

⁽³⁸⁸⁾ No excelente voto, o relator Min. Bueno de Souza baseia-se em decisão do TASP (RT 434/167) e ensina: “Aceitar razões especiosas para subtrair o contrato da disciplina legal obrigatória, ou a transigência desavisada de compromissário comprador seduzido pela excelência aparente do negócio, será tornar inútil a lei de atos propósitos no campo dos negócios imobiliários e que, eficazmente, procurou defender a economia popular”. E complementa no sentido de que recusar-se a identificar o agente como incorporador “equivale mesmo a negar vigência ao art. 29” da Lei 4.591/64, bem como “permitir se possa extrair vantagem, precisamente, da ausência do registro imobiliário do projeto de incorporação” (*Lex/STJ* 53/105).

⁽³⁸⁹⁾ Em seu voto, o Min. Fontes de Alencar cita expressamente o art. 48 do CDC e conclui: “O espírito da lei é no sentido de que essas declarações, ou esses pré-contratos, vinculam aquele que assume o compromisso”.

O Ministério Público é tem legitimidade para pleitear a proteção do grupo de consumidores nos contratos de promessa de compra e venda, como ensina o STJ no REsp 105215/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.06.1997:

“Processual civil – Ação coletiva – Cumulação de demandas – Nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda de imóveis – Juros – Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos – Obrigação de não fazer da construtora – Proibição de fazer constar nos contratos futuros – Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos – Ministério Público – Legitimidade – Doutrina – Jurisprudência – Recurso provido.

“I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula.

“II – Como já assinalado anteriormente (REsp 34.155/MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

“III – Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

“IV – Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.”³⁹⁰

Os *contratos de construção*, e de empreitada, presente um consumidor como contratante, também serão regidos pelo CDC.³⁹¹ Note-se que, segundo dispõe o art. 7.^o, *caput*, do CDC, os novos direitos do consumi-

⁽³⁹⁰⁾ Publicado na RSTJ 98, p. 311.

⁽³⁹¹⁾ Veja RT 727/164. Podetti, p. 52 e 53, relembra que os contratos de construção, de empreitada e contrato de obra dos dias de hoje encontram sua fonte no conceito romano de *locatio conductio operis*.

dor previstos no Código não excluem outros direitos previstos na legislação ordinária anterior, como o da garantia (“prazo irredutível”) do art. 618 do CC/2002, desde que compatíveis com as novas normas. A orientação inicial da 2.ª Seção do STJ, de que é de “vinte anos o prazo de prescrição da ação de indenização contra o construtor, por defeitos que atingem a solidez e a segurança do prédio, verificados nos cinco anos após a entrega da obra”,³⁹² acabou prevalecendo na Súmula 194 do STJ.³⁹³ Na prática significa assegurar um prazo ainda maior do que o previsto no CDC, logo, mais favorável ao consumidor, encontrando plena aplicação o art. 7.º do CDC, o que significará na prática a aplicação do direito civil geral, uma vez que mais favorável ao consumidor (*favor debilis*).³⁹⁴

Neste sentido, nunca é demais reprimir que o STJ considera o CDC aplicável aos contratos de compra, promessa de compra e venda e construção de imóveis financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação, como ensina a ementa: “Sistema Financeiro da Habitação – Juros: Lei 4.380/64 – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Precedentes da Corte. 1. Já assentou a 2.ª Seção que o art. 6.º, e, da Lei 4.380/64 não estabelece a limitação dos juros, prevalecendo o contratado. 2. O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos firmados entre o mutuário e o agente financeiro nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte” (STJ, REsp 571751/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 02.12.2004).

⁽³⁹²⁾ Veja REsp 62.068-SP, 3.ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 08.04.1997, *Lex JSTJ* 99, p. 113-115, com citação dos REsp 1.473, 5.522, 8.489, 30.293 e 72.482.

⁽³⁹³⁾ Súmula 194 do STJ: “Prescreve em 20 (vinte) anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra”. Veja também decisão do STJ: “Ação de indenização – Defeito de construção – Art. 1.245 do Código Civil [art. 618, *caput*, CC/2002] – Dissídio: demonstração analítica – Precedentes. 1. Na linha de inúmeros precedentes da Corte, o prazo do art. 1.245 do Código Civil [art. 618, *caput*, CC/2002] é de garantia, sendo a prescrição de vinte anos (Súmula 194). 2. Sem a devida demonstração analítica não tem êxito o dissídio. 3. Recurso especial não conhecido (3.ª T., REsp 210237/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.10.1999). No mesmo sentido: 4.ª T., REsp 47208/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 18.02.1999; 4.ª T., REsp 47476/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 18.02.1999; e 4.ª T., REsp 76190/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.03.1998.

⁽³⁹⁴⁾ Assim ensina também Pizzio, p. 63, e Cavalieri, A responsabilidade do incorporador/construtor, *RDC* 26, p. 230 ss.

Incluídos no campo de aplicação do CDC estão também os contratos concluídos no novo sistema financeiro imobiliário, criado pela Lei 9.514, de 20.11.1997, que instituiu uma alienação fiduciária de bem imóvel. Para o consumidor, parece-me, salvo melhor juízo, altamente prejudicial a criação desta nova base de direito real (propriedade fiduciária de imóvel), pois a possibilidade de alienação fiduciária da “sonhada casa própria” beneficia desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para as hipotecas. No novo sistema, o fiduciante, isto é, os fornecedores indiretos (bancos e outros financiadores da construção) ou fornecedores diretos (construtores, bancos e financiadores diretos do negócio com o consumidor), como o credor fiduciário imobiliário, pode beneficiar-se do rápido e eficaz processo típico da alienação fiduciária, que permite a retomada do bem imóvel, com despejo do consumidor e sua família, se o devedor estiver constituído em mora, e posterior venda em leilão.

A alienação fiduciária de bem móvel foi criada para superar um problema prático do penhor, que exigia a retenção do bem pelo credor para a sua efetivação. Seu sucesso foi imediato e os abusos por parte dos fornecedores também, tanto que grande parte da jurisprudência brasileira da década de 80 versa sobre contratos de compra e venda com alienação fiduciária, dos consórcios de automóveis às suas formas mais atuais. A alienação fiduciária de bem móvel teve como resultado prático também a diminuição da importância do penhor como garantia. A recente instituição por lei deste novo direito real de propriedade fiduciária parece ter como fonte inspiradora apenas a vontade do Estado de beneficiar ou privilegiar os fornecedores do setor imobiliário, especialmente os bancos e agentes financiadores privados, para que encontrem maior facilidade na cobrança de seus créditos e na retomada de imóveis dados em garantia. Este desenvolvimento legislativo brasileiro parece-me na contramão da história. A jurisprudência de ponta européia é toda no sentido de impor maior respeito aos direitos humanos dos devedores-bancários justamente quando da exigência de garantias de rápida execução, garantias perigosas para o consumidor, que nem sempre consegue perceber que perderá a posse do imóvel com o não pagamento mesmo de uma parcela, como permite o art. 26 da lei brasileira de 1997,³⁹⁵ sempre que houver específica previsão contratual a respeito e o consumidor for constituído em mora.

⁽³⁹⁵⁾ Note-se que o art. 26 da Lei 9.514/97 menciona, no *caput*, como fato suficiente para a retomada regulada nos arts. 27, 28 e 30, estar “vencida e não paga, no

Mencione-se ainda que a nova alienação fiduciária poderá tornar superada a garantia real típica dos imóveis – a hipoteca –, passando o credor a exigir do construtor (fornecedor direto) e dos futuros compradores (consumidores) como garantia a alienação fiduciária do imóvel construído. A propriedade fiduciária é direito real registrável, segundo o art. 23 da Lei 9.514/97, ocasionando o desdobramento da posse, tornando-se o consumidor (fiduciante) possuidor direto e o credor (fiduciário) possuidor indireto do imóvel. O consumidor torna-se “depositário” do imóvel do credor e, mesmo que a referida lei de 1997 nada mencione sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, as discussões judiciais ainda existentes sobre a constitucionalidade deste modo de pressão aos consumidores insolventes pode ganhar novo impulso.³⁹⁶ Certo é que o consumidor, pelo art. 22 da Lei 9.514/97, suporta toda a responsabilidade decorrente do uso do imóvel.

b) Contratos de transporte, de turismo e viagem – Quanto aos contratos de transporte, destacaríamos o transporte de pessoas ou de passageiros. Este transporte terrestre, por ônibus, por carro e, menos frequentemente, por trem, pode firmar-se por escrito ou não, bastando a conduta do consumidor ao subir no transporte coletivo para formalizar o contrato, que se regulará geralmente por condições gerais afixadas ou não no coletivo. Já o transporte aéreo utiliza as chamadas “condições contratuais” anexadas ao bilhete, o mesmo ocorrendo com o transporte lacustre e marítimo, quando não existe um contrato de adesão por escrito.

O contrato de transporte de passageiros é um contrato de prestação de serviços, uma obrigação de resultado. Nesse caso, a caracterização do

todo ou em parte, a dívida”. Já o § 1.º do art. 26 menciona a intimação para “satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida”. Logo, em teoria, uma só prestação vencida bastaria, se o contrato assim previsse, como parece também indicar o § 2.º do referido art. 26 da Lei.

⁽³⁹⁶⁾ Veja, por todos, REsp 260892/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17.05.2001: “Civil e processual civil – Alienação fiduciária em garantia – Cláusulas abusivas (...) – Ação de busca e apreensão – Conversão em depósito – Possibilidade – Prisão do depositário – Inadmissibilidade. (...) III. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir de precedente da Corte Especial no EREsp 149.518/GO (rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., DJU 28.02.2000), é no sentido de afastar a ameaça ou ordem de prisão do devedor em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia. IV. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido”.

profissional transportador como fornecedor não é difícil, nem a do usuário do serviço, seja qual for o fim que este pretende com o deslocamento, como *consumidor*. Em minha opinião, a relação de transporte é de consumo e deverá ser regulada pelo CDC em diálogo com o CC/2002 sempre que estejam presentes consumidor e fornecedor naquela relação. O art. 732 do CC/2002 traz uma exceção à ordem normal de aplicação das fontes gerais e especiais em diálogo, geralmente priorizando as normas de ordem pública e a fonte constitucional presentes no CDC e, subsidiariamente, aplicando depois, no que couber, as regras da lei geral mais nova, o CC/2002, na maioria das vezes dedicadas a regular o tipo contratual. Esta norma inova e afirma em contrário: “Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.

À primeira vista pareceria que esta norma quer regular todos os contratos de transporte à frente mesmo das convenções internacionais e do CDC, mas uma leitura ponderada e –necessariamente– conforme a Constituição Federal, deve fornecer uma luz sobre a questão. Em primeiro lugar, como frisamos antes, os direitos fundamentais, como o da proteção pelo Estado-juiz e pelo Estado-legislador do art. 5.º, XXXII, da CF/1988, são cláusulas pétreas da Constituição e constituem a ordem de valores constitucionais instituída pelo constituinte e não pelo legislador ordinário. Afastar as preocupações de proteção do consumidor de um contrato, seja de transporte de pessoas ou coisas ou de um contrato bancário, seria, em resumo, contra a Constituição!

A interpretação conforme a Constituição, pois, evidencia os dois caminhos a seguir. A premissa é de que se trata de uma relação de consumo, com a presença do sujeito de direitos constitucionais, o consumidor. Assim, de um lado, cabe ao CC/2002, em seus arts. 730 a 756, proteger os interesses dos consumidores, e, se não o fizer, a proteção virá de suas cláusulas gerais, e aqui o *standard* de boa-fé alcançado na aplicação até hoje do CDC deverá ser usado para preencher os conceitos indeterminados, concretizar o que é boa-fé, probidade e limites da função social do contrato, neste tipo de relação de transporte de consumo. De outro, para evitar qualquer “inconstitucionalidade”, mister evidenciar que as normas se aplicam conjuntamente, em diálogo, e necessitamos apenas saber a ordem de sua aplicação. Nesse sentido, as normas do Código Civil não são por si só negativas para os consumidores, e regulam muitos aspectos típicos

desse contrato, como ser uma obrigação de resultado, ser o grau de segurança o mesmo para o transporte de pessoas e de coisas, mas as regras sobre as garantias (horários e itinerários do art. 737; interrupções do transporte do art. 741) e as excludentes (força maior dos arts. 734 e 737; culpa de terceiro ex vi art. 735; transporte por cortesia e desinteressado) são diferentes, como o contrato poder ser prestado por uma pluralidade de transportadores organizados em cadeia (art. 756), poder incluir responsabilidade pela bagagem que o passageiro traz consigo, as regras de conduta dos passageiros (arts. 738 e 739), o direito de rescisão imotivada do contrato em tempo hábil para evitar prejuízos do *no show* (art. 740) etc.

Se estas regras sobre o tipo contratual são positivas e encontravam-se em grande medida no superado Código Comercial de 1850 e em leis especiais, quanto à divisão de riscos contratuais (ou garantia e responsabilidade contratual) nos contratos de transporte de pessoas e coisas, parece haver certo retrocesso, pois muitas delas já tinham sido superadas pela jurisprudência. As discussões serão menores no transporte de passageiros, geralmente relação de consumo, e concentra-se-ão, em minha opinião, nas normas dispostas no parágrafo único do art. 734, sobre o limite de responsabilidade do transportador pela bagagem conforme o valor declarado, e no art. 742, sobre o direito de retenção das bagagens.

Já quanto ao transporte de coisas, as discussões serão imensas, pois as regras dos arts. 743, 745, 746, 748, 749, 750, 752, 753, 754 e 755 são moldadas para o grande transporte de mercadorias e insumos e não para o transporte de pequenas mercadorias ou encomendas, típico de consumo. Nesse caso, a solução mais acertada seria, para que fosse cumprido o mandamento constitucional, excepcionar destas regras muito rígidas dos contratos entre iguais e que privilegiam claramente o transportador, baixando o nível de proteção dos consumidores, realizar uma distinção entre o serviço de transporte de encomendas e o de bens de consumo de pequeno valor. Ocorre que a jurisprudência de tendência maximalista do STJ estabeleceu-se justamente em casos de transporte de mercadorias, tratando aquele que envia os produtos como consumidor, destinatário final do serviço.

Parece-me, porém, que, tendo em vista a nova linha de jurisprudência do STJ, de um finalismo aprofundado, aqui caberá fazer uma distinção e assim proteger o consumidor. Utilizar estas normas para iguais “contra” os consumidores criaria uma enorme injustiça no sistema e um privilégio inconstitucional para os fornecedores de serviços de transportes, que, além do mais, são serviços concedidos pelo Estado! Aqui talvez a saída

possa ser a mesma que foi usada, com sabedoria, pelo STJ – quando, apesar de permitir o corte de energia elétrica e água, realizou duas distinções ou exceções subjetivas: se o destinatário é pessoa jurídica de direito público, como os municípios, os serviços essenciais devem ser mantidos, para evitar causar prejuízo à população em geral;³⁹⁷ e se é pessoa física “em situação de miserabilidade” (REsp 647853/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.09.2004, DJ 06.06.2005). Assim ensina o STJ:

“Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação. (...) a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerando o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa. (...) Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contrapartida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis”.

O contrato de transporte hoje é contrato típico, definido pelo art. 730 do CC/2002 como uma obrigação de resultado: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Em matéria de contrato de transporte, desenvolveu-se na jurisprudência brasileira a orientação inovadora de afastar a autonomia da vontade e desconsiderar a cláusula de não indenizar incluída pelo transportador no contrato (Súmula 161 do STF), direito agora expressamente previsto no 734 do CC/2002, impondo a nulidade absoluta da cláusula excludente de responsabilidade no transporte de passageiros.

Nessa mesma linha de proteção do usuário-consumidor, consolidou-se com a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de,

⁽³⁹⁷⁾ Veja REsp 628833, 460271, 291158, 442814, 278532.

em caso de acidente no transporte, cumular o ressarcimento do dano material contratual (ferimentos, perda da bagagem) com o de dano imaterial ou dano moral (morte, perda de parte da visão, da possibilidade de locomoção etc.).³⁹⁸ A responsabilidade contratual do transportador pelo acidente do passageiro, segundo a Súmula 187 do STF, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual o fornecedor tem ação regressiva,³⁹⁹ regra agora

³⁹⁸ Nesse sentido veja a decisão do TARGS, 4.ª Câm. Cív., rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen, j. 21.03.1992, publicada em *Julgados* 83, p. 329 ss, em que uma jovem passageira foi ferida dentro do ônibus por pedra arremessada por um piquete grevista, acarretando o estilhaçamento do vidro e a perda do seu olho. A tese de caso fortuito e força maior foi recusada e, acompanhando a mais recente doutrina francesa, considerou-se em especial o fato de a vítima ser ainda jovem estudante universitária, para a qual a perda de uma das qualidades físicas, de uma das habilidades ou prazeres humanos ocasiona ainda maior trauma (os chamados “danos adolescentes” ou “danos psicológicos”). Veja excelente trabalho de Caldeira, *RDC* 38, p. 93 ss, sobre como os assaltos a passageiros no Rio de Janeiro são considerados “riscos do serviço”. Veja também, do STJ, o REsp 246294/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.04.2000, e a bela decisão assim ementada: “Responsabilidade civil – Contrato de transporte – Acidente sofrido por passageiro – Vítima fatal – Código de Defesa do Consumidor – Dec. 2.681/12 – Fato de terceiro – Fator de exclusão de responsabilidade – Inevitabilidade e imprevisibilidade – Reexame de prova – Conflito aparente de normas – Dano moral. É dever da transportadora conduzir o passageiro incólume até o local de destino. Falecendo passageiro em razão de acidente em estrada, há culpa presumida da empresa de transporte interestadual, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Dec. 2.681/12). O Dec. 2.681/12 não se encontra revogado pelo CDC no que tange à responsabilidade das estradas de ferro e, por analogia, das rodovias, e suas excludentes. Persiste, assim, aplicável a Súmula 187/STF, que determina que ‘a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva’. Inserindo-se o fato de terceiro nos riscos próprios do deslocamento e estabelecendo o acórdão *a quo* não ter sido imprevisível o sinistro, não é este fator excludente da responsabilidade da transportadora. Vitimando o acidente indivíduo ainda jovem, estudante, já assalariado, que contribuía para o sustento materno, justa se afigura a condenação a título de danos morais fixados no acórdão recorrido no importe de 300 salários mínimos. Centralizando o acórdão recorrido sua fundamentação na responsabilidade objetiva e contratual da empresa de transporte, os juros moratórios devem ser aplicados a partir da citação. Recurso provido, na parte em que conhecido” (STJ, 3.ª T., REsp 293292/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 20.08.2001).

³⁹⁹ A súmula continua a ser utilizada – veja REsp 122708/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 06.06.2000.

expressa no art. 735 do CC/2002. Nesse sentido, observa-se que a jurisprudência dos tribunais estaduais e do STJ tem imputado aos transportadores do transporte coletivo de passageiros, como risco profissional desta atividade (fortuito interno) e não força maior ou caso fortuito externo, a obrigação de indenizar, mesmo que o acidente seja causado por pedra lançada por terceiro ou assalto no coletivo.⁴⁰⁰ A regra do art. 734 do CC/2002 esclarece que o “transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior”, mas o seu parágrafo único permite “ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”. Em matéria de consumo, a tendência era fixar o valor do dano (art. 944 do CC/2002) como valor da indenização.⁴⁰¹

Já o transporte gratuito por cortesia ou amizade vem expressamente regulado no art. 736 do CC/2002, como aquele desinteressado e, portan-

⁴⁰⁰ Sobre a evolução do tema no direito brasileiro, do Dec. 2.681/12 (arts. 17 e 18) à Súmula 187 do STF, ao inicial entendimento do STJ (REsp 35.436, 144.594, 30.992), que o assalto era caso fortuito ou força maior e não guardaria “conexidade” com a atividade de transporte (não se trataria, pois, de “riscos próprios do deslocamento”), ou estaria coberto pelas excludentes do art. 14, § 3.º, do CDC (REsp 1641555/RJ: “Assalto ou roubo constitui força maior excludente da responsabilidade do transportador pela perda das mercadorias”, aplicável, ao caso, o § 3.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor), até a visão atual do tribunal, segundo a qual o assalto ao cobrador é um risco típico do transporte coletivo (veja *leading case* do Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp 175.794, j. 05.11.1998, e também REsp 234.263, j. 02.12.1999), veja palestra degravada de Ruy Rosado de Aguiar, A responsabilidade civil do transportador terrestre de passageiros: o assalto a ônibus, no V Congresso de Responsabilidade Civil no Transporte Terrestre de Passageiros, org. CEPES/1.º TACivSP. Veja, também, excelente levantamento da evolução da jurisprudência do TARJ e do TJRJ, realizado por Caldeira, *RDC* 38, p. 93-141.

⁴⁰¹ Esta tendência vem bem demonstrada na decisão do Juizado Especial e de Pequenas Causas, que traz a seguinte ementa: “Responsabilidade civil – Extravio de bagagem – Indenização – Valor total – Prova testemunhal da existência da bagagem – Validade – Reclamação depois de vinte e quatro horas – Irrelevância. A indenização para ressarcimento dos danos oriundos de extravio de bagagem deve ser a mais completa possível. Inaplicável, no caso, a chamada indenização tarifária. A prova testemunhal da existência da bagagem é suficiente. A reclamação após vinte e quatro horas não afasta o dever de indenizar” (1.ª T. Recursal, Ap. Cív. 17/91/Capital, rel. Dr. Wilber José Palazzo, j. 13.08.1991).

to, excluído do campo de aplicação do CDC. A orientação jurisprudencial já era esta, como específica a Súmula 145 do STJ: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

Há, porém, que considerar que o transporte coletivo municipal ou interestadual é atividade remunerada de consumo (art. 3.º do CDC) e nunca “transporte desinteressado”, como esclarece o CC/2002. Frise-se que aqui a remuneração não é direta pelo idoso beneficiado, mas indireta, pelo preço pago por toda a coletividade e pelo benefício da manutenção da concessão pública daquele fornecedor de serviços de transportes coletivos. Como mencionamos no número anterior, tais atividades são de “consumo”, e a relação que se estabelece com os idosos é regida pelo CDC e pelas regras especiais desta oferta gratuita. Interessante notar que os idosos maiores de 65 anos, por força do disposto no art. 230, § 2.º, da Constituição Federal, têm direito constitucional a este transporte “gratuito”. Segundo estabeleceu a jurisprudência do TJRS, tais idosos são consumidores destes serviços e podem ser protegidos através de ação civil pública do Ministério Público Estadual, forte no art. 81, parágrafo único, do CDC.⁴⁰² Da mesma forma, o STJ considerou que atividades gratuitas dos idosos, asseguradas por lei, são de interesse público.⁴⁰³ Quanto ao art. 230, § 2.º, da CF/88, específico sobre transporte gratuito de idosos, considerou o TJRS

⁽⁴⁰²⁾ Assim Ap.Cív. 597108596, rel. Des. Irineu Mariani, j. 28.04.1999, com a seguinte ementa: “Transporte coletivo urbano gratuito aos maiores de 65 anos – Exigência de inserção na identidade civil da expressão maior de 65 anos – Pedido de exclusão e indenização por danos morais – Legitimidade (...) 1. O Ministério Público possui legitimidade ativa *ad processum* para defender interesses individuais homogêneos” (Lei 7.347/85, art. 21; CDC, arts. 81, parágrafo único, III, e 82, I)”.

⁽⁴⁰³⁾ Neste sentido, veja o *leading case* do STJ antes citado: “Ação civil pública – Ministério Público – Legitimidade – Ingresso gratuito de aposentados em estádio de futebol – Lazer. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública. Recurso conhecido e provido” (4.ª T., REsp 242643/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 19.10.2000).

a norma constitucional auto-aplicável,⁴⁰⁴ e impediu a sua limitação no tempo ou em determinados dias,⁴⁰⁵ mas aceitou que uma identificação especial dos idosos na carteira não era irrazoável ou abusiva.

Devemos igualmente destacar as duas espécies de transporte, a de passageiros e a de cargas ou transportes de coisas, *ex vi* art. 743 do CC/2002. O contrato de transporte de cargas pode ou não estar incluído no campo de aplicação do CDC, dependendo da existência de um sujeito identificável como consumidor. No transporte de cargas, este pode ter fim de lucro, fins comerciais, ou pode simplesmente ter como finalidade o transporte de carga pessoal do consumidor ou de bens que são de sua utilização pessoal ou de sua família (mudanças etc.). Nesse caso, o transporte não se insere na cadeia de contratos de produção e será um contrato de consumo.

Quanto ao transporte de passageiros, é sempre importante lembrar que a prestação contratual e o regime, especialmente o conteúdo contratual imposto pelo fornecedor, envolvem indiretamente (e podem violar) direitos fundamentais dos indivíduos, tais como o direito à liberdade e livre movimentação e o direito à vida e à integridade. Este ponto de contato entre o direito constitucional e o direito civil ou comercial influenciará a relação entre particulares (a chamada *Drittwirkung* da doutrina alemã), impondo um exame mais agudo da razoabilidade das cláusulas, da sua necessidade para aquele tipo de transporte e da possibilidade de impor qualquer limite direto de ressarcimento.⁴⁰⁶

⁽⁴⁰⁴⁾ Assim Ap.Cív. 599243342, rel. Des. Celeste Vicente Rovani, j. 16.06.1999: “Gratuidade do transporte urbano para idosos e deficientes físicos. (...) 1. A gratuidade do transporte urbano coletivo para maiores de sessenta e cinco (65) anos é garantia constitucional, contemplada pelo § 2.º do art. 230 da Constituição Federal, de 05.10.1988, constituindo norma auto-aplicável, não necessitando, por isso, de lei local para implantá-la e regulá-la”.

⁽⁴⁰⁵⁾ Assim, decisão: “Mandado de segurança – Passagem gratuita a passageiros idosos – Restrição de horário para usufruir do benefício – Inviabilidade, se a regra superior (art. 262, I, da Constituição Estadual) não coloca tal condição – Apelação improvida” (TJRS, 2.ª Câmara, Ap.Cív. 597211010, rel. Des. Arnaldo Rizzardo, j. 24.06.1998).

⁽⁴⁰⁶⁾ Veja nossa análise sobre os conflitos de leis especiais (que asseguram privilégios históricos aos fornecedores do ramo do transporte aéreo, em troca da inversão do ônus da prova e da facilitação do ressarcimento) e o CDC, no artigo A responsabilidade do transportador aéreo, *RDC* 3, p. 155 ss.

No direito comparado, observa-se a importância que obtiveram os chamados contratos de “viagem turística”.⁴⁰⁷ Esses contratos são fechados entre agências de turismo e consumidores, incluindo em seu objeto não só a viagem (aérea, marítima ou terrestre), mas também a hospedagem, os traslados e uma série de atividades recreativas, como excursões, idas a museus, *shows* etc. É um contrato de prestação de serviço, mas os serviços nem sempre são prestados por prepostos da agência e sim por uma verdadeira rede de fornecedores, ficando a depender destes a qualidade da prestação no total. No caso, a relação contratual do consumidor é com a agência de viagem, podendo exigir desta a qualidade e a adequação da prestação de todos os serviços que adquiriu no pacote turístico contratado, como se os outros fornecedores seus prepostos fossem.⁴⁰⁸ Interessante notar que o art. 5.º da Diretiva europeia sobre viagens combinadas ou pacotes turísticos instituiu o dever de o consumidor comunicar à agência (e ao fornecedor direto) o incumprimento contratual, exigindo, porém, que o contrato informe ao consumidor seu dever de colaboração para evitar dano aos próximos consumidores.⁴⁰⁹

Desde 1985, a jurisprudência estrangeira diferencia contratos de organização de viagem ou contratos de viagem turística e contratos de intermediação de viagens. Tratando-se de um contrato de organização de viagens, responsabiliza a agência de viagens pela conduta de qualquer prestador de serviços envolvido na viagem turística, prestador este que considera como um “auxiliar” da agência.⁴¹⁰ No Brasil, a jurisprudência vem também responsabilizando solidariamente as agências de turismo, em caso de falha na prestação do serviço por fornecedor direto,⁴¹¹ por transportador aéreo⁴¹² e terrestre⁴¹³ e por transportador marítimo.⁴¹⁴

⁽⁴⁰⁷⁾ Veja Ulmer/Brandner/Hensen, p. 737-751, sobre a evolução na Alemanha, e Ghersi, p. 584, sobre a evolução na Argentina.

⁽⁴⁰⁸⁾ Nesse sentido conclui também Ghersi, p. 585; veja também a norma do art. 34 do CDC.

⁽⁴⁰⁹⁾ Assim ensina García Rubio, *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, p. 262 e 263.

⁽⁴¹⁰⁾ Veja decisão do Tribunal Federal suíço, de 29.10.1985, relatada na *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1987, p. 129.

⁽⁴¹¹⁾ Assim TJRS, Ap.Cív. 598198828, rel. Des. Antônio Janyr Dall’Agnoll, j. 16.12.1998.

⁽⁴¹²⁾ Assim decisão do STJ, REsp 305566/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22.05.2001, com a seguinte ementa: “Responsabilidade civil – Trans-

A partir da entrada em vigor do CDC, também no Brasil uma nova importância foi reservada à qualidade (leia-se, expectativas legítimas e razoáveis) e à informação na fase pré-contratual e durante a execução dos contratos de viagem.⁴¹⁵ O resultado prático da inversão de papéis (da *caveat*

porte aéreo – Atraso em voo internacional – Agência de turismo – Fretamento – Responsabilidade da empresa afretadora – Dano moral – Cabimento – *Quantum* – Razoabilidade em face das circunstâncias especiais do caso concreto – Precedentes – Recurso parcialmente acolhido. I – Nos termos da orientação das Turmas que compõem a 2.ª Seção, a empresa afretadora responde pelo dano oriundo da deficiente prestação do serviço de transporte, incidindo o Código de Defesa do Consumidor”.

⁽⁴¹³⁾ Exemplar é a decisão do STJ, REsp 304738/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.05.2001, com a seguinte ementa: “Responsabilidade civil – Agência de turismo – Pacote turístico – Serviço prestado com deficiência – Dano moral – Cabimento – Prova – *Quantum* – Razoabilidade – Recurso provido. I – A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum. Não há negar, no caso, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo e os transtornos causados pela demora imprevista, pelo excessivo atraso na conclusão da viagem, pela substituição injustificada do transporte aéreo pelo terrestre e pela omissão da empresa de turismo nas providências, sequer diligenciando em avisar os parentes que haviam ido ao aeroporto para receber os ora recorrentes, segundo reconhecido nas instâncias ordinárias. II – A indenização por danos morais, como se tem salientado, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros”.

⁽⁴¹⁴⁾ Exemplar é a decisão do STJ, REsp 291384/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.05.2001, cuja ementa ensina: “Responsabilidade civil – Agência de viagens – Código de Defesa do Consumidor – Incêndio em embarcação. A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada. Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco”.

⁽⁴¹⁵⁾ Exemplo deste posicionamento é a seguinte decisão: “Excursão turística – Condições precárias e inseguras de embarcação que autorizam o rompimento do contrato pelo passageiro e sua recusa em empreender a viagem – Responsabilidade da operadora e da vendedora” (3.ª Câm. Recursal do Juizado Especial de Pequenas Causas, Proc. 01190741957, Rec. 12/91, rel. Antonio Guilherme Tanger Jardim, j. 28.06.1991, v.u.). Veja também *leading case* do STJ: “Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade do fornecedor – Culpa concorrente da vítima – Hotel – Piscina – Agência de viagens. Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 3.º, III, do

emptor para a *caveat venditor*) e da imposição legal de novos deveres aos fornecedores, também no ramo do turismo, foi o reconhecimento pela jurisprudência de uma nova responsabilidade (própria e solidária) para as agências de viagem, as quais comercializam os chamados “pacotes turísticos” e passam a ser responsáveis pela atuação de toda uma cadeia de fornecedores por elas escolhidos e previamente contratados.⁴¹⁶ A prática jurisprudencial brasileira passou mesmo a aceitar, nesses casos, a cumulação de danos materiais (geralmente pequenos) com danos morais ou extrapatrimoniais pela frustração das expectativas de lazer.⁴¹⁷

O tema desperta tanta atenção que no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, em 2 de maio de 2000, no painel n. 4, três conclusões aprovadas por unanimidade referem-se ao tema, ensinando: “7. Devemos nos conscientizar da especial atenção aos contratos que os serviços de turismo estão a merecer, seja pelo significado social e econômico, seja pelas características singulares de que se revestem. Singularidade esta evidenciada pelo elemento psicológico a eles inerente (a expectativa de realização plena de lazer, cultura, diversão e prazer) e pela obrigação de resultado, decorrente da transferência das preocupações da responsabilidade da organização da viagem e todos os eventos que a compõem. O contrato de turismo, com esta aceção, determina, para uma das partes, a obrigação de um resultado útil, e, para a outra, apenas o pagamento de um valor. 8. A responsabilidade da agência de turismo é objetiva. 9. Para o efeito de indenização, não se obedece a limitação tarifária”.

Na Europa, após os ataques terroristas e as catástrofes naturais do oeste asiático, os doutrinadores voltam-se para o estudo dos reflexos dessa

CDC. A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte” (4.ª T., REsp 287849/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.04.2001).

⁽⁴¹⁶⁾ *Leading case* neste sentido vem reproduzido na RDC 8, p. 180.

⁽⁴¹⁷⁾ Veja, neste sentido, a decisão reproduzida na RDC 9, p. 149-150, e art. 741 do CC/2002. Do corpo da decisão, que se referia a um pacote turístico cujas condições foram alteradas unilateralmente à última hora, retira-se a frase do relator, p. 150: “Quanto ao dano moral, entendo, *data venia* do MM. Juiz sentenciante, que ele existe, representado pela frustração da viagem, pela privação do lazer, das férias que constituem bem cuja perda é perfeitamente traduzida em valor pecuniário, pois houve um sofrimento, um abalo psicológico dos autores em não podendo realizar o projeto da viagem. A Constituição Federal (art. 5.º, X) garante e ampara a pretensão dos autores”.

crise de insegurança e de confiança nos contratos de turismo e transporte de massa.⁴¹⁸ A solução parece ser reforçar os deveres anexos, de informação, cuidado e cooperação. Alguns exemplos podem ser dados da jurisprudência brasileira sobre a responsabilidade quando há interrupção da viagem por falta de comunicação e cooperação no cuidado com as bagagens entre fornecedores e consumidor,⁴¹⁹ quando há mudança de itinerário para país que tem regras estritas sobre vistos,⁴²⁰ quando há perda “da memória” referente à viagem⁴²¹ e má escolha do prestador hotel e da segurança de seus equipamentos de lazer.⁴²²

⁽⁴¹⁸⁾ Bom exemplo é o congresso retratado por Kühner, *EuZW* (2004), p. 430 ss.

⁽⁴¹⁹⁾ Veja decisão do STJ: “Transporte – Ônibus – Bagagem – Interrupção da viagem – Culpa da empresa. A empresa que não verifica as condições da bagagem quando da partida e impede o passageiro de seguir viagem no meio do trajeto, alegando que um aparelho de televisão estava mal acondicionado, cumpriu mal o seu contrato e por isso deve indenizar o dano para o qual concorreu. Recurso conhecido e provido” (STJ, 4.ª T., REsp 475261/MT, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.05.2003).

⁽⁴²⁰⁾ Assim a ementa: “Responsabilidade civil – Cancelamento de voo internacional – Nova conexão por país para cujos passageiros não detinham visto de entrada – Atraso de, pelo menos, 36 horas da chegada em relação à hora prevista – Danos morais devidos – Multa tarifada – Descabimento. A quantificação da indenização por danos morais, decorrente de atraso de voo, deve pautar-se apenas pelas regras dispostas na legislação nacional, restando inaplicável a limitação tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e em suas emendas vigentes, embora possam ser consideradas como mero parâmetro. Hipótese em que, contudo, a indenização por danos morais foi fixada em valor exorbitante. Com a reparação dos danos morais e afastada a ocorrência de danos materiais, não tem cabimento a condenação da empresa aérea transportadora, por atraso de voo, com base no art. 22 da Convenção de Varsóvia. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, 4.ª T., REsp 575486/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03.02.2004, DJ 21.06.2004).

⁽⁴²¹⁾ Veja interessante caso: “Responsabilidade civil – Ação de indenização por danos materiais e morais – Extravio de filmes remetidos à revelação – Registro de viagem ao exterior – Dano moral configurado – Dosimetria. Atentando ao fato concreto e à perda consubstanciada pela impossibilidade de perpetuar-se a memória das coisas, razoável indenizarem-se os autores no valor equivalente a 60 salários mínimos. Provido parcialmente o apelo dos autores e desprovida a apelação das rés” (TJRS, 9.ª Câmara, Ap.Cív. 70000857821, rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. 26.09.2001).

⁽⁴²²⁾ Assim STJ, REsp 287849/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.04.2001.

No contexto do turismo desenvolve-se também uma outra relação contratual que enormes proporções assume nos Estados Unidos e na Europa, conquistando, no final dos anos 90, o Brasil e a América Latina: trata-se do *time-sharing*, contrato de múltiplas características que geralmente visa o uso de um imóvel em área turística, por determinado tempo por ano (uma ou duas semanas ou meses).⁴²³ O sucesso da fórmula deve-se a seu pragmatismo e flexibilidade: resolve a crise do setor hoteleiro e turístico-imobiliário ao lhe assegurar consumidores cativos e exige pequeno investimento dos clientes, ávidos de alcançar o tão esperado lazer e descanso em áreas turísticas valorizadas.⁴²⁴ Por pequena soma de dinheiro, alcançam o consumidor e sua família a fruição de um espaço, de um imóvel em localidade turística procurada, sem que tenham de suportar os custos normais de um imóvel próprio (manutenção contínua, impostos etc.), combinada com vantagens organizacionais: possibilidade de locar para outros a “sua semana de férias” ou mesmo, em caso de não fruição no tempo e lugar determinados, de trocar os seus “direitos habitacionais de uso” de forma a usufruir de férias em outro lugar no mundo, através de bolsa internacional de trocas.⁴²⁵ Seu sucesso deve-se também ao momento pós-moderno, da procura do lazer, do internacional, da segurança de um momento especial de férias, do desejo dos turistas de ter, pelo menos por algumas semanas por ano, uma “casa de férias” própria.⁴²⁶

Preferimos não incluir este típico contrato de consumo entre os contratos imobiliários antes tratados, porque nem sempre o contrato de *time-sharing* faz nascer direitos reais em relação ao imóvel, podendo ser meramente uma relação obrigacional entre a empresa (proprietária ou exploradora de empreendimento turístico) e o consumidor (que desfruta de um direito de uso limitado do imóvel de férias e de suas “comodidades” semelhantes a um hotel). Em Portugal, a Lei 275, de 01.08.1993, define os direitos do consumidor resultantes desta rela-

⁽⁴²³⁾ Detalhes na excelente exposição de Michael Martinek, *Moderne Vertragstypen*, t. III, p. 268 ss.

⁽⁴²⁴⁾ Tepedino, *Multipropriedade imobiliária*, p. 2.

⁽⁴²⁵⁾ Segundo Tepedino, p. 1: “Com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”.

⁽⁴²⁶⁾ Veja detalhes em Jayme, *Cours*, p. 246.

ção contratual de “direitos de habitação turística”, porque podem ser inclusive trocados por “direitos semelhantes” em outros locais, empreendimentos e hotéis, que trabalham com *time-sharing*. Assim também a nova Diretiva da Comunidade para a proteção dos consumidores envolvidos nestes contratos, 14.03.1994, regula apenas os aspectos obrigacionais da relação.

A relação do *time-sharing* é uma relação complexa, envolvendo geralmente três personagens: o verdadeiro proprietário do imóvel, normalmente um incorporador que tem interesse em revender o “uso” do imóvel para os consumidores; o administrador do *time-sharing*, que organiza ou diretamente cuida do empreendimento turístico, das taxas e do fundo de manutenção, do oferecimento de possibilidades de lazer e de alimentação para os consumidores, que recolhe as taxas e ônus dos co-“condôminos” ou contratantes do *time-sharing*; e o consumidor, que vê neste direito de habitação periódica uma segurança para férias e lazer, sem os ônus de uma propriedade e sem o investimento inicial que significa a aquisição de um imóvel. A complexidade do contrato de *time-sharing* e a pouca compreensão alcançada pelo consumidor dos seus deveres e direitos futuros são considerados fortes indícios da vulnerabilidade do consumidor ou pessoa a ele equiparada que assina o contrato.⁴²⁷

A proteção assegurada ao consumidor nestas novas relações contratuais na Europa concentra-se em três temas: a) o direito de informação e de reflexão, permitindo a nova Diretiva um direito de arrependimento (art. 5.º), proibindo o pagamento antecipado e obrigando à utilização de uma tradução ou versão do contrato em língua conhecida pelo consumidor; b) a proteção das expectativas legítimas dos consumidores, estabelecendo as normas europeias um tempo mínimo de gozo do direito adquirido (uma semana) e valorizando o adimplemento dos deveres secundários assumidos pelo administrador, tais como alimentação, organização de excursões, jogos etc; c) por fim, a jurisprudência atua protegendo os consumidores nos pré-contratos de *time-sharing* comuns, nem sempre cumpridos. Essa nova linha de proteção do consumidor deve aqui ser mencionada uma vez que se trata de uma relação contratual de longa duração, que, em face do

⁽⁴²⁷⁾ Assim se manifestou o professor de Heidelberg Erik Jayme, em sua palestra no IV Congresso Luso-alemão, em Konstanz, 19.11.1994. Para o referido professor, a característica maior deste novo tipo contratual é “o serviço complexo” prestado pelo administrador e (indiretamente) pelo incorporador.

vazio legislativo, deve ser guiada pelo princípio de boa-fé na formação e na execução dos contratos.⁴²⁸

A caracterização desses contratos e relações como sendo de consumo facilita atingirmos este nível de lealdade e respeito ao consumidor também no Brasil, justamente porque este princípio de boa-fé e seus deveres anexos encontram-se positivados na nova lei. Na prática brasileira, os problemas mais comuns detectados nos contratos de *time-sharing* foram as vendas agressivas e emocionais,⁴²⁹ o desconhecimento por parte do consumidor dos direitos que está realmente adquirindo⁴³⁰ e das regras de uso do imóvel,⁴³¹ a transmissibilidade do *time-sharing* e sua inclusão

⁽⁴²⁸⁾ Nesse sentido, veja decisão do TJRS: "Responsabilidade civil – Contrato de prestação de serviços de lazer e turismo. Não prevista contratualmente a devolução dos valores pagos, caso não utilizados os serviços fornecidos pelo sistema de turismo cooperativado, improcede pedido com este fim. Direito da autora de ver rescindido o contrato, por não haver mais conveniência e interesse. Indemonstrado o alegado inadimplemento, a exclusão do nome da requerente dos órgãos de proteção ao crédito se impõe. Apelo parcialmente provido" (TJRS, 5.ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70001598184, rel. Des. Sergio Pilla da Silva, j. 01.11.2000). Veja também interessante decisão do JECV/RS, com a seguinte ementa: "Prestação de serviços de lazer – Inteligência contratual. Não utilizadas todas as diárias do período-base contratual, a revalidação para posterior deve obedecer à proporcionalidade prevista no contrato. Inviável alteração do pedido após citação. Condenação em dinheiro afastada. Sentença parcialmente reformada" (4.ª Câm. Recursal/Porto Alegre, Rec. 10/92, rel. Dr. Carlos Alberto Alves Marques, j. 13.04.1993).

⁽⁴²⁹⁾ Veja sobre o tema abundante jurisprudência na Parte II, item 2.3, deste trabalho.

⁽⁴³⁰⁾ Tepedino, *Multipropriedade imobiliária*, p. 49.

⁽⁴³¹⁾ Nesse sentido a jurisprudência tem permitido reabrir o período de arrependimento do art. 49 do CDC, de sete dias, após a comunicação e ciência das cláusulas e previsões de como se dará efetivamente o uso do imóvel. Veja acórdão do TARGS, 9.ª Câm., Ap. Cív. 196115299, rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 10.09.1996. E até mesmo modificado o dia de início da contagem, veja: "Contrato de promessa de compra e venda – *Time-sharing*. O direito de arrependimento – art. 49 do CDC – tem por objetivo proteger o consumidor da prática comercial agressiva. Hipótese em que o negócio é feito em ambiente que inibe a manifestação de vontade do consumidor, carregada de apelo emocional. O prazo de arrependimento, no caso, deve ser aquele que mais favorece a parte hipossuficiente, ou seja, a contar da efetiva data em que o serviço estaria à disposição do consumidor. Ação de revisão de contrato procedente. Deferimento da devolução das parcelas pagas" (TJRS, Ap. Cív. 70000195578, rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 26.10.1999).

entre os direitos hereditários, os vícios, falhas e problemas nos serviços prestados pelos complexos turísticos, pelos complexos de férias e viagens, a variabilidade e abuso nas taxas de administração e as cláusulas de perda das quantias pagas e carências das mais diversas.⁴³²

Além do método de venda agressivo, que dá lugar em muitos casos ao arrependimento do consumidor com base no art. 49 do CDC, o segundo maior problema apresentado neste tipo de *time-sharing*, no Brasil, foi o perigo, comum a todos os contratos, de que o fornecedor ou incorporador não possa construir o empreendimento hoteleiro pretendido, apesar de ter arrecadado a poupança dos consumidores. Neste caso, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul permitiu a resolução do contrato e decretou a devolução das quantias pagas, em razão da insolvência do hoteleiro-empresendedor e do perigo iminente de não concluir o prometido imóvel de lazer.⁴³³

⁽⁴³²⁾ Veja, por todos, Tepedino, *Multipropriedade*, p. 122 ss. Veja bom exemplo na jurisprudência do TJRS: "Contrato de venda de ações, com aquisição do direito a utilização de *apart-hotel* pelo sistema *time-sharing* – Código de Defesa do Consumidor – Rescisão do contrato por vício de vontade – Prova. Estando, essa espécie de contrato, sujeita ao Código de Defesa do Consumidor, em ocorrendo dúvidas sobre a forma de captação da vontade do consumidor, ao firmá-lo ou a ele aderir, ou da relação jurídica em si, será interpretado da forma mais favorável ao consumidor. E, exercendo o consumidor seu direito de arrependimento, ao prestador do serviço incumbe o ônus de provar não o estar fazendo no prazo e em condições que a tanto o autorizem. Ação de rescisão contratual, com pedido de restituição de parcelas pagas, julgada procedente em instância inicial. Sentença que se confirma, com desprovimento do apelo da ré" (TJRS, Ap. Cív. 598022580, rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 07.04.1999).

⁽⁴³³⁾ TARGS, 7.ª Câm., Proc. 194255485, rel. Juiz Antonio Janyr Dall' Agnoll Jr., j. 15.03.1995: "Promessa de compra e venda – Resolução – Mora na conclusão de obra – Perdas e danos. (...) Procede a resolução de promessa de compra e venda, proposta pelo promitente comprador, quando a mora na conclusão da obra alcança extensão que vem inutilizando a finalidade ordinária para a qual previsto o empreendimento. Assim a indefinição quanto à conclusão de prédio hoteleiro em sistema de tempo repartido (*time-sharing*), pelo promitente vendedor, em detrimento manifesto do promitente comprador, que cumpre, atualizadamente, com parcelas de sua prestação. Perdas e danos que se afastam, respeitantes ao interesse positivo, por não satisfatoriamente demonstradas e insuficientemente registradas na inicial. Apelo parcialmente provido". Veja também, mais recente, decisão do TJRS: "Contrato particular de promessa de compra e venda – Modalidade de *time-sharing* – Rescisão pelo comprador de forma unilateral. Reconhecimento da total ausência de utilidade do contrato para o comprador, cujo

À mora do fornecedor foi contraposto o direito formativo extintivo do consumidor e o fator tempo foi destacado como característico do *time-sharing*, declarando o Tribunal: “Nesses empreendimentos, seja porque visassem o lazer pessoal do interessado, seja porque objetivassem investimento, o tempo é fator considerável, sendo demasiado o já ocorrido entre a data de conclusão prometida (1990) e o de hoje (1994-1997)”.⁴³⁴

A jurisprudência brasileira tem considerado a internacionalidade do contrato como um perigo extra para o consumidor e assegurado a reabertura do prazo de reflexão de sete dias do art. 49 do CDC, quando o consumidor brasileiro é informado em português do teor do negócio, em especial das cláusulas limitadoras de seus direitos e das que afastam direitos reais de propriedade, apesar de o contrato e a proposta insinuarem a aquisição desses direitos.⁴³⁵ Nesse caso, destaca a jurisprudência a importân-

período à disposição da unidade habitacional representava impossibilidade de desfrute do empreendimento. Relação negocial que está sujeita às disposições do CDC, sendo abusiva a cláusula que prevê decaimento total pelo comprador em caso de desistência. Art. 53 do CDC. Possibilidade, contudo, de retenção de 10% do valor total das prestações pagas. Art. 924 do CC [art. 413, CC/2002]. Apelo parcialmente provido, para autorizar esta dedução dos valores pagos pela parte apelada” (TJRS, Ap.Cív. 599287083, rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 15.06.1999).

⁽⁴³⁴⁾ TARGS, 7.ª Câm., Proc. 194255485, rel. Juiz Antonio Janyr Dall’Agnoli Jr., j. 15.03.1995, p. 7 do original. Veja também, com tema semelhante, 4.ª T., REsp 72998/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.03.1998.

⁽⁴³⁵⁾ Veja TARGS, 9.ª Câm., Proc. 196182760, rel. Juíza Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 19.12.1996, RDC 21, p. 185, cuja ementa é a seguinte: “Multipropriedade – Contrato internacional – Contratação no Brasil – Empreendimento localizado no Uruguai – Língua estrangeira – Promitente vendedor – Mandatário – Teoria da aparência – Desconhecimento das cláusulas relativas ao uso do imóvel – Art. 49 do CDC. 1. É parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de resolução de contrato internacional de promessa de compra e venda de ações relativas ao uso de imóvel pelo sistema de multipropriedade a empresa brasileira que, no Brasil, promove a informação, publicidade e oferta do empreendimento a ser realizado no exterior como se fosse o titular do direito. A transmissão de confiança de uma situação jurídica e a omissão de sua real condição de mandatária importam na sua responsabilidade pela contratação. Ainda mais quando foi a responsável pela elaboração do contrato, tendo infringido o princípio da transparência e do dever de informação. Fere o princípio da boa-fé e da doutrina dos atos próprios a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*. 2. Não obriga o consumidor a promessa de contrato de multi-

cia do princípio da boa-fé e da proteção da confiança do consumidor, a teoria da aparência para estabelecer a responsabilidade solidária e a legitimação passiva de todos os vários fornecedores (diretos e representantes) envolvidos na negociação, uma vez que a publicidade e a venda acontecem em território brasileiro.⁴³⁶

Em resumo, ao transporte terrestre⁴³⁷ e às responsabilidades oriundas do transporte aéreo, nacional e internacional, como antes analisamos na parte dedicada à noção de consumidor, a jurisprudência brasileira, em

propriedade celebrado em língua estrangeira e do qual não teve ciência das cláusulas relativas ao uso do imóvel a ser adquirido. Apelação provida”.

⁽⁴³⁶⁾ Veja decisão do TJRS: “Compromisso de compra e venda de ações – Sistema *time-sharing* – Empresa estrangeira – Representação no País – Citação – Arrependimento do promitente comprador – Cláusula penal – Incidência do CDC. Quando a empresa estrangeira negocia no País através de outra, que a representa, pode a citação ser feita na pessoa da representada. O promitente comprador de ações com direito de uso de propriedade imobiliária pode arrepender-se do negócio. Cláusula penal decorrente da resolução do contrato. Abusividade. Redução do valor” (TJRS, Ap.Cív. 599365657, rel. Des. Maria Isabel Brogini, j. 09.08.2000). Veja também outro *leading case* do TARGS: “Multipropriedade – Contrato internacional – Contratação no Brasil – Empreendimento localizado no Uruguai – Língua estrangeira – Promitente vendedor – Intermediação – Teoria da aparência – Empresas integrantes do mesmo grupo econômico – Art. 46 do CDC. 1. É parte legítima na ação de resolução do contrato de promessa de compra e venda de ações relativa ao uso de imóvel pelo sistema de multipropriedade hoteleira empresa que, no Brasil, promove, juntamente com outra integrante do mesmo grupo econômico, a informação, publicidade e oferta do empreendimento a ser construído no exterior como se fosse o titular. 2. Por violar o princípio da transparência que impera na relação de consumo, o contrato firmado em língua estrangeira não obriga o consumidor por não ter tomado prévia ciência do seu conteúdo. Apelação desprovida” (TARGS, Ap.Cív. 197267263, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 14.04.1998).

⁽⁴³⁷⁾ Veja, dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, a Ementa 247: “Responsabilidade civil – Transporte rodoviário – Extravio de bagagem – Danos material e moral. O extravio de bagagem de passageiro em viagem rodoviária enseja danos material e moral, tanto mais quando constata o passageiro que chegou a seu destino apenas com a roupa do corpo. Correta a apreciação da prova, à luz do disposto no art. 6.º, inciso VIII, da Lei 8.078/90. Inaplicabilidade do Dec. 952/93, vez que a plena indenização da vítima está consagrada na CF de 1998 e na Lei 8.078/90. Recurso improvido” (12.ª T. Recursal, Rec. 486-0, rel. Juíza Ana Maria Pereira de Oliveira, j. 23.04.1998, v.u.).

especial do STJ,⁴³⁸ aplica o CDC. Efetivamente, como concorda a doutrina,⁴³⁹ ao contrato de transporte de pessoas aplica-se o CDC. A aplicação do CDC, com suas linhas de boa-fé, informação e proteção da confiança do consumidor, possibilitou que o movimento consumerista realizasse uma inédita Convenção Coletiva de Consumo nacional,⁴⁴⁰ com todas as empresas aéreas então existentes, de forma a regulamentar e evitar o *overbooking* (reserva de assentos em aeronaves em número superior à capacidade desta), Termo de Compromisso este que mudou a prática comercial no Brasil. Note-se que essa prática tinha sido identificada pela jurisprudência como violadora dos direitos do consumidor e punível com perdas e danos (morais e materiais).⁴⁴¹

⁽⁴³⁸⁾ Veja, por todos, REsp 258185/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 15.10.2001, cuja ementa é: "Responsabilidade civil – Transporte aéreo internacional – Extravio de carga – Código de Defesa do Consumidor. Para a apuração da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional pelo extravio da carga, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a chamada indenização tarifada. Recurso conhecido e provido". No mesmo sentido: REsp 257.833/SP, rel. Min. Waldemar Zewer, DJ 05.02.2001; REsp 209.527/RJ, rel. Min. Menezes Direito, DJ 05.03.2001; REsp 257.699/SP, DJ 19.03.2001, rel. Min. Barros Monteiro; REsp 249.321/SP, DJ 12.03.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 218.288/SP, rel. Min. Waldemar Zewer, DJ 16.04.2001; REsp 269.353/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.06.2001; REsp 243.972/SP, rel. Min. Menezes Direito, DJ 29.10.2001; REsp 171.506/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 05.03.2001; REsp 258.185/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 15.10.2001; REsp 151.457/RS, rel. Min. Menezes Direito, DJ 31.05.1999; REsp 257.298/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 11.06.2001; e REsp 65837/SP, rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 03.09.2001.

⁽⁴³⁹⁾ Veja-se, por todos, Benjamin, O transporte aéreo, RDC 26, p. 42.

⁽⁴⁴⁰⁾ Termo de Compromisso assinado em 11.09.2000, por Antônio Herman Benjamin, pelo Brasilcon e demais entidades de defesa do consumidor, e publicada na íntegra na RDC 36, p. 252-255.

⁽⁴⁴¹⁾ Os precedentes do STJ são o REsp 488715/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.08.2003, e o REsp 481931/MA, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.12.2003. Veja o *leading case*: "Transporte aéreo internacional – Responsabilidade civil – Dano moral – Duplicidade de reserva de vagas – Afastamento da Convenção de Varsóvia – Voto vencido – Embargos infringentes – Responsabilidade civil – Indenização – Transporte aéreo internacional – Dano moral. Acórdão majoritário que reconhece a ofensa moral em razão da duplicidade de reserva de vagas para o mesmo assento da aeronave, feita no interesse da transportadora, ocasionando desembarque constrangedor do passageiro, antes do

c) *Contratos de hospedagem, de depósito e estacionamento* – Nos *contratos de hospedagem* o serviço será prestado por um fornecedor, empresa de hospedagem, hotel ou mesmo um particular que será remunerado por este serviço. Aqui normalmente há relação de consumo e aplica-se o CDC, estabelecendo-se ainda uma solidariedade entre os fornecedores diretos e indiretos da cadeia organizada: "Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade do fornecedor – Culpa concorrente da vítima – Hotel – Piscina – Agência de viagens. Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2.º, III, do CDC. A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte" (STJ, 4.ª T., REsp 287849/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.04.2001).

O consumidor é o destinatário final do serviço de hospedagem, por sua própria natureza, é aquele que dele usufrui.⁴⁴² O agente do contrato pode ser, porém, uma empresa que envia seu empregado para um curso ou seminário naquela cidade, ou que hospeda seus clientes, enquanto duram as tratativas do negócio. Nestes dois últimos casos poderia ha-

vão, que prosseguiu, levando sua família. Afastamento da Convenção de Varsóvia, dando lugar ao princípio da efetiva indenização, prevista na Carta Política de 1988, e, ainda, no Código do Consumidor. Voto vencido subordinando a indenização aos limites do pacto internacional. Precedentes do E. STF no sentido de que a indenização por dano moral se encontra garantida pela Constituição Federal de 1988. Em eventual conflito entre a Constituição e a norma internacional, de tratamento paritário à interna, deve prevalecer a Lei Maior. Inexistência de vulneração a dispositivos infraconstitucionais" (TJRJ, EI 247/98 na Ap.Cív. 7.019/97, rel. Des. Maria Inês da Penha Gaspar, j. 18.11.1998). Veja também decisão do TJRJ, RDC 35, p. 308.

⁽⁴⁴²⁾ Veja caso no Rio Grande do Sul, noticiado na dissertação de mestrado de Paulo de Tarso Sanseverino, Os pressupostos da responsabilidade civil por acidentes de consumo e a defesa do fornecedor, UFRGS, mar. 2000, p. 11 – caso anterior ao CDC, em 1987, quando um hóspede faleceu em hotel gaúcho, por escape do aquecedor a gás, pois não foi informado ao consumidor do nordeste brasileiro que não poderia vedar as saídas de ar ao tomar seu banho de banheira diante do perigo de a chama apagar (Proc. 01188024697, Juiz Paulo de Tarso Sanseverino, j. 31.10.1991).

ver alguma dúvida se os contratos são de consumo, ou simples contratos civis ou comerciais. Quer nos parecer que a atividade de hospedar alguém, de alimentá-lo fora da empresa e de cuidar para uma estadia tranqüila está muito afastada da atividade de produção da empresa. O serviço prestado pelo hotel se concentrará no beneficiário do contrato, isto é, na pessoa do empregado ou do cliente. Estes são os destinatários finais fáticos do serviço; assim, pela natureza do serviço prestado, a eventual destinação econômica deste, mesmo que presente para a empresa o fim último de lucro ao hospedar seus clientes, pode ser considerada pela jurisprudência.⁴⁴³

Quanto ao contrato de depósito, cabe mencionar o novo e surpreendente destaque dessa figura contratual nos últimos anos. Esse novo destaque deve-se à atuação da jurisprudência, utilizando a figura do contrato de depósito tácito⁴⁴⁴ entre o visitante do *shopping center* ou supermercado, que guarda seu automóvel na garagem ou estacionamento daquele centro de compras, e o administrador do complexo ou proprietário do

⁴⁴³ Problema que tem preocupado a rede hoteleira é o da abusividade ou não da cláusula penal em caso de cancelamento de reservas pelos consumidores – sobre o tema veja decisão impondo o critério da razoabilidade da cobrança em face do contrato preliminar de hospedagem, *Revista de Jurisprudência do TJRS* 157/298-299. Mais difícil de ser solucionado é o problema da descaracterização da venda casada ao se obrigarem os hóspedes de uma convenção, que se realiza nos salões do hotel, a ali se hospedarem ou alimentarem.

⁴⁴⁴ Veja o *leading case* do STJ, 3.^a T., REsp 4.582/SP, rel. Waldemar Zveiter, j. 16.10.1990, reproduzido na íntegra na RDC 6, p. 286 ss. Veja, mais atuais: “Furto de veículo – Estacionamento sob a responsabilidade da ré – Dever de indenizar. 1. Se a empresa ré assume a responsabilidade de estacionar o veículo de seu cliente, guardando as chaves do mesmo, fica evidente o dever de indenizar. 2. A seguradora sofre prejuízo, configurado pelo acórdão recorrido, decorrente da diferença entre o valor que pagou ao segurado e o valor da venda do bem. 3. Recurso especial não conhecido” (REsp 302324/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.08.2001); e “Civil – Responsabilidade – Furto de veículo entregue a preposto do restaurante – Contrato de depósito – Dever de indenizar – Precedentes – Dissídio não configurado – Agravo desprovido. I – Nos termos da jurisprudência desta Corte, a entrega do veículo ao preposto do restaurante configura contrato de depósito, ensejando a responsabilidade da empresa pelo furto do mesmo, sendo desinfluyente a inexistência de estacionamento próprio.” (4.^a T., AGA 260823/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.12.1999).

supermercado, que oferece essa comodidade como *facilities* para o consumidor em potencial.⁴⁴⁵

A utilização de uma figura contratual, seja a da guarda ou do depósito, para basear a responsabilidade por danos ou furtos ocorridos nos parques de estacionamento, não é tese pacífica,⁴⁴⁶ mas traz como ponto positivo o fato de exonerar o consumidor de provar a culpa (aquiliana) do estabelecimento, necessitando apenas provar o fato mesmo de ter efetivamente estacionado seu carro na garagem ou estacionamento do réu.⁴⁴⁷ Igualmente, é verdade que esse “estilo” atual de compras ou centro de compras, em que o consumidor é convidado a dirigir-se a um local fechado, previamente preparado e organizado (*mix*) para “facilitar” ou “induzir” ao consumo, está intimamente ligado ao transporte por meio de veículos privados. O consumidor desloca-se com seu carro para o centro de compras, onde o organizador (ou grupo) oferece uma série de comodidades: segurança especial, lazer para as crianças, lazer para adolescentes e adultos, possibilidade de alimentação e, é claro, de estacionamento (teoricamente) gratuito.

⁴⁴⁵ Veja as decisões a favor, reproduzidas no *Repertório IOB de Jurisprudência*, ementas 3/7.074 (TJRJ, 1.^a Câmara Cív.), 3/6.256 (STJ, 3.^a T.), 3/5.530 (STJ, 4.^a T.); contra, ementa 3/7.317 (TJPE, 2.^a Câmara Cív.).

⁴⁴⁶ Veja, contra a tese da existência de contrato de depósito, a decisão do TJRS, que traz igualmente as demais posições defendidas no Tribunal, *Revista de Jurisprudência do TJRS* 156/383-390, com a seguinte ementa: “Ação de indenização – Responsabilidade pelo furto em estacionamentos abertos ao público, adjacentes a *shoppings* ou supermercados. O proprietário de tais espaços não assume a guarda, nem responde por furtos verificados nesses locais, salvo se for comprovada sua manifesta culpa, que não existe por si só. Inexistência do depósito. Inviabilidade de controlar-se o acesso e saída, com a identificação do condutor. Apelação desprovida” (3.^a Câmara Cív., Ap. Cív. 592000145/Porto Alegre, rel. Des. Décio Antônio Erpen, j. 26.02.1992).

⁴⁴⁷ Este ponto também é bastante controverso nos julgamentos, e a simples ocorrência policial, que é comunicação unilateral do lesado feita *a posteriori*, não tem sido aceita como bastante (neste sentido a anteriormente citada decisão da 3.^a Câmara Cív. do TJRS). Da leitura dos julgados observa-se que a prova da veracidade da alegação do consumidor em potencial e sua boa-fé subjetiva são dois pontos importantes para o convencimento do julgador, que, em caso de dúvida, tende a decidir contra a pretensão ressarcitória do consumidor ou estaria a exigir uma “prova negativa” do fornecedor (isto é, que o consumidor não estacionou o carro no estabelecimento ou que seu carro não foi roubado), quando a idéia-mestra é a de justiça contratual e de adimplemento pelo fornecedor de seus deveres de cuidado e de proteção do patrimônio do consumidor.

Trata-se, nesse sentido, de um fenômeno novo com características pós-modernas: uma múltipla escolha, cativa e pré-ordenada por métodos especiais de *marketing*,⁴⁴⁸ em que o indivíduo escolhe a comodidade, mesmo sabendo que talvez pague mais pelo produto e perca mais tempo que nas tradicionais compras nas ruas da cidade, entre o almoço e a volta ao trabalho.

Em leitura jurídica do fenômeno, um risco de vida (os alemães denominam *Lebensrisiko*), risco de ter seu automóvel furtado, transforma-se em risco profissional, risco da própria organização com fins lucrativos, porque o fato passa a estar inserido em um novo contexto de incitação ao consumo, no qual o deslocamento com automóveis faz parte da própria oferta, do próprio *marketing* do comerciante ou grupo de comerciantes.⁴⁴⁹

Da leitura da jurisprudência brasileira observava-se ainda, contudo, uma forte recusa em impor ao comerciante a responsabilidade contratual por este risco da vida, preferindo-se seja as soluções extracontratuais, seja as tradicionais, como a da *culpa in contrahendo*. A solução da responsabilidade pré-contratual tem como ponto positivo o fato de frisar a existência de deveres anexos de cuidado e de segurança com o patrimônio do consumidor em potencial, pelo simples fato de o consumidor e o fornecedor entrarem em contato, quando o consumidor aceita a oferta de utilizar o estacionamento (teoricamente gratuito) do fornecedor. A existência desses deveres de conduta segundo a boa-fé no mercado, deveres cuja importância é aumentada pelo fato do lucro, do consumo ser a finalidade última da oferta de comodidade, parece-me, particularmente, a fonte última dessa nova forma de responsabilidade, que efetivamente tende a estabelecer-se na sociedade de consumo.

Por fim, interessa-nos ainda um último aspecto desta posição jurisprudencial, que é a teórica gratuidade desse contrato de consumo, tácito ou não. Para a aplicação das novas normas do CDC, é necessário verificar

⁽⁴⁴⁸⁾ A organização como finalidade de consumo nos *shopping centers* é tanta que inclusive a localização das lojas, das escadas, das entradas e saídas dos estacionamentos é preparada para facilitar tanto a visualização dos produtos quanto a compra, daí dependendo a valorização dos espaços comerciais.

⁽⁴⁴⁹⁾ Vale aqui lembrar que a solução contratual do caso pressupõe que o julgador desconsidere a – normal – cláusula de exoneração de responsabilidade contratual, geralmente colocada em cartazes localizados nas garagens. Tal cláusula de não indenizar já era considerada abusiva antes da entrada em vigor do CDC e foi expressamente mencionada no art. 51, I.

a presença de um consumidor na relação contratual. Se o depositante é destinatário final econômico do serviço prestado pelo depositário, pode este ser caracterizado como consumidor. Esta será, quer nos parecer, a regra. Note-se que as regras do CDC destinam-se a regular, se for o caso de contrato de consumo, os depósitos voluntários e os previstos nos arts. 647 a 652 do CC/2002 (depósito necessário). Entre os depósitos necessários está o do hospedeiro em relação às bagagens que os hóspedes trazem consigo (art. 649), contrato este *anexo* ao contrato de hospedagem, considerando-se que a remuneração do hospedeiro está incluída no preço da hospedagem (art. 651).⁴⁵⁰

Como já afirmei, no caso de *estacionamentos*, garagens e afins, a jurisprudência brasileira tem considerado que há contrato de depósito do veículo, ainda que gratuito o estacionamento. No caso das garagens fecha-se um contrato de depósito para guarda do veículo, contrato este remunerado e que pode facilmente ser considerado como contrato de consumo. Semelhantemente ao que acontece na hospedagem, o serviço prestado concentra-se no objeto, no veículo – logo, o proprietário do veículo é o destinatário final não só fático como econômico do serviço. O contrato será submetido às novas regras do CDC.

O Superior Tribunal de Justiça já considerou que, mesmo sendo gratuito o estacionamento, se o serviço é “prestado no interesse do próprio incremento do comércio”, por *shopping center* ou por supermercado, há um dever de vigilância e de guarda.⁴⁵¹ De regra, os contratos gratuitos estão

⁽⁴⁵⁰⁾ Relembre-se aqui a Súmula 304 do STJ, sobre prisão do depositário infiel: “É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial”.

⁽⁴⁵¹⁾ Veja decisão do STJ, com a seguinte ementa: “De acordo com a orientação da 3.ª Turma, por maioria, existe, em casos dessa espécie, contrato de depósito, ainda que gratuito o estacionamento, respondendo o depositário, em consequência, pelos prejuízos causados ao depositante (REsp 4.582). ‘Serviço prestado no interesse do próprio incremento do comércio’, daí ‘o dever de vigilância e guarda’. 2. Embargos de declaração. Imposição da multa. Caso em que a Turma, por maioria de votos, entendeu ofendido o art. 538, parágrafo único, do CPC. 3. Recurso especial, quanto à primeira questão, conhecido pela alínea c, por unanimidade, mas improvido, por maioria de votos, e, quanto à segunda questão, conhecido pela alínea a e provido, por maioria de votos” (3.ª T., REsp 5.886/SP, j. 19.02.1991, rel. Nilson Naves, RDC 6, p. 281 ss). Assim também o TJRS: “Responsabilidade civil – Furto de veículo em estacionamento de supermercado – Dever de indenizar – Valor do veículo. A empresa comercial que possui estaciona-

excluídos do campo de aplicação do CDC, mas, tendo em vista estas últimas manifestações da jurisprudência, a sua inclusão como “contrato de consumo *sui generis*” ou *pré-contrato de consumo* parece de todo possível. A polêmica foi agora pacificada pelo STJ com a edição da Súmula 130: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.⁴⁵²

d) *Contratos de seguro, planos de saúde, planos funerários e previdência privada* – Os contratos de seguro foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido da conscientização da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade, com a boa-fé,⁴⁵³ e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade,⁴⁵⁴ até chegarmos à Súmula 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Sendo assim, as linhas de interpretação asseguradas pela jurisprudência brasileira aos consumidores em matéria de seguros merecem ser

mento para clientes não se exime da obrigação de indenizar caso haja furto do veículo, pois o contrato não é autenticamente gratuito, mas, sim, fruto de cortesia com interesse de angariar clientes. Comprovada a existência, através de notas fiscais, de mercadorias no interior do veículo, cabe a indenização do valor. O valor do veículo deve guardar correspondência com o de mercado” (TJRS, Ap.Cív. 70000835736, rel. Des. João Pedro Freire, j. 09.05.2001).

⁽⁴⁵²⁾ Veja que a polêmica continua: 3.ª T., REsp 177975/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.10.1999; 4.ª T., AGREsp 310191/BA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.06.2001; 4.ª T., REsp 236047/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.03.2001. agora sobre a prova: “IV – O boletim de ocorrência policial não gera presunção *juris tantum* da veracidade dos fatos narrados, uma vez que apenas consigna as declarações unilaterais narradas pelo interessado, sem atestar que tais afirmações sejam verdadeiras. Em outras palavras, o documento apenas registra que as declarações foram prestadas, sem consignar, todavia, a veracidade do seu conteúdo” (REsp 174353/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 09.11.1999).

⁽⁴⁵³⁾ Segundo notícia Alvim, p. 50, a primeira seguradora implantada no Brasil, em 1808, chamava-se justamente “Boa-fé”. Veja também, sobre a boa-fé nos seguros, excelente, Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, p. 331 (seguro-saúde e os limites de internação), p. 348 (seguro para a companhia).

⁽⁴⁵⁴⁾ Veja resumo desse desenvolvimento em Araken de Assis, *Controle da eficácia do foro de eleição em contratos de adesão*, *Ajuris* 48/219.

mencionadas como um bom exemplo da implementação de uma tutela especial para aquele contratante em posição mais vulnerável na relação contratual, antes⁴⁵⁵ e depois da entrada em vigor do CDC.⁴⁵⁶ Aqui há que se presumir a boa-fé subjetiva dos consumidores⁴⁵⁷ e impor deveres de boa-

⁽⁴⁵⁵⁾ Veja as decisões do STJ: “Seguro-saúde – Doença preexistente – AIDS. Omissa a seguradora no tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido” (4.ª T., REsp 234219/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.05.2001); e 4.ª T., REsp 300215/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 29.05.2001.

⁽⁴⁵⁶⁾ Veja, por exemplo, a decisão do Tribunal de Alçada do Paraná: “Tem aplicação o disposto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõem que os contratos de consumo, dentre eles o de seguro, serão sempre interpretados de maneira mais favorável ao consumidor, ocorrendo evidente inversão do ônus da prova” (p. 10 do original, rel. Juiz Jurandyr Souza Jr., j. 14.03.2001, Ap.Cív. 160.946-1 – contrato de seguro de responsabilidade civil, veículo automotor em *leasing*).

⁽⁴⁵⁷⁾ Bom exemplo da importância de presumir a boa-fé (subjetiva) dos consumidores, em face da constante alegação de má-fé destes por parte das seguradoras, é a decisão do STJ: “Civil – Seguro de vida em grupo – Óbito – Doença preexistente – Omissão – Longevidade do segurado após a contratação – Elevação da cobertura – Valor anterior ínfimo – Razoabilidade no aumento da cobertura pretendida – Má-fé não configurada – Indenização devida – CC, arts. 1.443 e 1.444 [CC/2002, arts. 765 e 766, *caput*]. I. Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de diabetes mellitus quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobreviveu, por longos anos mais, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes. II. Verificado nos autos que o valor do seguro era irrisório, igualmente não pode ser afastada a boa-fé se o segurado, por ocasião da última renovação, o elevou a patamar absolutamente razoável, para que o mesmo tivesse a significação própria dessa espécie de proteção econômica contratual. III. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 4.ª T., REsp 300215/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 29.05.2001). Veja também: “Consórcio – Morte do consorciado – Seguro – Doença preexistente – Legitimidade passiva da administradora. A administradora que assegura ao consorciado a liberação do veículo em caso de morte tem a obrigação de cumprir com tal prestação. O fato de não ter cobrado a indenização da seguradora não a exonera da responsabilidade, sendo por isso parte legítima para responder à ação na qual os herdeiros lhe exigem a liberação. A administradora não se beneficia com a omissão do consorciado que, no contrato de adesão, deixou de declarar

fé objetiva (informação, cooperação e cuidado) para os fornecedores, especialmente tendo em conta o modo coletivo de contratação e por adesão.⁴⁵⁸ O valor pago pelo seguro deve ser aquele especificado na oferta, que despertou a confiança do consumidor e sobre o qual pagou suas contribuições.⁴⁵⁹ Em outras palavras, após a entrada em vigor do CDC, a própria noção de adimplemento nessas relações mudou, de forma a exigir um adimplemento total, com qualidade e adequação às expectativas legítimas dos fornecedores, e a reconhecer para os consumidores a figura do adimplemento substancial (*substantial performance*).⁴⁶⁰

doença preexistente, se não demonstrada a má-fé desse comportamento. Recurso conhecido e provido para o fim de julgar procedente a ação” (STJ, 4.ª T., REsp 248135/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.05.2000).

⁽⁴⁵⁸⁾ Bom exemplo dessa linha é a decisão do STJ: “Acidente no trabalho – Seguro de vida em grupo – Tenossinovite – Doença preexistente. A seguradora que aceita o contrato e recebe durante anos as contribuições da beneficiária do seguro em grupo não pode recusar o pagamento da indenização, quando comprovada a invalidez, sob a alegação de que a tenossinovite já se manifestara anteriormente. Recurso conhecido e provido” (STJ, 4.ª T., REsp 258805/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.09.2000). Veja também: “Contrato de seguro. Se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar” (STJ, 3.ª T., REsp 198015/GO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 23.03.1999).

⁽⁴⁵⁹⁾ Neste sentido veja a decisão do STJ, exigindo o pagamento da indenização equivalente ao valor estipulado e não ao valor de mercado, e a Portaria SDE/MJ 001, jan. 2001, que considera abusiva cláusula que “preveja, nos contratos de seguro de automóvel, o ressarcimento pelo valor de mercado, se inferior ao previsto no contrato”. Assim também a Súmula 12 dos Juizados Recursais Cíveis do Rio Grande do Sul: “No caso de perda total, a indenização a ser paga pela seguradora será equivalente ao valor estipulado para a cobertura do sinistro e não pelo valor médio de mercado do veículo”. Veja também decisão do TJRS, 2.º Grupo de Câmaras Cíveis, EI 596051433, rel. Des. Aymoré Barros Costa, sobre a necessidade de o seguro de vida cobrir doença psíquica, em face da confiança depositada e informações prestadas. Sobre as informações prestadas em matéria de seguro e a boa-fé, veja Martins-Costa, *A boa-fé*, p. 490.

⁽⁴⁶⁰⁾ Mencione-se a decisão do STJ no REsp 76.362-MT, j. 11.12.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, que põe fim às inúmeras discussões na justiça, em face do não pagamento (pelo morto ou parentes) da última parcela do prêmio ou contribuição do último mês (em caso de seguro-saúde), ensinando: “Seguro – Inadimplemento da seguradora – Falta de pagamento da última prestação – Adimplemento substancial – Resolução. A companhia seguradora não pode dar por

Assim, a Súmula 61 do STJ pacifica interpretação pró-consumidor de que existem dois tipos de suicídio, o premeditado e o não-premeditado, afirmando: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”. Também, quanto aos prazos, a Súmula 229 do STJ tem em conta a vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor: “O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão”. Da mesma forma, a jurisprudência não desconhece que muitos desses contratos de seguro são conexos com outros negócios e praticamente irrecusáveis para o consumidor que necessita do negócio principal. Veja-se, neste sentido, confirmando a sensibilidade da jurisprudência no tema, a Súmula 31 do STJ, segundo a qual a “aquisição, pelo segurado, de mais de um imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, situados na mesma localidade, não exime a seguradora da obrigação de pagamento dos seguros”.

Em resumo, a jurisprudência brasileira interpreta hoje os contratos de seguro à luz do Código de Defesa do Consumidor,⁴⁶¹ como ensina a

extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações em atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio”. Veja, também, em caso de seguro de vida, decisão do TJRS: “Seguro – Falta de pagamento da última prestação pelo segurado – Irrelevância – Cobertura devida. 1. É devida a cobertura do sinistro, mesmo que o segurado não pague a última parcela do prêmio, já que ocorreu adimplemento substancial (*substantial performance*), não admitindo o ordenamento pátrio a dissolução do vínculo fundada em inadimplemento relativo. Além do mais, a seguradora recebeu outras prestações após o vencimento. Precedentes do STJ” (Ap. Cív. 595069923, rel. Des. Araken de Assis, j. 01.08.1996).

⁽⁴⁶¹⁾ Belo exemplo dessa jurisprudência vem do Tribunal de Alçada do Paraná, cuja ementa esclarece: “Seguro – Cobrança – Alegação de má-fé do segurado – Ônus da prova da seguradora – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 1. Na atual sociedade de massa, impende que o contrato de seguro seja examinado à luz do Código de Defesa do Consumidor, para que haja a verdadeira justiça contratual, razão pela qual, havendo dúvidas acerca da configuração de situações que dão ensejo à proteção securitária, opera-se a inversão do *onus probandi*, como preconiza o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º, VIII (RT 764/365). 2. Assim, se a seguradora alega que o segurado agiu de má-

decisão do STJ: “Seguro – Competência – Ação de cobrança da indenização – Código de Defesa do Consumidor. O descumprimento da obrigação de indenizar é fato ilícito contratual e gera a responsabilidade civil do infrator. Ocorrendo na relação de consumo (serviço de seguros), pode a ação dela derivada ser proposta no foro de domicílio do autor, nos termos do art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor” (STJ, 4.ª T., REsp 193.327/MT, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 10.05.1999).

A formação e a execução desses contratos conforme às exigências da boa-fé objetiva, evitando abusos e reequilibrando os parceiros contratuais tão desiguais, é a grande preocupação da doutrina, da legislação e da jurisprudência.⁴⁶² Hoje, além dos tradicionais seguros de vida⁴⁶³ e de responsabilidade civil, existem os planos de aposentadoria privada e os antigos seguros-saúde, hoje planos de saúde, regulados por lei especial, todos contratados geralmente mediante métodos de contratação de massa, contratos de adesão e condições gerais dos contratos e até concluídos à distância ou de porta-em-porta.⁴⁶⁴

fé por ocasião da contratação, é dela o ônus da prova cabal a respeito de tal circunstância, eis que, na dúvida, a interpretação deve ser feita em favor do segurado” (Ap.Cív. 146.243-3, j. 16.02.2000, rel. Juiz Ruy Cunha Sobrinho). Veja também jurisprudência do STJ, aplicando o CDC, em seguro de transporte coletivo, no REsp 178839/RJ. Se a mencionada ADIn 2591 da CONSIF prosperar e o STF considerar o § 2.º do art. 3.º do CDC, *in fine*, inconstitucional, isto criará dúvidas sobre a aplicação do CDC também aos seguros.

⁽⁴⁶²⁾ A preocupação é universal, como ensina Rúben Stiglitz em sua belíssima obra *Derecho de seguros*, v. I, p. 26: “Desde la génesis negocial es una posición de desigualdad (debilidad) formal, la consecuencia que de ello se deriva, es la necesidad de consagrar una sólida plataforma normativa que tienda a satisfacer la legítima turtela de sus derechos contra posibles abusos”.

⁽⁴⁶³⁾ Sobre o tema, veja a Súmula 101 do STJ: “A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano”. Veja também decisão do STJ: “Acidente no trabalho – Seguro de vida em grupo – Tenossinovite – Doença preexistente. A seguradora que aceita o contrato e recebe durante anos as contribuições da beneficiária do seguro em grupo não pode recusar o pagamento da indenização, quando comprovada a invalidez, sob a alegação de que a tenossinovite já se manifestara anteriormente. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 258805/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.09.2000). Veja também REsp 198481/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 25.10.1999.

⁽⁴⁶⁴⁾ Veja REsp 251.024-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 27.09.2000, aplicando o art. 51, IV, do CDC e o princípio da boa-fé.

Pareceu-nos necessário, desde a segunda edição deste livro, relembrar alguns aspectos importantes do contrato de plano de saúde no direito brasileiro, uma vez que este contrato atinge milhões de consumidores em nosso mercado e tende a se expandir.⁴⁶⁵ É um bom exemplo de contrato cativo de longa duração a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, sua família ou beneficiários. Se a identificação do contratante e dos beneficiários como destinatários finais (consumidores) do serviço prestado pela operadora, empresa ou cooperativa, e desta como fornecedor, não oferece maiores dificuldades, dois aspectos devem ser destacados: a) a decisão da lei especial de 1998 de retirar estes contratos da lei referente aos seguros, passando a denominá-los todos “planos” de saúde, e b) a sua característica básica como serviços, envolvendo obrigações de meio, mas também, hoje, de resultado.

Apesar de a Lei 9.656/98 nominar os antigos contratos de seguro-saúde como planos privados de assistência à saúde, indiscutível que tanto os antigos contratos de seguro-saúde, os atuais planos de saúde, como os – também comuns – contratos de assistência médica possuem características e sobretudo uma finalidade em comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor e de sua família ou dependentes.⁴⁶⁶ Afirme-se, assim, com o eminente professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: “Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6.º do Código”.⁴⁶⁷

⁽⁴⁶⁵⁾ Assim os dados fornecidos pela revista *IstoÉ*, n. 1.270, de 02.02.1994.

⁽⁴⁶⁶⁾ Veja as discussões na doutrina sobre a natureza (securitária ou não) destes vários contratos no artigo da advogada Maria Leonor Baptista Jourdan, *Dos contratos de seguro-saúde no Brasil*, RIL 180, p. 415 ss.

⁽⁴⁶⁷⁾ Carlos Alberto Menezes Direito, *O consumidor e os planos de saúde*, RF 328, p. 312-316. Assim também, mais recentemente, Gregori, p. 199, que afirma: “... a Lei dos Planos de Saúde não pode ser vista como única base jurídica de proteção contratual aos consumidores, pois, antes mesmo do marco legal da saúde suplementar, a defesa do consumidor já se encontrava amparada pelos princípios e regras gerais do Código de Defesa do Consumidor, que permanecem aplicáveis às relações de consumo nesse mercado”.

O STJ tem decidido pela aplicação do CDC a estes serviços, considerados serviços de consumo,⁴⁶⁸ afirmando o Min. Ruy Rosado de Aguiar no *leading case* (REsp 267530/SP, j. 14.12.2000): “A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota”.⁴⁶⁹

Note-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça, para lá das discussões dogmáticas sobre a natureza do contrato, como seguro ou plano, que envolvem inclusive uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 1.931-8), tem decidido impor a este importante tipo contratual de consumo de massa uma boa-fé extremamente qualificada, exigindo de todos os fornecedores (operadoras, seguradoras e outros)⁴⁷⁰ o cumprimento do dever de informação,⁴⁷¹ cooperação⁴⁷² e cuidado.⁴⁷³ Esta exigência de boa-

⁴⁶⁸ Veja, por todos, o REsp 72994/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.04.2001, cuja ementa é: “Ação civil pública – Entidades de saúde – Aumento das prestações – Legitimidade ativa. 1. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde. 2. Antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o País sempre buscou instrumentos de defesa coletiva dos direitos, ganhando força seja com a Lei 7.347/87, seja alcançando dimensão especial com a disciplina constitucional de 1988”. Na mesma linha, pela legitimidade do MP e aplicação do art. 82, I, do CDC, REsp 177965/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.05.1999, DJ 23.08.1999.

⁴⁶⁹ A ementa ensina: “Plano de saúde – Centro Trasmontano – Internação – Hospital não conveniado. O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.), os quais não foram reconhecidos nas instâncias ordinárias. A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota. Recurso não conhecido”.

⁴⁷⁰ Exemplo desta linha do STJ é o já acima citado *leading case*: REsp 267530/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 14.12.2000.

⁴⁷¹ Exemplo desta linha do STJ é o REsp 264562/SE, rel. Min. Ari Pargendler, j. 12.06.2001, cuja ementa ensina: “Civil – ‘Seguro de assistência médico-hospitalar – Plano de assistência integral (‘cobertura total’), assim nominado no contrato. As expressões ‘assistência integral’ e ‘cobertura total’ são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser

fé qualificada, em face da massificação deste contrato que atinge mais de 46 milhões de consumidores, reflete-se em uma interpretação conforme a boa-fé e sempre a favor do consumidor, *ex vi* art. 47 do CDC, como ensina o *leading case* REsp 311509/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001, cuja ementa esclarece: “Direito civil – Contrato de seguro-saúde – Transplante – Cobertura do tratamento – Cláusula dúbia e mal redigida – Interpretação favorável ao consumidor – Art. 54, § 4.º, CDC – Recurso especial – Súmula/STJ, Enunciado 5 – Precedentes – Recurso não conhecido. I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento (...). II – Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga”.

referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido”. Note-se também que o dever de informação é da operadora e também o risco do negócio referente à falha de informação (não basta a alegação de má-fé do consumidor e que este sabia de sua doença, mister que a seguradora prove nas instâncias inferiores que o consumidor “sabia” e ocultou de má-fé-subjetiva) – neste sentido veja o REsp 258.805, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.10.2000.

⁴⁷² Exemplo desta linha do STJ é o REsp 234219/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.05.2001, cuja ementa é: “Seguro-saúde – Doença preexistente – AIDS. Omissa a seguradora no tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido”.

⁴⁷³ Exemplo desta linha do STJ é o REsp 255065/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.04.2001, cuja ementa é: “Seguro saúde – Cobertura – Cirrose provocada por vírus C – Exclusão – Precedentes. 1. Adquirida a doença muito tempo após a assinatura do contrato, desconhecida do autor, que, em outras oportunidades, obteve tratamento com reembolso, diante de situação semelhante, não há fundamento para a recusa da cobertura, ainda mais sendo de possível contaminação em decorrência de tratamento hospitalar, ocorrendo a internação diante de manifestação aguda, inesperada. 2. Recurso especial conhecido e provido”.

A lição do STJ tem sido seguida pelos tribunais estaduais, segundo os quais a obrigação de bem explicar o plano é do profissional (*caveat emptor*),⁴⁷⁴ e não é ônus imposto ao consumidor leigo e especialmente vulnerável, se estiver doente, afirmando que a “ausência de explicação conceitual, ao nível do *homo medius*”, não deve ser tolerada pelo Judiciário nos planos antigos e novos.⁴⁷⁵ O fato de termos aqui um profissional,

⁽⁴⁷⁴⁾ Assim decisão do TJRS, 6.ª Câm.Cív., Ap.Cív. 596.115.519: “Plano de saúde – Invalidez de cláusula, por incompreensível, que se afasta. (...) A interpretação deve ser, sempre, a mais favorável ao consumidor. Art. 47 do CDC. Assim, se a cláusula restritiva, eventualmente, ostenta-se pouco precisa, eventual prejuízo, na interpretação, deve ser debitado ao predisponente, contrato de adesão que é o que instrumenta negócio de seguro-saúde”. Em sentido análogo a esta última decisão, a 6.ª Câm.Cív. do TJRJ improveu apelação de seguradora, mantendo a sentença que a condenou a pagar cirurgia plástica restauradora e corretiva de outras, consignando na ementa: “Código de Defesa do Consumidor e direito adquirido – Limitação dos riscos – Contrato de adesão e interpretação benéfica à parte mais fraca – Recurso não provido” (Ap.Cív. 500/96, transcrita por Osiris Borges de Medeiros, Seguro saúde, Rio de Janeiro, destaque, p. 186). No acórdão de 26.06.1995, da 10.ª Câmara do TJSP (Ap. 248.120-2/4), esclarece o relator: “... a testemunha ouvida, às fls., esclareceu que a representante da apelante foi cientificada de fato de ser o apelado soropositivo HIV+ e que, mesmo assim, informou não haver restrição à sua admissão, exceção feita à carência, tendo sido a representante quem fez a anotação na proposta... Assim, na forma do art. 47 (do CDC), as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Dessa maneira, ao aceitar a apelante a proposta de admissão do apelado ao plano, pactuou-se que o apelado, por ser portador do HIV+, deveria respeitar a carência contida no manual. Esta a única ressalva ao atendimento ao apelado” (RT 721, p. 114). “Contrato – Plano de saúde – Tratamento de meningite viral – Reembolso de despesas hospitalares – Cláusula de exclusão – Conflito com propaganda de cobertura plena sem ressalva – Interpretação contra a parte que redigiu com ambigüidade – Contratante, ademais, induzido a crer em proteção integral – Ação de reembolso procedente” (Rec. 5.647/SP, rel. Joel Geishofer, j. 09.08.1999 – RJE, ano 4, v. 13, jul.-set. 1999, p. 50-51).

⁽⁴⁷⁵⁾ Assim ensina o TJRS: “Civil – Seguro-saúde – Cláusula de exclusão – Inespecificidade – Iniquidade e abusividade – Código Civil e do Consumidor – Aplicação aos contratos em andamento. A exclusão das consequências das doenças crônicas da cobertura do contrato praticamente deixou a segurada, pessoa sem grandes conhecimentos, fora de qualquer cobertura, tendo em vista a sua abrangência inespecífica. Por igual, a ausência de explicação conceitual, ao nível do *homo medius*, do verdadeiro significado de doença crônica também

a operadora, seguradora ou hospital, perante um leigo em situação especial de vulnerabilidade (diante da doença e da morte)⁴⁷⁶ não passou despercebido da jurisprudência, que impôs ao profissional o dever de informar ao leigo e de se informar, como forma do dever de cooperar com o leigo e proteger sua confiança legítima,⁴⁷⁷ não importando as determinações das autoridades controladoras, pois o dever de informar, de cooperar são deveres diante da massa de sujeitos-consumidores, como ensina o *leading case*: “Seguro-saúde – Exclusão de proteção – Falta de prévio exame. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. O fato de ter sido aprovada a cláusula abusiva pelo órgão estatal instituído para fiscalizar a atividade da seguradora não impede a apreciação judicial de sua invalidez. Recurso não conhecido” (REsp 229078/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.11.1999, DJ 07.02.2000).

Observada esta rica jurisprudência, cabe agora analisar um pouco da história, na legislação brasileira, destes contratos complexos, individuais e coletivos, além de cativos de longa duração, e suas características principais. O *contrato de seguro-saúde* estava regulado e definido pela lei específica dos seguros – Dec.-lei 73, de 21.11.1966 –, possuindo

conduz à iniquidade da cláusula e a torna abusiva. Não se compreende que num contrato com o que assinam os segurados da Golden Cross não são esclarecidos estes pontos importantes que dizem respeito à abrangência das exclusões de cobertura. A inespecificidade e a falta de conceito tornam a cláusula passível de anulabilidade, a teor do art. 115 do Código Civil [art. 122, CC/2002]. Tal dispositivo encontra redação mais clara e moderna no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, mas ambos buscam praticamente o mesmo escopo, que é o de proteger uma das partes da relação contratual contra o arbítrio da outra. Apelo provido” (TJRS, 5.ª Câm.Cív., Ap.Cív. 598427227, rel. Des. Carlos Alberto Bencke, j. 08.04.1999).

⁽⁴⁷⁶⁾ Veja meu artigo Solidariedade na doença e na morte, p. 12 ss., onde procuro comprovar a existência de uma vulnerabilidade especial nestes casos.

⁽⁴⁷⁷⁾ Bom exemplo desta linha de proteção da confiança é a decisão do TJRS: “A apresentação da estipulante perante o segurado como se seguradora fosse torna-a responsável pelo pagamento da indenização securitária, bem como pela obrigação de natureza previdenciária. Tratando-se de relação de consumo, aplicam-se as regras do CDC, que estabelece que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma a favorecer o consumidor” (6.ª Câm.Cív., Ap.Cív. 59855803, rel. Des. João Pedro Freire, j. 29.03.2000).

do duas modalidades: a) os contratos envolvendo o *reembolso* de futuras despesas médicas eventualmente realizadas (art. 129), contratos de seguro-saúde fornecidos por companhias seguradoras, empresas bancárias e outras sociedades civis autorizadas; b) os contratos envolvendo o *pré-pagamento* de futuras e eventuais despesas médicas (art. 135), mercado no qual operam as cooperativas e associações médicas.⁴⁷⁸ Teoricamente, este contrato de seguro-saúde ainda existe como possibilidade, mas nenhuma das antigas seguradoras informou à ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar⁴⁷⁹ de que continuaria a usar seus contratos de seguro-saúde, preferindo todas, de forma unânime, passar a usar contratos de planos de saúde como regulados pela lei nova. A nova Lei 9.656, de 03.06.1998, também sofreu forte evolução, pois, se inicialmente mantinha a distinção conceitual e regulava ambos os contratos, distinguindo entre as “operadoras de planos privados”, as fornecedoras que trabalham com pré-pagamento (art. 1.º, § 1.º, I – antiga versão) e as “operadoras de seguros privados de assistência à saúde”, as fornecedoras que trabalham com reembolso (art. 1.º, § 1.º, II – antiga versão), passou hoje a regular somente os contratos e as operadoras de planos de saúde (art. 1.º, I).⁴⁸⁰ Assim, a nova lei regula qualquer produto, serviço e contrato que ofereça no mercado brasileiro “garantia de

⁽⁴⁷⁸⁾ Em seu citado artigo, Jourdan defende a inclusão de todas as modalidades sob o *nomen iuris* de “seguro-saúde” (p. 418).

⁽⁴⁷⁹⁾ Segundo o art. 1.º da Lei 9.961, de 28.02.2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, esta autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, é órgão de “regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”.

⁽⁴⁸⁰⁾ No original: “Art. 1.º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica” e que tenha “outras características que o diferenciem de atividade exclusivamente financeira”, incluindo-se o “custeio de despesas”, o “oferecimento de rede credenciada ou referenciada”, o “reembolso de despesas” e os demais mecanismos de regulação típicos destes contratos (art. 1.º, § 1.º). Esta lei também regula os sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão (art. 1.º, § 2.º). Hoje a forma mais comum é um contrato misto de plano de saúde, contrato da modalidade pré-pagamento, em que a utilização dos serviços médicos “conveniados” é livre, não necessitando pagamento e conseqüente reembolso, ficando o reembolso das despesas médicas e de pré-pagamento para os tratamentos mais caros ou casos excepcionais (tratamento em outras cidades etc.).⁴⁸¹

Destaque-se, também, que o contrato de planos de saúde, como hoje regulado pela lei nova e pelo CDC, apresenta muitas semelhanças com o contrato clássico de fornecimento de serviços médico-hospitalares simples, isto é, aquele fechado por um consumidor que procura o médico ou hospital na atualidade de sua doença ou acidente e não em face de um seguro ou previsão de eventual doença futura. Este contrato clássico era o contrato de medicina paga,⁴⁸² e não medicina pré-paga, como os planos atuais. Destacamos a semelhança de ambos os tipos por dois motivos: a) mister notar que esses dois contratos (medicina paga e medicina organizada pré-paga) podem ser incluídos como subespécies de “contrato de assistência médico-hospitalar”; e b) a organização sistemática e em cadeia da medicina pré-paga, não mais como seguro de risco, mas como serviço garantido de prestação em caso de evento à saúde, deixa clara a responsabilidade solidária entre o organizador da cadeia (fornecedor indireto, mas contratante) e o prestador dos serviços médicos (fornecedor direto, médico, hospital, clínica, contratante interno da cadeia de fornecimento de serviços de saúde). Essa observação é importante porque facilita a visualização da nova responsabilidade dos organizadores (operadoras) dos planos de saúde perante os consumidores, por eventuais erros médicos e falhas na prestação (acidentes de consumo) nas clínicas e nos hospitais conveniados. Enquanto protegida pelo manto do contrato de “seguro-saúde”, a aceitação da existência de uma obrigação conjunta de

⁽⁴⁸¹⁾ Assim também Adaiberto Pasqualotto, em Marques/Lopes/Pfeiffer, p. 36 ss.

⁽⁴⁸²⁾ A este também aplica-se o CDC – veja decisão do TJRS responsabilizando hospital por falha do serviço de aplicação de injeção: Ap.Cív. 595005992, rel. Des. Carlos Alberto Bencke, j. 16.02.1995.

qualidade (leia-se, solidariedade)⁴⁸³ era mais comum entre médico e hospital, isto é, entre os fornecedores diretos dos serviços.⁴⁸⁴ Com a nova lei, a obrigação conjunta de qualidade-adequação (não existência de vício no serviço) e de qualidade-segurança, na terminologia de Antônio Herman Benjamin, isto é, de que não haja um defeito na prestação e conseqüente acidente de consumo danoso à segurança do consumidor-destinatário final do serviço de saúde, é verdadeiro dever imperativo de qualidade (arts. 24 e 25 do CDC), que se expande para alcançar todos os que estão na cadeia de fornecimento, *ex vi* arts. 14 e 20 do CDC, impondo a solidariedade de todos os fornecedores da cadeia, inclusive das operadoras (parágrafo único do art. 7.º do CDC).

Em outras palavras, visualiza-se hoje a existência de uma obrigação (de meio ou de resultado) vinculando o consumidor, o executor dire-

⁽⁴⁸³⁾ Assim manifesta-se também Aguiar Jr., Responsabilidade civil do médico, *RT* 718, p. 47, citando como base jurisprudencial decisões do TJRJ (AI 1.475/92), do TJMG (Ap.Cív. 164.656-2, j. 14.12.1993) e do TJSP (EI 106.119-1, rel. Des. Walter Moraes). No mesmo sentido, pela solidariedade com base no CDC e não no CC, manifesta-se Ancona Lopez, *Dano estético*, p. 225. Veja, sobre a responsabilidade do médico e do hospital, TJRS, Ap.Cív. 595.160.250, j. 07.12.1995.

⁽⁴⁸⁴⁾ A solidariedade entre médicos e hospitais é mais facilmente aceita pela jurisprudência – veja como exemplo a decisão do TAMG, reproduzida na íntegra na *RDC* 9, p. 151 ss. Veja, igualmente, histórica decisão do TJSP na *RT* 653, que, mesmo antes da entrada em vigor do CDC, aceitou a solidariedade entre famosa empresa de assistência médica e seguro-saúde e o médico credenciado, por erro médico (2.ª Câm.Cív., EI 106.119-1, rel. Des. Walter Moraes, j. 06.03.1990). Mais recentemente, e com base no CDC, veja decisão do TJRS, 3.ª Câm.Cív., Ap.Cív. 595 160 250, rel. Des. Araken de Assis, j. 07.12.1995, cuja ementa é: “Civil – Responsabilidade civil – Divulgação de resultado de exame para identificar o vírus da Sida – Culpa do médico e do hospital, pela divulgação, e do laboratório, que não ressaltou a possibilidade de erro – 1. O médico e o hospital respondem, solidariamente, pelos danos materiais e morais causados à paciente pela divulgação do resultado de exame para identificar o vírus da SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida). Quebra de sigilo inadmissível, no local e nas circunstâncias, considerando o óbvio preconceito contra a doença. Também faltou o médico com o seu dever de informar ao paciente do resultado do exame e de não exigir confirmação do resultado. E há responsabilidade do laboratório, porque não ressaltou, ao comunicar o resultado, a possibilidade de o resultado se mostrar equívocado. Dano material bem arbitrado. Dano moral majorado”.

to dos serviços (médico, enfermeiro, anestesista etc.) e o fornecedor indireto dos serviços (hospital, consultório médico, empresa seguradora ou operadora, que explora economicamente a modalidade de medicina pré-paga),⁴⁸⁵ que contratou com o consumidor e organizou esta cadeia solidária de fornecedores do serviço médico.⁴⁸⁶ Esta solidariedade foi identificada pela jurisprudência,⁴⁸⁷ como ensinam os *leading cases* do STJ – REsp

⁽⁴⁸⁵⁾ Repitam-se aqui as decisões do STJ já citadas: “Ora, se é a X [cooperativa] que oferece o plano de assistência médica remunerado, em que estabelece e faz a cobrança de acordo com tabelas próprias, traça as condições do atendimento e de cobertura, e dá ao associado um leque determinado de profissionais cooperativados ao qual pode recorrer em caso de doença, não é possível possa eximir-se de qualquer vinculação com a qualidade do serviço, como se fosse uma alienígena. É ela fornecedora dos serviços, à luz do CDC, e o causador do dano é cooperado seu. O atendimento médico deu-se por vinculação direta da X [cooperativa] com a associada e o profissional cooperado” (REsp 309760, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 09.11.2001, texto do voto em *Notícias do STJ*, de 11 nov. 2001, p. 1). A menção do nome da cooperativa foi retirada pela autora, tendo em vista a fonte da decisão ser ainda a internet.

⁽⁴⁸⁶⁾ Concorda Gherzi, *Contrato de medicina prepaga*, p. 162. Segundo o autor, “existe una expectativa por parte del paciente, acerca del control y vigilancia que el ente debe ejercer sobre el comportamiento y calidad de los servicios prestados por intermedio de todo su cuerpo asistencial, sean o no dependientes, aspecto vinculado indisolublemente con la naturaleza de la obligation”.

⁽⁴⁸⁷⁾ Veja-se acórdão do TJRS: “Ação indenizatória (...) – Responsabilidade civil – Dano moral – Erro médico – Legitimação do hospital – Solidariedade. (...) 2. O hospital responde, solidariamente, pela reparação civil decorrente de ato ilícito, provocado por médico que se subordina a sua orientação e atua em seu interesse econômico, consoante exegese dos arts. 1.521, III, do Código Civil [art. 932, III, CC/2002], 14, *caput*, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal” (TJRS, Ap.Cív. 70000675249, rel. Des. João Armando Bezerra Campos, j. 31.10.2000). Veja-se também o acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná, sobre responsabilidade do hospital conjuntamente com o médico, em aplicação ao art. 14 do CDC: “Apelação cível – Reparação de danos – Erro médico – Audiência de conciliação – Extinção do processo com relação a uma das partes – Ilegitimidade passiva – Decisão reformada – Possibilidade de reconhecimento de responsabilidade solidária do hospital, prestador de serviços – Eventual incidência do art. 14 do CDC – Entendimentos jurisprudenciais” (Ap.Cív. 153.234-5, rel. Juiz Moraes Leite, j. 14.03.2001, onde é citada decisão do mesmo Tribunal na Ap.Cív. 11908, rel. Juiz Renato Strapasson). Veja decisões do STJ nas quais empresas de planos de saúde responderam por erros cometidos por médicos e hospitais credencia-

164.084/SP, rel. Min. Aldir Passarino Júnior, j. 17.04.2000, e REsp 138059/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.03.2001 -, cujas ementas explicitam a responsabilidade concorrente e solidária de forma direta:

“Civil e processual – Ação indenizatória – Plano de saúde – Alegação de erro de diagnóstico no atendimento pela rede credenciada (...). I – A prestadora de serviço de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente recorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva”.⁴⁸⁸

“Civil – Responsabilidade civil – Prestação de serviços médicos. Quem se compromete a prestar assistência médica, por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido”.

Note-se, igualmente, que, se as operadoras e os hospitais respondem de forma objetiva, por força dos arts. 14 e 20 do CDC, a jurisprudência não deixa de reconhecer que os profissionais liberais destes hospitais e credenciados nas operadoras respondem somente de forma subjetiva,⁴⁸⁹ quanto aos danos morais e materiais.⁴⁹⁰

dos – REsp 138.059/MG e REsp 164.084/SP; e, na doutrina, veja sobre a solidariedade entre médico credenciado e organizador de plano ou seguro de saúde – Aguiar Jr., Responsabilidade civil do médico, RT 718, p. 47.

⁽⁴⁸⁸⁾ DJ 17.04.2000, p. 68.

⁽⁴⁸⁹⁾ Exemplo dessa linha jurisprudencial é a decisão do TJRS, que absolve os médicos e condena o hospital: “Civil – Responsabilidade civil – Atendimento hospitalar inadequado – Culpa – Indenização – Responsabilidade objetiva – Prestação de serviço – Pensão. Necessário para que se estabeleça a responsabilidade civil dos réus, médicos, e a comprovação da culpa com que agiram, além do nexo de causalidade. Culpa dos médicos não demonstrada, seja pela negligência ou imperícia com que agiram. Não configurada a culpa dos réus/médicos, não há que se falar em responsabilidade civil, ante a falta de liame subjetivo entre a conduta e o dano causado. Demonstrado que houve ‘edema por infiltração de medicamentos’, resta configurada a responsabilidade do hospital, frente ao agir dos seus funcionários, ante a falta de perícia suficiente ao ministrar medicamento na menor, por via endovenosa. A responsabilidade do hospital é objetiva, conforme preceitua o art. 14 do CDC, pois trata-se de reparação de dano, conseqüente a prestação de serviços (aplicação de soro), e que não foram devidamente fornecidos (com defeito)” (TJRS, Ap.Cív. 598059277, rel. Des. Carlos Alberto Bencke, j. 28.05.1998).

Em resumo, os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde, de sua família, dependentes ou beneficiários. Aqui deve haver diálogo, e aplicação conjunta e iluminada pela Constituição, entre o CDC e a Lei 9.656/98. A jurisprudência brasileira é pacífica ao considerar tais contratos, tanto os de assistência hospitalar direta como os de seguro e planos de saúde, ou de assistência médica pré-paga, como submetidos diretamente (e não subsidiariamente) às normas do CDC, como veremos em detalhes a seguir, no item 2.2, letra *b*.⁴⁹¹

Mister destacar que não é a figura dos operadores ou fornecedores que une os campos de aplicação do CDC e da lei especial – o que as une é a figura do consumidor-usuário ou beneficiário de um plano privado de assistência à saúde, remunerado por ele diretamente, por seu empregador ou pelo contratante principal dos planos coletivos e/ou familiares ou individuais. Como não há contrato de plano de assistência privada à saúde não remunerado (art. 3.º, § 2.º, do CDC), todos são remunerados por algum agente do mercado, os beneficiários, destinatários finais, os contratantes e as pessoas jurídicas, que se expõem ou intervêm nestas relações de con-

⁽⁴⁹⁰⁾ Veja-se exemplo desta sábia linha da jurisprudência na decisão do TJRS: “Responsabilidade civil – Hospital – Responsabilidade objetiva por defeito do serviço – Quantificação do dano moral. A responsabilidade do nosocômio é objetiva, frente ao CDC, art. 14, pelo defeito do serviço, bastando a demonstração da existência da falha e do nexo de causalidade entre o fato e esse defeito. Critérios de quantificação de indenização que devem atender a determinados balizamentos, como os do padrão social e cultural do ofendido, extensão da lesão do seu direito, grau de intensidade do sofrimento enfrentado, condições pessoais do devedor, grau de suportabilidade do encargo pelo último, sem descuidar do caráter reparatório, sempre com a preponderância do bom senso e da razoabilidade e exequibilidade do encargo, além de adequar-se ao valor arbitrado em outras indenizações análogas, quando existirem, evitando-se decisões díspares e incompreensíveis pelas partes” (TJRS, Ap.Cív. 70000946574, rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, j. 10.05.2000).

⁽⁴⁹¹⁾ Assim, 3.ª T., REsp 138059/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.05.2001; 4.ª T., REsp 164084/SP, rel. Min. Aldir Passarino Junior, j. 17.02.2000; 3.ª T., REsp 171988/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 24.05.1999; e 4.ª T., REsp 154167/DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. 10.11.1997, dentre outros. Veja também decisão do TJRS reproduzida na *Revista de Jurisprudência* 156, p. 294 ss.

sumo como representantes ou em benefício de seus empregados, associados ou sindicalizados, e acabam todos por ser considerados consumidores, segundo o CDC.

Há, pois, que se considerar que estes “planos” operados por fornecedores, com intuito de lucro e com livre iniciativa permitida pela CF/88 (art. 199), preenchem totalmente as características de relações de consumo, e os usuários são pessoas físicas, destinatários finais dos serviços, consumidores, pelo art. 2.º do CDC, de serviços remunerados prestados por fornecedores organizados em cadeia de fornecimento de serviços (art. 3.º, *caput* e § 2.º, do CDC). Se não contratantes, são estes usuários terceiros vítimas, terceiros expostos e representantes ou terceiros intervenientes, considerados todos consumidores equiparados (arts. 17, 29 e 2.º, parágrafo único, do CDC).

O STJ já aceitou esta posição, pois considerou uma mesma cláusula “clara” como abusiva e contrária ao CDC, isso em contrato antigo de “plano”, com a seguinte e expressiva ementa: “Plano de saúde – Limite temporal da internação – Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade e, se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade”.⁴⁹²

Esta lição do STJ revigora a tese de que os contratos anteriores à lei especial de 1998 não são, em princípio, afetados pela nova lei e continuam a ser regidos pelo CDC, mas é claro que a interpretação atual do CDC não pode deixar de considerar os avanços positivados pela nova lei. Como

⁽⁴⁹²⁾ REsp 158.728/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.03.1999, DJ 17.05.1999 – RSTJ, ano 11, v. 121, set. 1999, p. 289 ss.

ensina o Ministro Ruy Rosado de Aguiar: “Não é razoável que as seguradoras operadoras nesse ramo de atividade tenham como perspectiva possível a desinternação do segurado, embora ainda doente e necessitando desses serviços com risco de vida, apenas porque terminou o prazo inicialmente previsto para a cobertura. Tanto assim que a legislação hoje em vigor (Lei 9.656/98), que não se aplica ao contrato antes celebrado, mas que serve de boa orientação para interpretá-lo”, proíbe tais práticas.⁴⁹³

Neste sentido, a aplicação do CDC aos contratos anteriores recebe agora uma nova luz com a definição de abuso e de cláusulas abusivas trazidas pela nova lei. Os direitos adquiridos dos consumidores com base nos planos e seguros anteriores, geralmente mais completos do que os segmentados planos agora oferecidos, assim como a impossibilidade de preços diferenciados e agravos aos consumidores anteriores devem ser destacados e, especialmente, eficazmente protegidos sob a égide do CDC.

Concluindo, dogmaticamente, hoje a expressão genérica contrato de assistência médica engloba o contrato legalmente incluído como seguro ou plano de saúde e os demais contratos de assistência médica. Nesse sentido, pode-se conceituar o contrato de assistência médico-hospitalar como contrato de obrigação de fazer prestado por terceiros, cujo fornecedor é geralmente um hospital, grupo de médicos ou de hospitais, os quais oferecem locação de serviços médicos e de internação hospitalar ou planos de saúde em grupo, a particulares e empresas, “contrato atípico misto, emergente da combinação do contrato de assistência médica, profissional, uma locação de serviços médicos e de internação hospitalar, com variedade de serviços médicos auxiliares, cirurgia, fornecimento de alimentos ao sócio ou beneficiário ou aos seus dependentes, pela sociedade contratada”.⁴⁹⁴

A nova lei especial prefere a expressão “assistência à saúde”, definindo como tal “a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospita-

⁽⁴⁹³⁾ Voto (p. 1 e 2) no REsp 242.550/SP, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 02.03.2000, DJ 18.02.2002.

⁽⁴⁹⁴⁾ Assim Pedro Arruda França em seu livro *Contratos atípicos*, p. 174.

lar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao pres-tador, por conta e ordem do consumidor” (art. 1.º, *caput*, I, da Lei 9.656/98). Os planos de saúde incluem-se todos no campo de aplicação da nova lei como atividades de assistência à saúde, excluídos os contratos de assistência médica propriamente dita.

Quanto aos contratos de seguro-saúde, ensinava Orlando Gomes que estes contratos destinam-se “a cobrir o risco de doença, com o pagamento de despesas hospitalares e o reembolso de honorários médicos, quando se fizerem necessários.⁴⁹⁵ Incluem-se, assim, ainda que genericamente, na definição do art. 1.432 do Código Civil de 1916 e do art. 757, *caput*, do Código Civil de 2002, como contratos de seguro,⁴⁹⁶ envolvendo a transferência (onerosa e contratual) de riscos futuros à saúde do consumidor e de seus dependentes, o pagamento direto ou o reembolso dos gastos e serviços médico-hospitalares.

Note-se que a idéia dos seguros, e hoje dos planos de saúde, está intimamente ligada ao anseio humano de controle dos riscos e de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos na sociedade. Se inicialmente os seguros, assim como ainda descritos em nosso Código Civil de 1916 (e também no CC/2002), envolviam apenas o “indenizar”, o “responder” monetariamente, é esta uma visão superada, pois os serviços de seguro evoluíram para incluir também a *performance bond*, isto é, o contrato de seguro envolvendo a “execução” de uma obrigação, um verdadeiro “prestar”, em fazer futuro muito mais complexo que a simples entrega de uma quantia monetária.

Além da finalidade comum de assegurar o consumidor e seus dependentes⁴⁹⁷ contra os riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida,

⁽⁴⁹⁵⁾ Veja detalhes em Orlando Gomes, Seguro-saúde, p. 250. O art. 130 do Dec.-lei 73/66, hoje revogado, dispunha: “Fica instituído o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar”.

⁽⁴⁹⁶⁾ O art. 1.432 do Código Civil de 1916 define o contrato de seguro como aquele “pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. O art. 757 do Código Civil de 2002 dispõe: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

⁽⁴⁹⁷⁾ Sobre dependente adotado, hoje matéria regulada na lei especial, veja decisão do STJ, com voto vencido do Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp 74.498/SP, em Marques/Lopes/Pfeiffer, p. 376 ss.

parece-nos que a característica comum principal dos contratos de planos e seguros-saúde é o fato de ambas as modalidades envolverem serviços (de prestação médica ou de seguro) de trato sucessivo, ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual.

Trata-se de serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo. São serviços contínuos e não mais imediatos, serviços completos e geralmente prestados por terceiros, aqueles que realmente realizam o “objetivo” do contrato.

O objeto principal desses contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos/garantias referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (pré-pagamento) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo, os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados).⁴⁹⁸

Trata-se, igualmente, de contratos aleatórios, cuja contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença dos consumidores-clientes ou de seus dependentes.

Os profissionais do direito (moderno) estão acostumados a analisar contratos comutativos. Em especial nas relações securitárias, a presença do *aleas*, do risco inerente a esta relação contratual, pode levar a interpretações nem sempre corretas. Neste sentido, não é demais frisar novamente que incerta nesses contratos é a “necessidade” da prestação, e não “se” e “como”, com que qualidade, segurança e adequação deve ela ser prestada (garantia de prestação).

Em outras palavras, a prestação nos contratos de assistência médica ou de planos de saúde, quando necessária, deve ser fornecida com a devi-

⁽⁴⁹⁸⁾ Repita-se aqui o que foi anteriormente mencionado sobre as obrigações “duradoras” e seu contínuo renovar de deveres – veja Parte I, 1, n. 2.4.

da qualidade, com a devida adequação, de forma que o contrato, que o serviço objeto do contrato unindo fornecedor e consumidor, possa atingir os fins que razoavelmente dele se esperam, fim contratual muito mais exigente do que a simples diligência.⁴⁹⁹

Nesse sentido, a relação contratual básica do plano de saúde é uma obrigação de resultado, um serviço que deve possuir a qualidade e a adequação imposta pela nova doutrina contratual. É obrigação de resultado porque o que se espera do segurador ou prestador é um “fato”, um “ato” preciso, um prestar serviços médicos, um reembolsar quantias, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independente dos “esforços” (diligentes ou não) para a obtenção dos atos e fatos contratualmente esperados.⁵⁰⁰

Se o consumidor irá curar-se (ou não) é incerto, mas que a vinculação contratual entre consumidor e fornecedor de serviços obriga este a internar aquele, tratá-lo e propiciar serviços de assistência médica ou hospitalar na sua rede, ou simplesmente reembolsar a quantia despendida, isso é certo.

Resumindo, o *aleas* presente nesse contrato de consumo (art. 3.º, § 3.º, c/c arts. 2.º e 29 do CDC) leva à conclusão de que incerto é *quando* deve ser prestada e não *se* deve ou não ser prestada a obrigação principal.

⁽⁴⁹⁹⁾ A prestação do serviço também deve possuir a esperada “segurança”, que aqui conscientemente omitimos para podermos tratar mais detidamente da noção de “vício do serviço”. Quanto à segurança, o art. 14 ss do CDC impõem um novo patamar de qualidade-segurança dos serviços prestados. *Leading case* foi a decisão da 7.ª Câm.Cív. do TJRS, Ap.Cív. 591007174, rel. Waldemar Freitas Filho, j. 10.04.1991: “Indenização – Conserto. Verificada, por perícia bastante e insuspeita, a falha do conserto, feito poucos dias antes, procede a indenização pretendida pelo dono do veículo consertado. Responsabilidade do reparador pelo conserto feito, consoante o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)” – *Revista de Jurisprudência do TJRS* 152/541.

⁽⁵⁰⁰⁾ Utilizamos aqui a distinção clássica de obrigação de meio e obrigação de resultado proposta por Demogue e reproduzida por Joseph Frossard, *Le distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, p. 1: “Parfois, enseignait-il, le débiteur n’est tenu qu’à la diligence du bon père de famille, et le savant auteur proposa alors l’expression *obligation de moyens* pour qualifier le contenu d’un tel devoir. Quelquefois, ce n’est plus seulement une attitude diligente qui est attendue d’un contractant ou d’un tiers, mais un fait ou un acte précis, un résultat indépendant des efforts fournis pour l’obtenir: la terminologie *obligation de résultat* devait caractériser ce second groupe”.

Esta é justamente a obrigação do fornecedor desses serviços: prestar assistência médico-hospitalar ou reembolsar os gastos com saúde – é a expectativa legítima do consumidor, contratualmente aceita pelo fornecedor.

A extensão, portanto, da contraprestação contratual do fornecedor de serviços de plano de saúde e de assistência médica, a obrigatoriedade dessa contraprestação, é perfeitamente conhecida e, nesse sentido, “não aleatória” – aleatória é a necessidade ou não de prestar. Por isso, anos podem transcorrer sem que os serviços oferecidos e contratos sejam prestados ou prestados em importância igual à da prestação paga pelo consumidor mês-a-mês. O risco, porém, está coberto; o equilíbrio contratual especial, preservado; o contrato, em execução quanto a seus deveres secundários e realizando as expectativas legítimas dos consumidores de cobertura dos riscos envolvendo a saúde própria e de seus dependentes.

Trata-se, igualmente, de contratos concluídos por escrito e, no caso dos seguros, solenes, de contratos regulamentados, como no caso dos planos de saúde, subordinados às disposições das leis especiais, das leis gerais imperativas e das demais regulamentações administrativas aplicáveis.⁵⁰¹

Observadas essas especialidades dos contratos de serviço em questão, conclui-se que os modelos tradicionais de contrato (contratos que envolvem obrigações de dar, imediatas e menos complexas) fornecem poucos instrumentos para regular essas longíssimas, reiteradas e complexas relações contratuais, necessitando seja a intervenção regulamentadora do legislador e a intervenção reequilibradora e sábia do Judiciário instrumentalizadas com as normas do CDC.

Como escrevi, dogmaticamente, devemos aprofundar nossas análises sobre estes contratos de planos (de saúde e funerários) e nos perguntar se estes contratos são reais instrumentos de solidariedade: “Solidariedade é vínculo recíproco em um grupo (*wechselseitige Verbundenheit*); é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes (*Zusammengehörigkeitsgefühl*). Solidariedade possui também sentido moral, é relação de responsabilidade”.

⁽⁵⁰¹⁾ Como ensinava Orlando Gomes, Seguro-saúde, p. 251, no conteúdo dos contratos de seguro-saúde “incorporam-se necessariamente disposições legais e, até mesmo, determinações de órgãos do Estado, impostas às partes irresistivelmente”. Sobre fontes heterônomas dos contratos, veja os ensinamentos basilares de Enzo Roppo, *O contrato*, p. 137 ss.

de, é relação de apoio, é adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado no outro (*altruismus*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo.⁵⁰² A grande metanarrativa do direito civil moderno era a fraternidade, hoje é a solidariedade e a realização dos direitos humanos em pleno direito privado”.⁵⁰³

Os “contratos de plano de saúde são contratos de cooperação e solidariedade, cuja essência é justamente o vínculo recíproco de cooperação (*wechselseitige Verbundenheit*), é a consciência da interdependência de cada um de seus participantes, consciência da necessidade de direcionar-se para o mesmo fim, de manter uma relação de apoio e de adesão ao objetivo compartilhado (*Zusammengehörigkeitsgefühl*), única forma de realizar as expectativas legítimas de todos. Como ensina Ronaldo Porto Macedo, apoiando-se nos ensinamentos de Durkheim e MacNeil, cooperar é ‘dividir com outro uma tarefa comum’,⁵⁰⁴ ‘é associar-se com outro para benefício mútuo ou para a divisão mútua dos ônus’,⁵⁰⁵ solidariedade é ‘o elemento moral pressuposto nas relações de cooperação, entendidas como divisão com outrem de uma tarefa comum’,⁵⁰⁶ é ‘o elemento de coesão social (de natureza moral) que permite aos homens estabelecerem relações de cooperação’,⁵⁰⁷ é ‘a unidade (de grupos ou classe) que produz ou está baseada em comunidade de interesses, objetivos e padrões’”.⁵⁰⁸

Os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente não só como mutualidade (típica dos contratos de seguro, que já não mais são, *ex vi* a nova definição legal como “planos”), mas como cooperação com os consumidores, como divisão paradigmático-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, como cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, como possibilidade de acesso ao sistema e de contratar, como orga-

⁽⁵⁰²⁾ Veja Otfried Höffe (org.), *Lexikon der Ethik*, p. 287.

⁽⁵⁰³⁾ Meu texto, Solidariedade na doença e na morte, citando Erik Jayme, p. 3 e 4.

⁽⁵⁰⁴⁾ Macedo, *Contratos relacionais*, p. 171, citando Durkheim, *The division of labor in society*, p. 79.

⁽⁵⁰⁵⁾ Idem, p. 172.

⁽⁵⁰⁶⁾ Idem, p. 171.

⁽⁵⁰⁷⁾ Idem, p. 171, citando Durkheim, *The division of labor in society*, p. 337-338.

⁽⁵⁰⁸⁾ Idem, p. 175.

nização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco.... Aqui está presente o elemento moral, imposto *ex vi lege* pelo princípio da boa-fé, pois solidariedade envolve a idéia de confiança⁵⁰⁹ e cooperação. Confiar é ter a “expectativa mútua de que [em um contrato] nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra”.⁵¹⁰ Em outras palavras, o legislador consciente de que este tipo contratual é novo, dura no tempo, de que os consumidores todos são cativos e de que alguns consumidores, os idosos, são mais vulneráveis do que os outros, impõe a solidariedade na doença e na idade e regula de forma especial as relações contratuais e as práticas comerciais dos fornecedores”.⁵¹¹

Nesta análise dogmática desses contratos afirmo: “O primeiro aspecto a destacar de forma especial nos contratos de planos de saúde é a vulnerabilidade especial dos consumidores de mais idade, vulnerabilidade esta estuda pela Escola de Minas Gerais,⁵¹² neste tipo de contrato. Existem, neste tipo *sui generis* de contrato, três fatores essenciais: o risco/sinistralidade, a solidariedade/mutualidade e o tempo/catividade. Estes três fatores se entrelaçam, por exemplo, no exame das cláusulas de faixa etária, que refletem a idade do consumidor e o passar do tempo.

Como esclarece a doutrina, o risco de saúde é transferido através destes contratos.⁵¹³ Os riscos são abstratos, logo, não ligados diretamente, mas estaticamente à sinistralidade, o que os aproxima dos seguros típicos.⁵¹⁴ ‘Segurados’ ou ‘transferidos’ são os riscos de saúde, ligados abstratamente à idade do consumidor (titular ou dependente), daí a previsão normal de preços diferentes por faixas etárias e conseqüentes reajustes sempre que um consumidor (dependente ou titular) alcança uma nova faixa etária, com outra estatística de risco. Note-se que o reajuste contratual não é, nem deve ser, por “sinistralidade” específica, pois é risco profissional das operadoras contratar com pessoas doentes ou mais velhas, é justamente

⁽⁵⁰⁹⁾ Assim também Macedo, *Contratos relacionais*, p. 179.

⁽⁵¹⁰⁾ Assim, em belíssima passagem aqui utilizada, Macedo, *Contratos relacionais*, p. 179.

⁽⁵¹¹⁾ Assim meu artigo Solidariedade na doença e na morte, p. 25 e 26.

⁽⁵¹²⁾ Veja-se Antônio Joaquim Fernandes, *Planos de saúde e o direito do consumidor*, Cap. IV. Destaque-se, em especial, os trabalhos da professora Dra. Silma Berti, da UFMG, a quem homenageio.

⁽⁵¹³⁾ Veja Gomes, Seguro-saúde, *RDP* 76, p. 250.

⁽⁵¹⁴⁾ Veja Pedro Alvim, p. 214.

por este motivo, para alcançar a transferência de riscos futuros de saúde, que estas pessoas estão no sistema e há tanto tempo (mutualidade).⁵¹⁵

A solidariedade é o segundo fator, ligado justamente à idade dos consumidores. O grupo de segurados ou de consumidores presentes no plano se une, em mutualidade, pois expostos aos mesmos perigos, às mesmas probabilidades de danos à saúde, unem-se solidamente para organizar uma espécie de fundo gerado pelo fornecedor que organiza uma cadeia de prestadores de saúde ou reembolsa despesas de saúde e gere as verbas.⁵¹⁶ Para garantir que poderão manter-se no sistema, apesar de aposentados e mais 'doentes', os consumidores ligam-se ao sistema ainda quando jovens e por muito tempo contribuem para o sistema, devendo os cálculos do fornecedor assegurar que os mais novos poderão sustentar no sistema aqueles com maior sinistralidade. É o princípio da solidariedade, típico dos seguros e dos contratos em grupo ou de formação de fundos. Só deve ser possível o aumento ou reajuste geral por faixas que não seja objetivo, específico ou por sinistralidade, e sim um aumento do risco abstrato de doenças. Permitir qualquer tipo de reajuste ou aumento subjetivo e por sinistralidade (por exemplo, aumento no índice de câncer de uma região) seria injusto e revoltaria os princípios básicos da mutualidade e da solidariedade nos quais se baseia o sistema. A idéia do plano é justamente transferir este risco de doença para o sistema como um todo, suavizando e solidarizando seu preço, para que seja suportado por todos. Por fim, esclareça-se que os contratos de planos de saúde e seguro de saúde, como hoje estão presentes no mercado brasileiro, são contratos de alta catividade. Com o avançar da idade do consumidor, com o repetir de contribuições ao sistema e com o criar de expectativas legítimas de transferência de riscos futuros de saúde, os consumidores só têm a perder saindo de um plano.⁵¹⁷ Assim, por exemplo, passados mais de 15 anos de convivência e cooperação contratual, rescindir o contrato ou terminar a relação contratual seria altamente negativo para os consumidores. Há o de-

⁽⁵¹⁵⁾ Veja, sobre mutualidade dos seguros, Cavalieri, *Programa*, p. 323.

⁽⁵¹⁶⁾ Assim Cavalieri, *Programa*, p. 323.

⁽⁵¹⁷⁾ Veja também, no mesmo sentido, a decisão: "Civil – Seguro-saúde – Plano de assistência médico-hospitalar – Resilição unilateral. I – Constitui abuso do exercício de direito, após manter o contrato de assistência médico-hospitalar por largos anos, invocar cláusula contratual e resili-lo, justamente no momento em que o segurado, por sua idade avançada, mais carece da cobertura" (TJRS, 6.^a Câm.Cív., Ap.Cív. 596.177.501, rel. Des. Décio Antônio Erpen, j. 26.11.1996).

ver de boa-fé de cooperar para a manutenção do vínculo e para a realização das expectativas legítimas dos consumidores.

Note-se que já a legislação especial de contratos de seguro-saúde anterior continha linhas de manutenção do vínculo e proibição de cláusulas de renúncia de direitos ou rescisórias a prejudicar os contratantes mais fracos, os hoje denominados consumidores (veja arts. 13 e 135 do Dec.-lei 73 de 21.11.1966).⁵¹⁸ Hoje há complementaridade entre a lei especial e o CDC.⁵¹⁹

Segundo ensina Antônio Joaquim Fernandes Neto,⁵²⁰ os contratos de planos de saúde são "contratos atípicos, de prestação de serviços. São contratos de adesão, sinalagmáticos, onerosos e formais, de execução diferida e prazo indeterminado. Há consenso quanto ao fato de apresentarem um caráter aleatório em relação à necessidade de prestação do serviço". Incerto é *quando* deve ser fornecida a prestação e *não se* deve ser prestada e a qualidade da obrigação principal, em face das regras claras do CDC (arts. 14, 20, 24, 25, 30 e 84). Efetivamente, o contrato de planos de saúde é um contrato para o futuro, mas contrato assegurado do presente, em que o consumidor deposita sua confiança na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, deposita sua confiança na previsibilidade da cobertura real destes eventos futuros relacionados com saúde. É um contrato de consumo típico da pós-modernidade: um fazer de segurança e confiança, um fazer complexo, um fazer em cadeia, um fazer reiterado, um fazer de longa duração, um fazer de crescente essencialidade. É um contrato oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé deve ser a tônica das condutas.

Daí o fenômeno da catividade intrínseca a estes contratos. A consequência desta vulnerabilidade especial criada pela catividade, pela longa

⁽⁵¹⁸⁾ Sobre o tema já me manifestei citando Pedro Alvim, p. 498: "Nos planos coletivos, geralmente firmados com cooperativas, com base em contratos de adesão, o regime já era muito semelhante aos seguros, agora ainda mais com a nova lei, e o Dec.-lei 73/66, lei especial dos seguros, já estabeleceu há muito que, nestes contratos altamente desequilibrados, a manutenção do vínculo é o interesse prevalente e abusivas são as cláusulas que permitem a rescisão, denúncia ou cancelamento do contrato (art. 13, Dec.-lei 73/66), face ao passar do tempo e às anteriores contribuições dos consumidores justamente para assegurar segurança em caso de um futuro evento de saúde" – Marques/Lopes/Pfeiffer, p. 122.

⁽⁵¹⁹⁾ Assim também Gregori, p. 199.

⁽⁵²⁰⁾ *Planos de saúde e o direito do consumidor*, Cap. VII.

duração e pela necessária divisão de prestações de saúde na cadeia de fornecimento organizada neste tipo contratual⁵²¹ é o fato de a legislação determinar a abusividade de cláusulas de fim de vínculo, de aumentos arbitrários em face da faixa etária.⁵²²

Outro exemplo de contrato pós-moderno e em crescimento na sociedade brasileira é o de planos funerários. Morrer dignamente e sem onerar os seus familiares também é hoje um anseio dos consumidores, em especial dos consumidores de baixa renda e idosos em geral. Desenvolveram-se assim muitas práticas para que estes consumidores pudessem, em prestações módicas, comprar seus túmulos e jazidos, organizar seus serviços funerários com antecedência e mesmo assegurar os “riscos” de morte de várias pessoas de suas famílias. Desde a década de setenta, as funerárias brasileiras começaram a oferecer os chamados “fundos mútuos”, grupos fechados de até 500 famílias, em que a cada grupo de 10 funerais uma taxa era cobrada, além da taxa de inscrição no grupo. Este modelo trouxe como benefício para a sociedade a diminuição das práticas emocionais e agressivas entre funerárias, na disputa ou concorrência para obter o contrato de sepultamento das pessoas recém-falecidas em hospitais, delegacias, clínicas e demais locais de ocorrência. Também trouxe como benefício direto para os consumidores a possibilidade de divisão, previsão e transferência destes riscos de fortes gastos, em caso de falecimento familiar, principalmente para as classes de média e de baixa renda.

Ocorre que agora este modelo evolui para planos de assistência funerária total, muito comuns no interior do País, onde pessoas simples “vinculam-se” a funerárias por anos a fim de “cobrir” sua morte e de pessoas a elas ligadas. Modelo contratual difícil e desregulado, distingue-se do seguro decesso, pois é fornecido pelas pequenas funerárias. O Código de Ética e Auto-Regulamentação do Setor Funerário, organizado pela Abredif – Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários, define, em seus arts. 21 e 22, serviço funerário futuro como “todo aquele oferecido através de contrato de promessa de prestação de serviço futuro”, e planos funerários como “planos de assistência que visam oferecer serviço funerário e outros benefícios de caráter pecuniário ou não estritamente dentro das condições estabelecidas em contrato de adesão, registrado em cartório de títulos e documentos”.

⁽⁵²¹⁾ Assim também Ghersi/Weingarten/Ippolito, p. 252.

⁽⁵²²⁾ Meu artigo Solidariedade na doença e na morte, p. 27-29.

Estes contratos de pré-pagamento de serviços funerários distinguem-se dos contratos de serviços funerários imediatos e de compra de jazigos e sepulturas, pois estes têm como objeto serviços e produtos para fornecimento imediato e único e os outros vinculam o fornecedor e um grupo (familiar) de consumidores por vários anos, até que ocorram os falecimentos “cobertos” pelos serviços pré-pagos. São serviços contratados para um grupo familiar de até 7 pessoas e seu equilíbrio financeiro advém justamente da formação de um grande grupo de pessoas contratantes (até 500 contratos) e dos anos de pré-pagamento desta clientela cativa, o que diminui os custos dos fornecedores e permite maior previsão de despesas. Quatro são os enquadramentos possíveis destes serviços funerários em grupo: a) como modalidade *sui generis* de captação antecipada da poupança popular mediante promessa de contraprestação em serviços de natureza funerária e diversa no futuro; b) como atividade financeira associativa análoga aos consórcios e/ou fundos mútuos; c) como espécie nova de seguro-funerário; d) como fornecimento de serviços de assistência à saúde *lato sensu*.

Não importa o enquadramento que se dê a este contrato – a verdade é que se trata de um contrato de consumo, um contrato cativo e de longa duração, que está sendo praticado aos milhares e ao qual se devem aplicar as normas e princípios do CDC. Indiscutível que, pelas suas características, traz alguns riscos graves aos consumidores e não foi regulado pelo Estado, que ou considera o tema “desimportante” ou não vê aí a necessidade de uma ação positiva,⁵²³ confiando na ação do “mercado”.

Se hoje, no Brasil, o interesse pelos planos funerários está concentrado nas classes sociais mais pobres, a tendência mundial é diferente – anota-se o exemplo canadense.⁵²⁴ O homem pós-moderno é um sujeito de

⁽⁵²³⁾ Relembre-se que os temas referentes à morte, mesmo se regulados pelo direito privado, sempre o são através de normas de ordem pública, daí a importância da ação positiva do Estado. Assim também Justino Adriano Farias da Silva, *Tratado de direito funerário*, v. I, p. 74.

⁽⁵²⁴⁾ Veja L'Heureux, p. 200 ss, com um capítulo todo dedicado ao contrato de consumo dos “planos funerários”. Destaque-se também a lei específica do Québec e de Ontário, a regular este contrato. Seria possível tomar como modelo a lei do Québec, *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture* (L.R.Q., c. A-23.001, com última modificação em 01.04.1998), que impõe o modelo de captação de poupança popular solidária. Esta lei impõe um depósito em fideicomisso dos valores captados antecipadamente (art. 19), em

direitos até na morte: quer uma morte independente, que não onere seus familiares, que não “incomode” em demasia. Este sujeito de direitos novos quer uma morte “semiplanejada”, planejada e decidida por ele, pelo menos nos aspectos econômicos e legais, que podem dominar neste momento. Para alcançar esta segurança da morte digna, aceita contratar, prefer, transferir tarefas a terceiros que – confia – realizarão seus serviços com qualidade e boa-fé, acompanhando-o neste último contrato de consumo, a garantir um enterro digno, serviços funerários de qualidade e um fim apropriado para a imagem que forjou de si próprio.

Da mesma forma, esses contratos apresentam características semelhantes às dos contratos que envolvem planos de previdência privada, aos quais se aplica hoje o CDC.⁵²⁵ Estes contratos de previdência privada suplementar deveriam merecer maior atenção por parte da doutrina jurídica, pois são responsáveis por grande número de disputas judiciais⁵²⁶ e,

que o depositário “em confiança” é uma instituição financeira (art. 20), que mantém controle sobre quais quantias já foram retiradas pelo diretor funerário (art. 24). Ou a lei de Ontário, *Funeral Directors and Establishment Act*, R.S.O. 1990, c.F.36, com última modificação em 1999. Esta lei institui um fundo de compensação ou indenização (“Compensation Fund means the Prepaid Funeral Services Compensation Fund established under the regulations” – definição do art. 1.º), depositado em uma das três instituições financeiras autorizadas para tal por lei (art. 1.º). Mais detalhes em meu artigo *Solidariedade na doença e na morte*, p. 22 e 23.

⁽⁵²⁵⁾ Assim o STJ, REsp 119.267/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 04.12.1999, DJ 06.12.1999: “Processual civil – Ação de prestação de contas – Planos de benefícios (saúde e renda mensal) – Previdência privada complementar – Lei 8.078/90, art. 93, I – Normas adjetivas de aplicação imediata – Foro de eleição rejeitado – Contrato de adesão. I – À ação de prestação de contas movida após a vigência do Código do Consumidor devem ser aplicadas as normas adjetivas dele constantes relativas ao foro competente que, no caso dos autos, fixa-se onde poderá se produzir o dano, pelo recebimento, a menor, pelo autor, em seu domicílio, das prestações devidas pela entidade de previdência privada. II – Não prevalência, de outro lado, do foro contratual de eleição, visto que não se configura em livre escolha do consumidor, mas mera adesão a cláusula pré-estabelecida pela instituição previdenciária que seleciona a comarca onde tem sede, implicando em dificultar a defesa da parte mais fraca, em face dos ônus que terá para acompanhar o processo em local distante daquele onde reside. Precedentes”.

⁽⁵²⁶⁾ Veja, por exemplo, REsp 187192/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 13.02.2001; REsp 284479/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 05.12.2000;

muitas vezes, em virtude da defasagem do valor das prestações e pensões pagas, atentam contra a dignidade do consumidor ou beneficiário. As históricas decisões do STF, permitindo a substituição do valor do salário mínimo por outros índices de atualização monetária,⁵²⁷ acabaram por frustrar as expectativas (legítimas) dos consumidores, que contribuíram por anos para este sistema de empresas privadas e hoje recebem menos que um terço do salário mínimo mensal e muito menos do que se tivessem simplesmente investido tais quantias. A jurisprudência posterior ao CDC tem reconhecido a necessidade de a administradora garantir ao menos a atualização monetária das prestações pagas pelos participantes consumidores, e sugestões existem para que este setor seja regulamentado com mais rigor e seja introduzido no direito brasileiro o princípio do “administrador prudente” (*prudent person rule*) previsto na legislação americana sobre fundos de pensão.⁵²⁸

A jurisprudência do STJ, em face da quebra do equilíbrio financeiro, a ameaçar os objetivos do contrato, a violar a boa-fé na execução deste tipo de contrato, por natureza “de previsão” e “de equilíbrio futuro”, e em face dos valores ínfimos hoje pagos nos contratos antigos, tem garantido aos consumidores o direito de restituição das quantias pagas, monetariamente corrigidas, se o não interesse do consumidor em receber mensalmente estas ínfimas quantias levar ao pedido de extinção do contrato, por inadimplência das expectativas legítimas (art. 389 do CC/2002). Esta solução sábia evita o enriquecimento ilícito dos fornecedores e pune de forma exemplar a quebra da confiança depositada por estes consumido-

AGA 301363/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.11.2000; 4.ª T., REsp 219677/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 14.11.2000; e 4.ª T., REsp 198604/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.06.2000.

⁽⁵²⁷⁾ Veja as decisões do STF, em especial o *leading case* RE 110.930/RS, rel. Min. Sydney Sanches, j. 10.04.1987: “Previdência privada – APLUB – Reajuste do benefício previdenciário, com invocação de direito adquirido decorrente de relação contratual – Incidência imediata de lei nova, de ordem pública (n. 6.435/77), regulando, a partir de sua vigência, a atualização das contribuições e benefícios, previstos em relação jurídica contratual de trato sucessivo, sem afronta a suposto direito adquirido, sobretudo por não acarretar desequilíbrio social ou jurídico” – RTJ 121, p. 776 ss, No mesmo sentido, RTJ 121, p. 705 ss.

⁽⁵²⁸⁾ Assim manifestou-se Ronaldo Porto Macedo Júnior, no trabalho apresentado ao 4.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Gramado, 8 de março de 1998, intitulado *Os contratos previdenciários, a informação adequada e riscos do consumidor*.

res ao longo de tantos anos.⁵²⁹ Assim ensina o STJ: “Previdência privada – Pensão. Pedido de restituição das contribuições em face da insignificância da pensão mensal que a Capemi se dispõe a pagar, depois de 25 anos de contribuição. Recurso conhecido e provido”,⁵³⁰

A jurisprudência estadual também assegura este direito de restituição das quantias pagas às empresas de previdência privada (certa portabilidade desta poupança) quando o consumidor não pode mais contribuir,⁵³¹ tendo como base o princípio da boa-fé e a lista de cláusulas abusivas do CDC. Ensina o TJDF:

“Direito previdenciário – Código de Defesa do Consumidor – Participante de fundo de previdência privada – Devolução da reserva de poupança – Possibilidade – Recurso improvido.

“I – A atividade desenvolvida pelas entidades de previdência privada enquadra-se no conceito de ‘serviço’ estatuído pelo CDC, sendo, pois,

⁽⁵²⁹⁾ Assim as decisões mais recentes, como o REsp 261793/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 30.01.2001, cuja ementa é: “Previdência privada complementar – Restituição das importâncias pagas. 1 – O que determina a restituição das importâncias pagas, mesmo antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, é a natureza do contrato de previdência privada complementar, sendo impossível, sob pena de enriquecimento ilícito, impedir o beneficiário demitido da empresa patrocinadora de receber os valores que pagou para assegurar uma aposentadoria mais confortável”.

⁽⁵³⁰⁾ Assim o *leading case* REsp 175568/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29.03.1999, DJ 18.02.1999, em que se lê, frisando a importância da confiança do consumidor, o seguinte: “A entidade de previdência descumpriu o contrato ao deixar de atribuir ao associado a pensão no valor equivalente ao prometido quando da celebração do contrato. E essa situação decorreu de omissão dela, deixando que as condições do negócio se deteriorassem progressivamente a ponto de, no final do prazo, a prestação do associado não permitir o pagamento de outra pensão que não aquela oferecida. (...) é necessário reconhecer que a tanto se chegou por desatenção da entidade à obrigação contratada, descumprindo com o seu dever de executar o contrato de modo a atender ao inicialmente avençado e à justa expectativa do contribuinte. (...) Logo, deve ser reconhecida sua inadimplência (art. 1.056 do CC) [art. 389, CC/2002], causa de extinção do contrato, com a consequente obrigação de restituir o que recebeu, para que sejam as partes repostas na situação anterior” (p. 4 do voto original).

⁽⁵³¹⁾ Outro motivo identificado pela jurisprudência estadual é a extinção da instituição administradora e a cessão de carteira: TAMG, Ap.Cív. 0213070, j. 15.05.1996, RJTAMG 63/179.

de se aplicá-lo às relações havidas entre as referidas entidades e seus associados.

“II – A visão atual do direito preconiza que o princípio da autonomia de vontade cedeu lugar às medidas de proteção ao hipossuficiente, através do estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social.

“III – A negativa em se devolver a reserva de poupança ao participante não encontra guarida no ordenamento jurídico, haja vista que afronta dispositivo do CDC, que reputa nulas de pleno direito cláusulas contratuais que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia paga.

“IV – A não restituição das contribuições prestadas pelo associado que se desliga da caixa de previdência importaria enriquecimento sem causa desta, uma vez que, frustrada a expectativa de aposentadoria do participante, tais valores seriam utilizados por quem não lhe deu causa.”⁵³²

A demonstrarem a importância crescente do assunto duas súmulas recentes do STJ (n. 290 e n. 291)⁵³³ tratam do contrato, mas interessa aqui destacar aquela que especifica justamente o direito a uma prestação justa ou devolução das quantias, a Súmula 289 do STJ: “A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”.

A importância desta visão jurisprudencial é enorme, pois, com a melhoria do nível de vida na sociedade e com a tendência crescente de privatização, este contrato cativo de longa duração tende a multiplicar-se também no mercado brasileiro, já atingindo milhões de cidadãos, perante o desejo do consumidor de garantir-se e a sua família contra os riscos futuros.⁵³⁴ Este importante serviço oferecido no mercado e a relação contra-

⁽⁵³²⁾ TJDF, EI na Ap.Cív. 50.031/98, rel. Des. Nívio Gonçalves, j. 22.09.1999, RT 775/326.

⁽⁵³³⁾ Súmulas do STJ afirmam: “291. A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos”. “290. Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador.”

⁽⁵³⁴⁾ Como ensina Macedo Jr., *Contratos relacionais*, p. 322 ss, trata-se de contratos complexos, em face do número de participantes, a dificuldade de serem convertidos (cálculos atuariais etc.), a sua duração longa e término indeterminado (com a morte ou aposentadoria do estipulante inicia-se o contrato ou nem sempre acaba com a morte do primeiro beneficiário); sua natureza de contrato de adesão, em que o desequilíbrio de poderes e conhecimentos é flagrante.

tual resultante da vinculação do consumidor durante anos a determinada empresa de previdência privada estão mencionados expressamente no art. 3.º do CDC, e, como novos contratos de consumo, devem obedecer às novas linhas de equidade e boa-fé impostas pelo CDC. Aqui há direito de informação e controle pela coletividade de consumidores assegurados expressamente até mesmo na Constituição Federal (art. 202, § 1.º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998).⁵³⁵ A interpretação deste contrato deve ser sempre a favor do consumidor.⁵³⁶ Assim decidiu o STJ: “Civil e processo civil – Recurso especial – Embargos de declaração protelatórios – Previdência privada – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (...) II – Aplicam-se os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre a entidade de previdência privada e seus participantes” (REsp 306155/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.11.2001, DJ 25.02.2002).

Note-se também que muitos desses contratos, por sua longa duração, são anteriores ao CDC, mas, como reconhece o STJ, as regras processuais do CDC aplicam-se a estas lides, assim como o princípio de boa-fé iluminado agora pelo CDC.⁵³⁷ A jurisprudência estadual prefere ver nas

⁽⁵³⁵⁾ O texto é: “Art. 202, § 1.º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos”.

⁽⁵³⁶⁾ Assim o TJRS, Ap.Cív. 598417772, rel. Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, j. 22.09.1999: “Previdência privada – Pecúlio – Resgate – Interpretação de cláusula – Arts. 47 e 54, § 3.º, do CDC. A dificuldade de compreensão de cláusula em contrato de adesão depõe contra o predisponente, nos termos do art. 54, § 3.º, do CDC, devendo ser interpretada do modo ‘mais favorável ao consumidor’ (art. 47 do CDC)”.

⁽⁵³⁷⁾ Veja decisão sobre o tema no STJ: “Processual civil – Ação de prestação de contas – Planos de benefícios (saúde e renda mensal) – Previdência privada complementar – Competência – Foro do local do possível dano – Lei 8.078/90, art. 93, I – Normas adjetivas de aplicação imediata – Foro de eleição rejeitado – Contrato de adesão. I. A ação de prestação de contas movida após a vigência do Código do Consumidor devem ser aplicadas as normas adjetivas dele constantes relativas ao foro competente. (...) II. Não prevalência, de outro lado, do foro contratual de eleição, visto que não se configura em livre escolha do consumidor, mas mera adesão a cláusula pré-estabelecida pela instituição previdenciária, que seleciona a comarca onde tem sede, implicando em dificultar a defesa da parte mais fraca, em face dos ônus que terá para acompanhar o processo em local distante daquele onde reside. Precedentes. III. Recurso conhecido e provido” (4.ª T., REsp 119267/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 06.12.1999).

renovações dos contratos nova vontade do consumidor e aplicar o CDC, como nesta bela decisão do TJRS: “Disposição estatutária, que impõe a inversão do ônus da prova ao exigir, quando da habilitação ao benefício, comprovação da veracidade das declarações prestadas por ocasião da contratação do pecúlio. Cláusula abusiva. Contrato de adesão. CDC. A mesma lei que protege e legitima o vínculo obrigacional relativiza a intangibilidade do contrato e abre espaço para o controle judicial. Cláusula que clama por interpretação consentânea com o princípio da boa-fé a tutelar os contratos não apenas no momento de sua criação, mas principalmente no de sua execução”.⁵³⁸

Resumindo, em todos estes contratos de seguro, de planos de saúde, planos funerários e de previdência privada podemos identificar o fornecedor exigido pelo art. 3.º do CDC e o consumidor. Note-se que o destinatário do prêmio ou do plano pode ser o contratante com a empresa seguradora, organizador ou operadora (estipulante) ou terceira pessoa, que participará como beneficiária do seguro ou plano. Nos dois casos, há um destinatário final do serviço prestado pela empresa seguradora, organizador ou operadora. Como vimos, mesmo no caso do plano de saúde, em que o serviço é prestado por especialistas contratados pela empresa (auxiliar na execução do serviço ou preposto), há a presença do *consumidor* ou alguém a ele equiparado, como dispõe o art. 2.º e seu parágrafo único.

e) *Contratos bancários e de financiamento* – Surpreendentemente, um dos mais recorrentes temas de discussão sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a um ramo de consumo no Brasil⁵³⁹ foi o dos contratos bancários e de financiamento. Cabe à jurisprudência unívoca do STJ conseguir pacificar a questão, que hoje conta inclusive

⁽⁵³⁸⁾ TJRS, 1.ª CCFérias, Ap.Cív. 599008554, rel. Des. Genaro José Baroni Borges, j. 20.04.1999.

⁽⁵³⁹⁾ Surprende a força da resistência da Federação dos Bancos no Brasil, pois tal discussão não é comum nos países principais de direito comparado, todos países (pós e altamente) industrializados e capitalistas (veja Cartwright, p. 3-24). Surpreende que apareça justamente no Brasil, país emergente, de capitalismo com financiamento público para a atividade privada, país fortemente bancarizado. Sendo assim, apesar de superada (cientificamente) a questão, nunca é demais reforçar os argumentos antes utilizados. Neste sentido, nesta edição, tomo a liberdade de reproduzir estudos meus mais aprofundados e jurisprudência mais recente.

com uma ADIn⁵⁴⁰ sobre a pretensa inconstitucionalidade do § 2.º, *in fine*, do art. 3.º do CDC, que visa retirar as discussões que envolvem juros do Judiciário estadual.⁵⁴¹ Neste sentido, desde a 4.ª edição, tomo a liberdade de reproduzir estudos meus mais aprofundados e dividir minhas observações em 4 temas: 1) a análise dos contratos bancários mais comuns; 2) a análise do conteúdo e natureza da norma do art. 3.º, § 2.º, *in fine*, do CDC diante da Constituição; 3) a análise dos demais argumentos dos bancos para defenderem o privilégio da não aplicação do CDC às suas condutas perante os consumidores; 4) a análise do consumidor de serviços bancários. Nesta 5.ª edição destacarei também as recentes e numerosas súmulas do STJ que tratam dos contratos bancários (n. 308, 302, 300, 297, 296, 295, 294, 293, 289, 287, 286, 285, 284, 283, 281, 280, 259, 258, 247, 233) e, em especial, a Súmula 297 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

1. Análise dos contratos bancários mais comuns: os depósitos

Podemos denominar, genericamente, contratos bancários aqueles concluídos com um banco ou uma instituição financeira. Entre eles destacam-se o depósito bancário, o depósito em conta corrente, a conta poupança, ou a prazo fixo, o contrato de custódia e guarda de valores, o contrato de abertura de crédito, o de empréstimo e o de financiamento.⁵⁴² Na

⁽⁵⁴⁰⁾ ADIn 2.591, Confederação Nacional do Sistema Financeiro-CONSIF, de 26.12.2001.

⁽⁵⁴¹⁾ O TJRS, por exemplo, limita os juros, proíbe a capitalização de juros, como se observa na Ap.Cív. 598133890, rel. Des. Bayard Ney Freitas Barcellos, j. 23.09.1998: “Contratos bancários – Revisão – Juros – Vigora a limitação constitucional e da legislação infraconstitucional”; e na Ap.Cív. 1980803450, rel. Des. Roberto E. da Cunha Sobrinho, j. 30.09.1998: “Embargos à execução – Intervenção do juiz nos contratos. Poder imaneente conferido pela lei maior ao juiz para intervir nas relações jurídicas sempre que estas se mostrem abusivas”. Veja a mesma linha no TJRJ, considerando a capitalização dos juros abusiva, no EI 283/97 na Ap.Cív. 8028/96, rel. Des. Sylvio Capanema de Souza, j. 15.04.1998, *Revista de Direito Privado* 1, p. 216 ss.

⁽⁵⁴²⁾ Efling, *Contratos e procedimentos bancários à luz do CDC*, p. 104 ss, lista os seguintes “contratos e procedimentos bancários”: contrato de abertura de crédito, contrato de desconto de títulos, contrato de cobrança de títulos, contrato de câmbio, contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil, contrato de seguro, contrato de cartão de crédito, contrato de conta corrente, contrato de financiamento (*per se*, ao consumidor, crédito comercial, industrial, rural, imobiliário,

sociedade atual, os contratos bancários popularizaram-se, não havendo classe social que não se dirija aos bancos para levantar capital, para recolher suas economias, para depositar seus valores ou simplesmente pagar suas contas. É o contrato de adesão por excelência, é uma das relações consumidor-fornecedor que mais se utiliza do método de contratação por adesão e com “condições gerais” impostas e desconhecidas.

A possibilidade de o consumidor obter imediatamente uma prestação, um bem, um serviço, seja sob a base contratual de um mútuo, de uma venda ou mesmo de um *leasing*, enquanto o fornecedor do crédito aceita esperar até certo tempo para só então exigir o seu pagamento, em outras palavras, o fornecimento de crédito ao consumo, é considerada hoje um dos fatores mais importantes da atual sociedade de consumo de massa.⁵⁴³ A operação que envolve crédito é intrínseca e acessória ao consumo,⁵⁴⁴ utilizada geralmente como uma técnica complementar e necessária ao consumo,⁵⁴⁵ seja pela população com menos possibilidades econômicas e sociais, que se utiliza seguidamente das vendas à prestação, seja pelo resto da população para adquirir bens de maior valor, como automóvel ou casa própria, ou simplesmente para alcançar maior conforto e segurança nas suas compras, utilizando o sistema de cartões de crédito.⁵⁴⁶ A massificação do crédito e um pós-moderno entusiasmo pelo consumo com

habitacional etc.), certificado de depósito bancário, contrato de poupança, contrato de caixas de segurança ou cofres individuais”. Aqui preferimos analisar os depósitos e contratos de financiamento (cartão de crédito, *leasing* massificado, crédito ao consumidor), mais voltados para as pessoas físicas, em suas atividades não profissionais. Note-se que o STJ aplica o CDC inclusive para a cédula rural – veja, por todos, REsp 177637/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.10.1999.

⁽⁵⁴³⁾ Calais-Auloy/3.ª, p. 257.

⁽⁵⁴⁴⁾ A interdependência do consumo como o conhecemos e o crédito é tão grande que o *Code de la Consommation* francês destaca um livro para tratar do “endividamento”, regulando no primeiro título o crédito (direto e indireto ao consumidor) em todas as suas formas acessórias ao consumo, art. 311-1 ss.

⁽⁵⁴⁵⁾ Veja conclusões de Howells, p. 176, que traz anexo o texto da Diretiva europeia 87/102 de 1986 sobre crédito ao consumo, com suas modificações.

⁽⁵⁴⁶⁾ Calais-Auloy, desde 1975, propugna por um maior controle desta acessoriedade do crédito, chamando a atenção para a importância prática e teórica de proibições legais e controle no que concerne aos contratos de crédito – Les cinq réformes qui rendrait le crédit moins dangereux pour les consommateurs, *Recueil Dalloz*, Chron., p. 21.

pagamento postergado têm trazido problemas de insolvência em países (pós) industrializados de primeiro mundo,⁵⁴⁷ mas também no Brasil.⁵⁴⁸

Desde a quarta edição pareceu-nos útil refletir um pouco mais sobre os serviços bancários típicos, as chamadas operações, dentre as quais se destacam os contratos de depósito. Segundo a doutrina bancária, o contrato de depósito em bancos e instituições financeiras é uma só espécie contratual (*depositum*)⁵⁴⁹ com três modalidades: depósito à vista, depósito a prazo e depósito de poupança. Para Nelson Abrão, o depósito “à vista é aquele que fica a disposição do depositante para ser sacado a qualquer momento. Depósito a prazo é o suscetível de retirada depois de decorrido certo tempo prefixado no contrato (prazo fixo) ou estabelecido posteriormente pelo depositante em uma notificação (aviso prévio). O depósito de poupança é um sistema de captação de recursos populares, incentivado pelo governo, com a finalidade de possibilitar o financiamento de bens móveis de uso durável ou imóveis. A esse tipo de depósito se creditam, a cada 30 dias, juros e correção monetária”.⁵⁵⁰

O contrato de depósito vem definido no art. 627 do Código Civil de 2002 como o contrato pelo qual “recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. O objeto móvel, bem juridicamente consumível *ex vi lege* (art. 86 do Código Civil), é aqui o dinheiro que recebe o banco em “custódia” e para “administração”.⁵⁵¹ Segundo o mestre português Menezes Cordeiro,⁵⁵² esta forma contratual acolhe uma figura romana clássica, o *depositum*, que foi estruturado como *bonae fidei iudicium*, caracterizando-se, nessa época, como um contrato consensual e real (pois exigia para sua compleição a entrega da coisa), e era então

⁽⁵⁴⁷⁾ Veja detalhes em Ramsay, *Overindebtness and the law*, p. 192 ss, que menciona dados de 1997, segundo os quais uma em 96 famílias norte-americanas teria pedido “falência civil”, totalizando mais de um milhão de famílias. Veja também o mencionado artigo de Calais-Auloy e o *Code de la Consonnation* francês.

⁽⁵⁴⁸⁾ Sobre o tema, José Reinaldo de Lima Lopes, *Crédito ao consumo e superendividamento*, p. 109 ss.

⁽⁵⁴⁹⁾ Assim ensina Menezes Cordeiro, *Estudos de direito bancário*, p. 467, considerado o “acto bancário” mais típico. Assim também Abrão, p. 69.

⁽⁵⁵⁰⁾ Abrão, p. 73.

⁽⁵⁵¹⁾ Assim também Clóvis Beviláqua, *Código Civil comentado – Direito das obrigações*, v. 1, p. 226.

⁽⁵⁵²⁾ Menezes Cordeiro, *Estudos de direito bancário*, p. 467.

essencialmente gratuito. Também em Portugal, no belo Código de Seabra, o depósito – art. 1.431 ss – era incluído entre os contratos de prestação de serviço, “*contrato assente numa absoluta confiança do depositante sobre o depositário*”.⁵⁵³

Segundo o autor brasileiro Nelson Abrão, inspirado no antigo art. 866 do Projeto de Código Civil de 1975, “deve entender-se, por depósito pecuniário ou bancário, o contrato pelo qual uma pessoa entrega quantias em dinheiro a um banco, que se obriga a restituí-las, por solicitação do depositante, nas condições previstas”.⁵⁵⁴ Dentre as condições previstas pode estar a “percepção de frutos, como os juros e correção monetária”,⁵⁵⁵ “a partir do trigésimo dia”,⁵⁵⁶ em caso de depósito chamado de poupança, a conhecida poupança popular, não havendo rendimento algum ou perda dos frutos caso o montante depositado seja retirado antes do prazo de 30 dias.

A conta poupança oferecia dificuldades extras para seu enquadramento como relação submetida ao CDC, pois é até hoje no Brasil “gratuita”, isto é, o consumidor nada despense para manter esta conta de depósito. Neste sentido, parece-me interessante aqui analisar por que a jurisprudência do STJ considerou a poupança popular e todos esses tipos de depósitos bancários como relações de consumo, submetidos no que têm de geral ao CDC, à exceção da taxa de juros, tema ainda em discussão.⁵⁵⁷ Mister, pois, analisar conjuntamente a relação de depósito bancário, seja em conta corrente (an-

⁽⁵⁵³⁾ *Idem*, p. 468.

⁽⁵⁵⁴⁾ Abrão, p. 70.

⁽⁵⁵⁵⁾ Abrão, p. 72, e Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*, p. 347.

⁽⁵⁵⁶⁾ Assim também Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*, p. 347.

⁽⁵⁵⁷⁾ Bom exemplo desta linha é o REsp 213825/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22.08.2000, cuja ementa é: “Contrato de financiamento bancário – Nulidade de cláusulas – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Disciplina legal diversa quanto à taxa dos juros remuneratórios. Tratando-se de empréstimo tomado por consumidor final, a operação creditícia realizada pelo banco submete-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de prestador de serviços especialmente contemplado no art. 3.º, § 2.º, do citado diploma legal. Diversa é, porém, a disciplina legal tocante à taxa dos juros remuneratórios, área esta regida por legislação específica. Segundo assentou o C. Supremo Tribunal Federal, o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar e, enquanto não advier esta, observar-se-á a legislação anterior à Constituição de 1988 (ADIn 4-DF). Fundamentação distinta expendida a respeito pelos Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar”.

tiga conta remunerada, especial ou não), seja em conta a prazo (com investimento fixo), seja em conta poupança (visando rendimentos ou pelo menos segurança contra a inflação), tendo em vista a conexidade desses tipos contratuais e os sujeitos envolvidos. Os temas são conexos em virtude da própria prática (comercial) bancária atual, em que o cliente se vincula (leia-se, contrata) a um banco múltiplo, que múltiplos e conexos serviços lhe oferece, inclusive o de administrar e remunerar suas contas, o de garantir seu numerário contra a inflação ou mesmo investir sua poupança. Aqui não desejo analisar os serviços de investimento *stricto sensu*, motivo pelo qual não analisaremos em detalhes os depósitos a prazo, mas, sim, o serviço *sui generis* de captação e administração da poupança popular de pessoas físicas em um mercado tão “bancarizado” como o brasileiro.

A poupança popular é um “investimento” *sui generis* na sociedade brasileira e merece a nossa atenção. São justamente as pessoas físicas, partes fracas na relação contratual, que procuram contratos mais simples, contratos bancários tradicionais e revestidos de uma segurança quase estatal e de um certo interesse (de ordem) público. Aqueles que menos têm e menos compreendem, na complexa relação atual banco-cliente, são justamente aqueles que procuram espécies de garantias mais singelas, de contratos menos complexos, que comprovaram resistir ao furor inflacionário até 1994 e às constantes mudanças da economia, mesmo que estes contratos bancários e financeiros, estas relações, lhes sejam menos rendosas, como a poupança. De outro lado, a poupança não é atividade benemérita e sem fim de lucro por parte das entidades bancárias. É notório que, dentre as fontes de captação de dinheiro no mercado, a *poupança popular* é uma espécie de fatia privilegiada, dinheiro “barato”, “seguro”, “fixo” por 30 dias, mesmo em épocas de grande inflação, e pelo qual o banco – legalmente – está autorizado a ressarcir apenas 6,7% ao ano, quando os juros normais chegam a 40% ou mais! A poupança é um dinheiro tão bem-vindo, apesar do depósito compulsório de 75% no Banco Central (depósito este, afirme-se, apenas *escritural*), que as entidades bancárias gastam fortunas em *marketing* para sustentar seu mais rendoso dos depósitos, o chamado “sistema” de captação da poupança popular... para com este dinheiro barato realizar suas operações de crédito típicas...

Repita-se que, apesar da gama de serviços e de investimentos hoje possíveis no mercado bancário e financeiro brasileiro, os mais vulneráveis, os que menos compreendem o acelerado ritmo atual das relações bancárias, são os que seguramente delas necessitam por conjuntura eco-

nômica, ou para manterem seu *status* no mercado, como agentes econômicos ativos e de consumo (*homo economicus*). Esses leigos não investem, nem arriscam o pouco que conseguem guardar. Tendem a poupar e a escolher o depósito de poupança, como (única) saída viável para se protegerem contra a inflação, assim como tendiam – antes de 1994 – a depositar todo o seu numerário em bancos, em contas que lhes remunerariam pelo menos a corrosão inflacionária.

Os temas são logicamente dependentes e mesmo – em certa maneira – prejudiciais. Isto é, se o depósito em conta corrente (à vista) não fosse considerado relação de consumo, muito menos o seria o depósito em poupança, considerada ademais, por muitos, como uma simples aplicação financeira. De outro lado, *contrario sensu*, se considerássemos que a poupança não é relação de consumo, surgiria uma sombra negra de dúvida sobre se alguma relação de depósito bancário (hoje múltipla, e em muitos bancos já conexa automaticamente com poupanças, com seguros e outros contratos anexos) poderia ser no futuro novamente considerada de consumo. Mister, portanto, que se analisem e esclareçam os dois pontos conjuntamente, sob pena de um prejudicar injustamente o outro.

Ainda, no mesmo sentido, se os importantíssimos contratos de depósito bancário (simples ou não) fossem considerados como relações não-de-consumo para o efeito de afastarem a incidência do CDC, criar-se-ia forte dúvida sobre se a atividade bancária, em algum outro momento, estaria submetida às regras de tutela especial do consumidor, isto é, se seria a atividade bancária em si atividade de fornecimento de serviços e produtos no mercado.

A Súmula 297 do STJ pacificou a questão, afirmando: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. A jurisprudência atual do STJ aplica o CDC aos contratos assinados entre o consumidor e as instituições bancárias impondo a boa-fé às condutas das instituições financeiras, como em casos de extravio de cheque,⁵⁵⁸ recusa de exibição de documentos,⁵⁵⁹ manutenção do nome do devedor em cadastro quando há contestação judicial da dívida,⁵⁶⁰ multa moratória,⁵⁶¹

⁽⁵⁵⁸⁾ REsp 238.016/SP e 239.702/RJ,

⁽⁵⁵⁹⁾ REsp 245.660/SE e 207.310/DF.

⁽⁵⁶⁰⁾ REsp 255.266/SP, 200.267/RS, 164.542/RS, 262.672/SE.

⁽⁵⁶¹⁾ REsp 213.825/RS, 235.200/RS e 231.208/PE, rel. Min. Ruy Rosado, DJ 19.03.2001; e REsp 57.974, rel. Min. Ruy Rosado, DJ 29.05.1995.

capitalização fora dos casos permitidos,⁵⁶² cumulação da comissão de permanência,⁵⁶³ denegação da eleição de foro privilegiado⁵⁶⁴ e poupança,⁵⁶⁵ mas não quanto ao limite de juros (regulados justamente pela Lei 4.595),⁵⁶⁶ nem quanto à liberação dos valores depositados em instituição financeira sob o regime de liquidação extrajudicial.⁵⁶⁷ A Súmula 283 do STJ estabeleceu um privilégio para as empresas de administração de cartão de crédito e afirma: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”. Já a revisão de toda a relação bancária no tempo e do conjunto contratual foi permitida pela Súmula 286 do STJ: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

Em matéria de poupança popular afirmou o STJ: “Caderneta de poupança – IDEC: legitimidade ativa para cobrar diferenças relativas ao mês de janeiro de 1989 – Legitimidade passiva do banco depositário – IPC de

⁽⁵⁶²⁾ REsp 235.200/RS, 258.647/RS e 244.076/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 30.04.2001.

⁽⁵⁶³⁾ REsp 287.828/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 27.08.2001, e AGA 296.516/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, DJ 05.02.2001.

⁽⁵⁶⁴⁾ REsp 190.860/MG, 159.931/SP, 201.195/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 07.05.2001.

⁽⁵⁶⁵⁾ REsp 106.888/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 28.03.2001.

⁽⁵⁶⁶⁾ REsp 132.986/SC, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 10.11.1997; veja também REsp 213.825/RS, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 27.11.2000; REsp 235.200/RS, 184.237/RS, 258.647/RS. Veja, por todos, a decisão: “Revisão de contrato – Código de Defesa do Consumidor – Juros – Capitalização – Súmula 60 e Súmula 30 da Corte – Precedentes. 1. Já decidiu a Corte, em inúmeros precedentes, que se aplica às instituições financeiras em contratos do tipo o Código de Defesa do Consumidor. 2. Os juros, no plano infraconstitucional, seguem a disciplina contida na Súmula 596 do C. Supremo Tribunal Federal. 3. A capitalização é vedada, salvo quando expressamente autorizada pela legislação de regência, o que não ocorre neste feito. 4. É possível a cobrança da comissão de permanência, mas, no caso, aplica-se a Súmula 30 da Corte, identificada a cumulação pela sentença. 5. Não pode o Tribunal de origem decidir de ofício sobre a cláusula mandato. 6. Recurso especial conhecido e provido, em parte (STJ, 3.ª T., REsp 280964/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 20.08.2001).

⁽⁵⁶⁷⁾ REsp 239.704/BA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.02.2001.

42,72%. 1. Seguindo orientação adotada pela 2.ª Seção, no julgamento do REsp 106.888/PR, relator o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, com ressalva do meu posicionamento, as entidades de proteção ao consumidor, ante a existência de relação de consumo, têm legitimidade ativa para propor ação civil pública contra instituições financeiras para que os poupadores recebam diferenças de remuneração de cadernetas de poupança eventualmente não depositadas nas respectivas contas. 2. A instituição financeira depositante é parte passiva legítima para responder pelas diferenças de rendimentos nas cadernetas de poupança no período de janeiro de 1989. 3. Os critérios de remuneração estabelecidos no art. 17, I, da Lei 7.730/89 não têm aplicação às cadernetas de poupança com período mensal iniciado até 15.01.1989. Entretanto, o IPC de janeiro de 1989, conforme jurisprudência pacífica deste Tribunal, corresponde a 42,72%, não a 70,28%. 4. Recurso especial conhecido e provido parcialmente” (STJ, 3.ª T., REsp 170078/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.04.2001).⁵⁶⁸

Em resumo, aos contratos bancários envolvendo consumidores e a todos os acidentes de consumo envolvendo os serviços bancários⁵⁶⁹ (equiparação das vítimas a consumidores) aplicam-se as normas e princípios do CDC.

2. Análise do conteúdo e natureza da norma do art. 3.º, § 2.º, *in fine*, do CDC diante da Constituição

Efetivamente, a caracterização do banco ou instituição financeira como *fornecedor* está positivada no art. 3.º, *caput*, do CDC e *especial-*

⁽⁵⁶⁸⁾ No mesmo sentido, o *leading case* do STJ, 3.ª T., REsp 240383/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.05.2001, e as seguintes decisões: STJ, 3.ª T., REsp 170078/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.04.2001; 3.ª T., REsp 160875/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.04.2001; 3.ª T., REsp 138540/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29.03.2001; 3.ª T., REsp 240383/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.05.2001; 4.ª T., REsp 160288/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 10.04.2001; 4.ª T., REsp 141678/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.04.2001; 4.ª T., REsp 121067/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.04.2001; 3.ª T., REsp 152095/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 22.05.2001; 5.ª T., REsp 209259/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 07.12.2000.

⁽⁵⁶⁹⁾ Como ensina Cavalieri, no artigo Responsabilidade civil das instituições bancárias, *RDC* 34, p. 105 ss, o fato do serviço bancário é um defeito de segurança com dano ao consumidor (roubo de talonário, erro no envio, cheques falsos, *hackers* que roubam senhas, retiradas não autorizadas, cobranças erradas referentes a motéis – p. 107, assaltos e furtos no banco etc.).

mente no § 2.º do referido artigo, que menciona expressamente como *serviços* as atividades de “natureza bancária, financeira, de crédito”.

Justamente esta passagem da norma do art. 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, onde consta a expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, é que se alega ser “inconstitucional” formal e materialmente. Tal alegação não procede: a regra é constitucional e deve ser interpretada conforme a própria Constituição de 1988, *matrix* maior da proteção dos consumidores.

Como ensina o mestre alemão Reinhold Zippelius, visto genericamente, o direito regula condutas,⁵⁷⁰ e todas as normas estão voltadas ou servem à ordenação de comportamentos sociais.⁵⁷¹ Mas, como ensina o mestre brasileiro Miguel Reale,⁵⁷² há que se diferenciar o conteúdo e a classificação das normas jurídicas: há *normas de conduta e normas de organização*! A função, a aplicação e as conseqüências dessas normas são diferentes e devem ser distinguidas pelo jurista, sob pena de inviabilizar e quebrar a coerência⁵⁷³ do sistema jurídico e frustrar a finalidade (*ratio legis*) de cada uma destas categorias de normas!

Por *normas de conduta* entendem-se aquelas cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento dos indivíduos ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral.⁵⁷⁴ No dizer de Karl Engish, dirigem-se “a uma determinada conduta dos súbditos” e exigem “esta conduta com vista a determinar sua realização”,⁵⁷⁵ e possuem internamente uma série de subca-

⁽⁵⁷⁰⁾ Assim Zippelius inicia seu livro: “Das Recht ist Verhaltensregelung” (*Juristische Methodenlehre*, p. 1).

⁽⁵⁷¹⁾ Assim conclui Zippelius (*Juristische Methodenlehre*, p. 1): “Rechtstnormen [dienen] der Ordnung des Handelns”. Assim também Grau, *Direito*, p. 139, n. 164.

⁽⁵⁷²⁾ Reale, *Lições preliminares*, p. 105, citado por Grau, *Direito*, p. 138, n. 163.

⁽⁵⁷³⁾ Como ensina Perelman: “L’argument a coherentia est celui qui, partant de l’idée qu’un législateur raisonnable, et que l’on suppose aussi parfaitement prévoyant, ne peut pas régler une même situation de deux façons incompatibles, il existe une règle permettant d’écarter l’une des deux dispositions provoquant l’antinomie” (*Logique juridique, nouvelle rhétorique*, apud Goyard-Fabre e Seve, p. 327).

⁽⁵⁷⁴⁾ Assim, citando a lição de Miguel Reale (*Lições preliminares*, p. 105), Grau, *Direito*, p. 138, n. 163. Para este autor, existem pelo menos três categorias diferentes de normas: normas de conduta, normas de organização e normas-objetivo (antigamente e – segundo o autor – erroneamente chamadas de normas programáticas).

⁽⁵⁷⁵⁾ Engish, p. 38.

tegorias: “definições legais”, “permissões”, “proibições”, “denegações de efeito” (ofensa à lei, à boa-fé, aos bons costumes), “autorizações”, “prescrições” (comandos, que fazem nascer deveres), normas interpretativas e “normas atributivas” (que conferem direitos subjetivos).⁵⁷⁶

Exemplos de normas de conduta podem ser encontrados nas citadas normas do Código de Defesa do Consumidor: o art. 3.º da Lei 8.078/90, que define o sujeito “fornecedor”, e seu § 2.º, que define “serviço”, são definições legais; o art. 20 da Lei 8.078/90, que impõe responsabilidade contratual por vício (redibitório) da prestação de obrigação (de fazer), logo, é norma prescritiva, e seu § 2.º, que interpreta ou define o que é serviço “impróprio”, é definição legal ou norma interpretativa; o art. 21, que impõe deveres para aquele que repara produtos, é norma prescritiva; o art. 23, que denega efeitos à “ignorância” do vício pelo fornecedor, é norma interpretativa ou denegatória de efeitos; o art. 2.º, parágrafo único, com a definição de consumidor equiparado, e os demais artigos citados, são todos normas de conduta.

Mencione-se, como exemplo especial de norma de conduta incluída excepcionalmente na Constituição Federal, o revogado § 3.º do art. 192 (EC n. 40), que prescrevia um limite para a taxa dos juros reais (12% ao ano = conduta) – o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo ser norma de conduta (veja-se dúvida inicial no voto do eminente Ministro Moreira Alves),⁵⁷⁷ mesmo assim decidiu: “Não é de admitir a eficácia imediata isolada do disposto no § 3.º (...) até porque estes não foram *conceituados*”, e sujeitou este parágrafo a regulamentação por lei complementar (ADIn 4).⁵⁷⁸ Com a retirada do limite, resta apenas o *caput* do art. 192 e a menção a normas de organização, o que revigora nossa tese de constitucionalidade do CDC. De qualquer maneira, mencione-se que a Lei 8.078/90, modificada pela Lei 9.298/96, não traz norma sobre taxas de juros reais, e sim norma de conduta sobre “multa de mora” de 2% ao mês (art. 52, § 1.º).

Por *normas de organização* entendem-se aquelas que, possuindo caráter instrumental, visam à estrutura e ao funcionamento de órgãos ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de que seja assegurada uma convivência juridicamente ordenada.⁵⁷⁹

⁽⁵⁷⁶⁾ Idem, p. 38-41.

⁽⁵⁷⁷⁾ RTJ 147/853.

⁽⁵⁷⁸⁾ RTJ 147/720 ss.

⁽⁵⁷⁹⁾ Assim, citando a lição de Miguel Reale (*Lições preliminares*, p. 105), Grau, *Direito*, p. 138, n. 163.

Como ensina Eros Grau: “A distinção entre as normas de conduta e as normas de organização corresponde, segundo Norberto Bobbio, à distinção entre as duas funções tradicionalmente atribuídas a um ordenamento jurídico: a) a função de tornar possível a *convivência* dos indivíduos (ou grupos), perseguindo cada um *fins singulares*, e b) a função de tornar possível a *cooperação* de indivíduos e grupos, perseguindo um *fin comum*. As normas de conduta estão voltadas, segundo Bobbio, à coordenação de ações individuais, estabelecendo condições para a atuação do máximo de *independência* dos indivíduos *conviventes*. São normas de organização as que, mediante uma obra de *convergência* (forçada) de ações sociais, estabelecem as condições para atuar um mínimo de *dependência* necessário a indivíduos *cooperantes*”⁵⁸⁰ (grifo nosso).

Exemplos de normas de organização são as normas: do art. 192, *caput*, da Constituição Federal, sobre estruturação e forma do Sistema Financeiro Nacional. Também nos retirados incisos do art. 192 da CF/88 encontravam-se normas de organização (como no revogado inciso II, sobre organização, autorização e funcionamento de estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência, capitalização e do órgão fiscalizador; no inciso IV, sobre “organização”, “funcionamento” e “atribuições” do Banco Central). Também os arts. 1.º a 8.º e outros da Lei 4.595/64 (que organiza e instrumenta o Sistema Financeiro Nacional, o Conselho Monetário Nacional, o BACEN, o Banco do Brasil etc.); os arts. 1.º a 8.º e outros da Lei 4.728/65 (que organiza e instrumenta o mercado financeiro e de capitais); os arts. 1.º a 8.º e outros da Lei 6.385/76 (que organiza e instrumenta o mercado de valores mobiliários); os arts. 122 a 125 e 127 a 129 do Dec.-lei 73/66 (que organiza o sistema nacional de seguros privados e a profissão de corretor de seguros); o art. 1.º ss da Lei 7.040/82 e a Lei 6.621/78-Dec.-lei 1.003/98 (que organizam a magistratura nacional, Lei Orgânica da Magistratura, mencionada no n. 33 em virtude do MS 20382-0).

Em esclarecedora figura de linguagem, comparando os tipos de regras do jogo de xadrez e o tipo de normas jurídicas, Eros Grau⁵⁸¹ conclui que as normas de organização são como as regras sobre o jogo de xadrez, “que definem as especificações do tabuleiro, seu número de casa, posição no início e partida”, ou, como diríamos no caso sob estudo, regras que organizam o mercado (tabuleiro) onde as peças atuarão (clientes e insti-

⁽⁵⁸⁰⁾ Grau, *Direito*, p. 143, n. 170.

⁽⁵⁸¹⁾ Idem, p. 140, n. 165.

tuições financeiras); já as normas de conduta são “as regras do jogo de xadrez em si”, “que estabelecem os movimentos das várias peças” ou, como diríamos, as normas que determinam e regem a conduta de boa-fé das várias peças (agora denominadas de consumidores e fornecedores) neste mercado brasileiro.

As normas de conduta do sistema civil e comercial brasileiro definem as condutas dos sujeitos de direito.⁵⁸² São elas de muitas categorias ou subespécies: “definições legais”, “permissões”, “presunções”, “proibições”, “denegações de efeito” (ofensa à lei, à boa-fé, aos bons costumes), “autorizações”, “prescrições” (comandos que fazem nascer deveres), normas interpretativas e “normas atributivas” (que conferem direitos subjetivos).⁵⁸³

Como ensina Karl English, quanto às normas de conduta: “Tanto as definições legais como as permissões são, pois, regras não autônomas. Apenas têm sentido em combinado com imperativos, que por elas são esclarecidos ou limitados. E, inversamente, também estes imperativos só se tornam completos quando lhes acrescentamos os esclarecimentos que resultam das definições legais e das delimitações do seu alcance, das permissões, assim como de outras exceções”.⁵⁸⁴

Em visão sistemática, concluindo a análise do conteúdo da norma do art. 3.º, § 2.º, da Lei 8.078/90, podemos afirmar: a) a norma do § 2.º do art. 3.º da Lei 8.078/90 traz uma definição legal (“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”), definindo o campo de aplicação subjetivo (fornecedor) e material (serviço) desta lei; b) a norma do *caput* do art. 3.º da Lei ordinária 8.078/90 (“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, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”) encontra-se na Parte Geral do Código de Defesa do Consumidor (Disposições Gerais do Título I), aplicando-se a todas as normas (e definindo a aplicação) do Código. A referida norma, em conjunto com as dos

⁽⁵⁸²⁾ Idem, p. 131.

⁽⁵⁸³⁾ English, p. 38-41.

⁽⁵⁸⁴⁾ Idem, p. 39.

arts. 1.º e 2.º, aplica-se genericamente às do Título I (Dos direitos do consumidor), das quais constam *normas civis e comerciais* sobre a qualidade de produtos e serviços, sobre reparação e prevenção de danos (arts. 8.º a 11), sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 17), sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço (arts. 18 a 25), sobre decadência e prescrição (arts. 26 e 27), sobre desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), sobre práticas comerciais (arts. 29 a 45), sobre proteção contratual (arts. 46 a 54) e *também as normas administrativas*, sobre sanções administrativas (arts. 55 a 60); c) as disposições gerais da Lei 8.078/90 (entre elas o art. 3.º) fazem parte de um Código de Defesa do Consumidor, um todo construído, um sistema de normas tutelares de conduta criado por determinação constitucional (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), um sistema tutelar concentrado na proteção do consumidor por determinação constitucional (art. 5.º, XXXII, da CF/c art. 48 do ADCT) e aplicável a todas as atividades da ordem econômica e financeira constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal).

Como frisa Karl English,⁵⁸⁵ as definições legais, hoje muito comuns nas leis civis e comerciais, definem os campos de aplicação, ajudam na interpretação e na delimitação dos conceitos legais, delimitando assim a aplicação de todas as outras normas daquele (micro) sistema. As definições legais devem ser visualizadas em conjunto com as outras prescrições da lei, *são normas de condutas auxiliares*, pois apenas fotografam a realidade do mercado, não mudam ou organizam a realidade do mercado (tabelado), apenas auxiliam a aplicar a lei e a realizar a *ratio legis*. Em outras palavras, ficam “contaminadas” pelo tipo de lei que delimitam e contam, com sua definição, todo o campo de aplicação daquela lei.

Observe-se que as definições legais só ganham vida em conjunto com as outras normas de conduta, que delimitam e auxiliam (assim como as normas interpretativas e as de presunções). Como a Lei 8.078/90 traz uma série de normas civis e comerciais (prescrições, proibições, sanções, denegações de eficácia etc.), suas definições legais (art. 3.º, § 2.º), presunções (art. 51, § 1.º), normas interpretativas (art. 20, § 2.º) e integrativas (art. 51, § 2.º), integram o sistema deste (micro) Código, e são normas de conduta auxiliares.

No ordenamento jurídico brasileiro existia uma série de normas de conduta auxiliares que definiam atividades “bancárias, financeiras, de

⁽⁵⁸⁵⁾ English, *Introdução*, p. 39.

crédito e securitárias”, aprovadas por leis ordinárias e que não foram consideradas inconstitucionais – assim, na Primeira Parte do Código Comercial, revogada pelo CC/2002, que vigorou de 1988 (ou 1850) a 2002, sem nenhum problema de constitucionalidade, encontravam-se os arts. 119 e 120 (Dos banqueiros), 666 a 730 (Dos seguros marítimos).

O grande perigo – ou efeito bola-de-neve – da argumentação errônea e generalizante da ADIn é poder considerar como também inconstitucionais normas de conduta presentes no CC/2002. A analogia se impõe, pois esta Lei ordinária 10.406, de 10.01.2002 (novo Código Civil brasileiro), também é posterior à Constituição de 1988 e possui um amplo campo de aplicação civil e comercial, sendo lei geral *ratione materiae* (civil e comercial) e *ratione personae*. O Código de Defesa do Consumidor, em especial o seu art. 3.º, § 2.º, onde as expressões impugnadas se encontram, também é posterior à Constituição de 1988 e possui um amplo campo de aplicação civil e comercial, sendo lei geral *ratione materiae* (civil e comercial; se relações de consumo, contratos e atos ilícitos), mas é lei especial *ratione personae* (só se aplicando a consumidores e fornecedores e suas relações).

Em conclusão, podemos afirmar: a Constituição Federal de 1988 é coerente e assim deve ser interpretada; pois não há confusão entre a matéria “defesa dos consumidores” (art. 5.º, XXXII, art. 170, V, e art. 48 do ADCT) e a matéria “Sistema Financeiro Nacional” (art. 192). A matéria “defesa dos consumidores” demanda normas de conduta, que estão positivadas na Lei 8.078/90, cumprindo o mandamento constitucional do art. 48 do ADCT. A matéria “Sistema Financeiro Nacional” demanda normas de organização, como as presentes nas Leis 4.595/64, 4.728/65 e 6.385/76, e nas leis especiais de seguros (Dec.-lei 73/66 etc.).

A matéria “defesa dos consumidores” foi, por força de determinações constitucionais, incluída no âmbito de competência da lei ordinária e a matéria “Sistema Financeiro Nacional”, no campo de competência da lei complementar. Não há, pois, colisão de normas, princípios ou valores constitucionais.

Mister uma interpretação conforme à Constituição Federal (*verfassungskonform Auslegung*) e que mantenha a sua coerência. Logo, não há inconstitucionalidade nas expressões “natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, do art. 3.º, § 2.º, da Lei 8.078/90 ou de qualquer outra lei ordinária civil ou comercial que imponha normas de conduta de “defesa do consumidor”.

As referidas leis de conduta e de organização são complementares, realizam os princípios e valores complementares constitucionais e aplicam-se (em termos de conduta e organização) às instituições financeiras e seus clientes-consumidores, logo, às atividades “bancárias, financeiras, de crédito e securitárias”. A presença de tais expressões no art. 3.º, § 2.º, é perfeitamente legal e constitucional. O art. 3.º, *caput* e parágrafos, e as demais normas civis e comerciais do Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei ordinária 8.078/90, são normas de conduta auxiliares, de definição legal, parte da construção sistemática de uma codificação, cuja existência foi determinada por força da própria Constituição Federal.

Há, pois, possibilidade constitucional de instituição de regras de conduta para os bancos, aplicáveis a serviços de “natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, por lei ordinária civil ou comercial, em especial através do Código de Defesa do Consumidor (e do novo Código Civil brasileiro de 10.01.2002).

3. Análise dos demais argumentos dos bancos para defender o privilégio da não aplicação do CDC às suas condutas perante os consumidores

No mérito, mister frisar que não foi suficiente a clareza legal do art. 3.º, § 2.º, pois uma diferenciação entre “serviço” e “operação” bancária foi tentada pelos bancos.⁵⁸⁶ Para bem analisar este argumento, mister conhecer um pouco mais das “atividades” – chamadas “operações” – bancárias. Como ensina Abrão, os bancos são empresas por natureza (comerciantes);⁵⁸⁷ ser empresa significa, segundo este autor bancário, ser “organização harmônica de capital e trabalho para o exercício de uma atividade

⁽⁵⁸⁶⁾ Assim Arnoldo Wald, O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, *RIL* 11, p. 296 ss; Luis Gastão Paes de Barros Leães, As relações de consumo e o crédito ao consumidor – parecer (texto original); e Humberto Theodoro Júnior, Parecer, *RT* 747/11-134. Veja também os dois pareceres de Galeno Lacerda sobre *leasing* e o parecer de Paulo Brossard de Souza Pinto.

⁽⁵⁸⁷⁾ Na definição clássica, o banco seria o estabelecimento comercial que recolhe capitais para distribuí-los sistematicamente com operações de crédito (Abrão, p. 28). Cita a lei francesa de 1941, que definiu bancos como “as empresas ou estabelecimentos que fazem profissão habitual receber do público toda forma de depósitos ou mantêm fundos que empregam por sua conta, em operações de desconto, crédito e financeiras (p. 29).

de econômica de produção ou troca de bens ou serviços”.⁵⁸⁸ Indiscutível, pois, até para a doutrina bancária, que os bancos são comerciantes (denominação usada pelo revogado art. 119 do CCo) ou empresários (art. 966 do CC/2002), isso desde o Regulamento 737 e a incluir o art. 2.º, § 1.º, da Lei 6.404/76, que, apesar de ordinária, é aplicável inquestionavelmente à atividade bancária e financeira. Como empresas, os bancos são orientados para o lucro, o que advém justamente da sua série de atividades típicas, dentre elas as contas de depósito e a captação da poupança popular. Existem até mesmo bancos especializados ou destinados precipuamente a recolher e a movimentar a poupança popular – as Caixas Econômicas⁵⁸⁹ –, que também visam e alcançam lucro.

Certo é que a expressão “operações bancárias” está consagrada na legislação brasileira, mas decisivo é o seu conteúdo e não ser espécie de um gênero maior, os serviços, segundo o CDC. Em outras palavras, distinguir entre gênero e espécie é positivo, mas não é excludente – ao contrário, leva à inclusão da espécie no campo de aplicação do CDC. Basta verificar que “operações bancárias” já eram mencionadas no revogado art. 119 do CCo como “operações chamadas de banco”. No direito comunitário europeu denominam-se “negócios de bancos” (*Bankgeschäfte*) justamente as duas modalidades de depósito que aqui nos interessam: os depósitos em conta corrente (*Girokonto*) e em conta poupança (*Sparkonto*).⁵⁹⁰ No Brasil, ensina Abrão que se trata de um fazer, do gênero dos serviços comerciais e dá espécie bancária em particular: “Colimando a realização de seu objeto, os bancos desempenham em relação a seus clientes uma série de atividades negociais, que tomam o nome técnico de operações bancárias... atos de comércio por natureza. Inserem-se, pois, as operações bancárias na atividade empresária, como sendo aquela economicamente organizada para a prestação de serviços”.

Não há que prosperar a distinção, pois a nomenclatura própria bancária é, em verdade, espécie do gênero serviço – gênero este incluído totalmente no campo de aplicação do CDC, fora os serviços trabalhistas –, e, se é gênero, inexistente distinção jurídica relevante. A referida distinção não tem efeitos excludentes, seja na doutrina bancária, seja na doutrina

⁽⁵⁸⁸⁾ Abrão, p. 29.

⁽⁵⁸⁹⁾ Assim esclarece Abrão, p. 35.

⁽⁵⁹⁰⁾ Assim Kilian, p. 248 (Rdn. 591), utilizando como base as inúmeras Diretivas sobre serviços bancários e financeiros (*Kapitalmarktrecht*).

consumerista, seja na Lei 8.078/90, cujo espírito é, ao contrário, claramente de inclusão de todos os serviços, não importando a espécie, e de inclusão de todos os serviços bancários em abstrato, se diante de um consumidor (art. 3.º, § 2.º, do CDC). O argumento não resiste a um exame mais detalhado e sucumbe em seu próprio formalismo conceitual, pois quem diz mais, diz menos, e, se o CDC inclui os “serviços” bancários, inclui todas as atividades, fazeres e operações típicas e atípicas bancárias, em abstrato.

O contrato de conta corrente é um contrato de depósito submetido a condições simples bancárias, geralmente contrato por adesão e com inúmeros outros contratos conexos e interligados, como o contrato de cartão eletrônico, o contrato de banco automático ou 24 horas, o contrato de abertura automática de crédito, em cheques especiais etc., e até mesmo contratos específicos autorizando os descontos automáticos de débito em contas especiais e mesmo títulos de crédito abstratos assinados (ou não em branco) para garantia de eventuais débitos na conta corrente.

A natureza do contrato de depósito bancário é, porém, mais complexa, pois envolve uma série de fazeres, mais do que a simples entrega de quantia determinada, com a obrigação de restituição: visa outros objetivos, que se concretizam na realização de uma gama variada de serviços por conta e ordem do cliente bancário.⁵⁹¹ Assim o é na modalidade de depósito à vista, ou depósito em conta corrente, em que as condições de liquidez podem ser mais simples e imediatas, mas a gama de serviços conexos e essenciais é maior, como o serviço de caixa (honrar ordens de pagamento que o cliente transmite por meio de cheques, fornecer cheques, extratos, pagar contas de luz, água, telefone etc., arrecadar fundos do cliente ou de terceiros etc.).⁵⁹²

Demonstra-se assim ser a conta corrente mais do que simples escrituração contábil de entradas e saídas, além de se trazer luz ao fato de que, após 1994,⁵⁹³ todos esses serviços (postos) passaram a ser cobrados dire-

⁽⁵⁹¹⁾ Assim Rizzardo, *Contratos de crédito bancário*, p. 53 e 54.

⁽⁵⁹²⁾ Veja estes mesmos exemplos na obra de Sérgio Carlos Covello, apud Rizzardo, p. 51.

⁽⁵⁹³⁾ Sobre como os custos eram implícitos e a cobrança dos serviços bancários era indireta através do chamado “float” (retenção das quantias), veja palestra do Dr. Jorge Higashino sobre tarifas bancárias, no Seminário Contratos bancários – Problemas atuais, organizado pela Febraban, Acrefi, Abel e CEPES-1.º TACivSP e IBCB.

tamente e não mais indiretamente do cliente, não tendo pois caráter gratuito. Experientes advogados de bancos destacam, ainda, que o contrato de conta corrente das pessoas físicas das classes A e B traz incógnita hoje, no mais das vezes, um contrato de abertura de crédito, conhecido como “cheque especial”, aproximando este tipo de contrato bancário com o crédito ao consumidor, mas com peculiaridades específicas por ser crédito “rotativo”, os encargos estarem limitados ao disponibilizado (juros etc.) e pelo tempo limitado utilizado.⁵⁹⁴ As legislações européias e norte-americana há muito destacam que, nestes casos, há relação de consumo, e as empresas bancárias devem tomar importantes medidas de “transparência” (*disclosures*)⁵⁹⁵ e cumprir com seus deveres anexos de informar conforme a boa-fé e de redação clara dos contratos de crédito (mesmo anexos e de cartões de crédito), assim como vedam cláusulas abusivas específicas e juros extorsivos.⁵⁹⁶

O referido argumento das “operações” *versus* “serviços bancários” é também utilizado para tentar excluir do campo de aplicação do CDC os contratos de mútuo e os contratos de crédito ao consumidor, assim como os contratos de contas correntes que envolvam crédito anexo! Como afirma Newton De Lucca,⁵⁹⁷ tal argumentação, e sua conclusão, é desprovida de qualquer fundamento e não pode prosperar.

Em todos os lugares do mundo, mesmo na minimalista França de Calais-Auloy, o crédito ao consumidor é considerado relação de consumo. Seria o Brasil uma exceção, para privilégio justamente das empresas bancárias instaladas aqui, apesar de a Constituição brasileira considerar a defesa do consumidor um dos seus princípios da ordem econômica? Teria o legislador do CDC errado ao não distinguir entre “usuários” e consu-

⁽⁵⁹⁴⁾ José Gustavo de Souza Miranda, A defesa do consumidor e os contratos bancários de crédito, *Ajuris*, p. 736 e 737. Mencione-se que as teses apresentadas por Miranda no referido IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor foram recusadas pelo plenário. Veja teses aprovadas na RDC 26, p. 243-244.

⁽⁵⁹⁵⁾ Veja medidas de *disclosure* impostas pelo The Consumer Credit Protection Act norte americano – Epstein/Nickles, p. 97 ss, em especial, p. 114 ss.

⁽⁵⁹⁶⁾ Assim ensina Howells, EC consumer credit law and policy, *Ajuris*, p. 157 ss, que destaca que as primeiras recomendações da hoje União Européia em matéria de proteção do consumidor de crédito datam de 1975-1979; a Diretiva “concerning consumer credit” é de 1987 (Diretiva CEE 87/102).

⁽⁵⁹⁷⁾ De Lucca, Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária, RDC 27, p. 78 ss.

midores, como afirma em seu parecer Leães? Teria o legislador do CDC errado ao não mencionar expressamente as operações bancárias, optando por mencionar o novo-velho gênero dos serviços? Realmente, o argumento não resiste ao menor exame e deve ser totalmente afastado. Os serviços, no sentido do CDC, incluem as “operações e fazeres” bancários perante o consumidor, e o consumidor, no sentido do CDC, é mais do que o usuário, mas também é o simples usuário.

Note-se que contratos bancários típicos são justamente os de intermediação do crédito e atípicos os que envolvem outros fazeres acessórios, que não implicam intermediação do crédito. Engana-se quem pensa que os contratos de depósito (em todas as suas três modalidades) não envolvem crédito e não façam parte da operação bancária típica, um prestar “serviços no setor creditício”. Como ensina Arnaldo Rizzardo: “As operações bancárias se classificam em fundamentais e acessórias. As primeiras compreendem a intermediação do crédito, isto é, o recolhimento de dinheiro de uns e a concessão a outros. Subdividem-se em passivas e ativas. Aquelas têm por objeto a procura e provisão de fundos, significando um ônus e obrigações para o banco, pois, na relação jurídica com o cliente, se torna ele devedor. São operações passivas o depósito, as contas correntes e o redesconto. As últimas visam a colocação e o emprego dos fundos arrecadados por meio de operações em que o banco se torna credor do cliente, consistindo nos empréstimos, financiamentos, aberturas de crédito, descontos, antecipações etc.”.⁵⁹⁸

Não há desnaturalização do serviço de conta corrente por envolver crédito como serviço de consumo – ao contrário, o crédito em tempos pós-modernos é o maior serviço bancário, capaz até mesmo de se concretizar, materializando-se em dinheiro, produto típico bancário. Na Suíça ensina Bernd Stauder: “O contrato de crédito ao consumo é um contrato de consumo (...) através das noções de mutuante e de consumidor (...). A menção das formas de crédito (art. 1, LCC) demonstra que o crédito não é idêntico ao empréstimo ou mútuo de consumo (art. 312, Code des Obligations). A noção de crédito deve ser definida de maneira autônoma: toda prestação fornecida em vista de uma execução regular de contraprestação em dinheiro em um momento posterior”.⁵⁹⁹

⁽⁵⁹⁸⁾ Rizzardo, *Contratos*, p. 15.

⁽⁵⁹⁹⁾ Bernd Stauder, *Droit de la consommation*, Fascicule 2-1, p. 88: “Le contrat de crédit à la consommation est un contrat de consommation. A travers les notions de prêteur (art. 2 LCC) et de consommateur (art. 3 LCC) (...) La mention des

Resumindo, a conta corrente de hoje parece-nos, pois, um contrato complexo de depósito e múltiplos serviços, uns essenciais e intrínsecos à sua natureza, outros acessórios ao prestar principal de administrar as quantias, outros conexos e voluntários. Caracteriza-se, pois, como uma relação múltipla e complexa de serviços, com um depósito básico, um plexo de serviços de escrituração e caixa específicos e um objetivo claro: o de possibilitar a inserção da pessoa-depositante no mundo financeiro e bancário brasileiro atual.⁶⁰⁰

Já Arnaldo Rizzardo procura destacar mais o caráter de serviços do que o de depósito e afirma que o contrato de conta corrente “transcende” os limites do mero depósito, pois “o estabelecimento bancário praticamente administra o dinheiro do cliente constituindo sua atividade uma prestação de serviços segundo as ordens que recebe”. Para este autor, portanto, “a conta corrente enquadra-se como um contrato autônomo, resultante de um convênio ou acordo de vontades, com obrigações recíprocas para ambas as partes, em que o cheque é o instrumento mais simples de sua movimentação. (...) De certa forma, tipificada está também uma relação de mandato, eis que o banco fica autorizado a realizar uma série de atos, como pagamentos, cobranças, transferências etc., sempre no interesse do cliente (...) é um contrato autônomo, (...) não se confundindo com outra espécie”.⁶⁰¹

Correto o autor ao distinguir a conta corrente como contrato autônomo, oneroso, bilateral e de execução continuada,⁶⁰² mas, ao destacar mais

formes de crédit (art. 1 LCC) démontre que le crédit n'est pas identique au prêt de consommation (art. 312 CO). La notion de crédit doit être définie de façon autonome: toute prestation fournie en vue d'une exécution régulière de la contre-prestation en argent à un moment ultérieur”.

⁽⁶⁰⁰⁾ Segue esta linha a decisão do STJ: “Processo civil – Ação civil pública – Legitimidade *ad causam* – Depósito em caderneta de poupança – Relação de consumo. A caderneta de poupança é um produto oferecido pelas instituições financeiras, cada qual dotando-o de características próprias, v.g., restituição da CPMF, descontos nas tarifas dos serviços bancários, juros privilegiados no cheque especial, sorteio de prêmios etc. Tratando-se de relação protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, as associações a que alude o art. 82, IV, da Lei 8.078, de 1990, estão legitimadas a propor a ação civil pública. Recurso especial conhecido e provido em parte” (STJ, 3.ª T., REsp 138540/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29.03.2001).

⁽⁶⁰¹⁾ Rizzardo, *Contratos*, p. 54.

⁽⁶⁰²⁾ Idem, p. 55.

os serviços e o mandato do que o depósito básico na sua análise da natureza do contrato de conta corrente, parece-nos perder de vista um dos pontos principais da discussão. Certo é que o contrato de conta corrente não é só depósito,⁶⁰³ pois os serviços intrínsecos e o mandato de administração são do interesse do cliente, são a causa final da relação contratual de conta corrente. A causa contratual inicial, porém, não é somente conseguir os serviços intrínsecos, muito menos os acessórios e conexos, mas sim, parece-nos, a guarda ou custódia do dinheiro do cliente e conjuntamente sua inserção no mundo bancário, econômico e financeiro nacional, através de um vínculo mais ou menos duradouro com uma instituição bancária. Efetivamente, os serviços intrínsecos do depósito em conta corrente ajudam e contribuem na inserção da pessoa na economia nacional (*homo economicus*), e são hoje quase indispensáveis para grande parte da população.

Os serviços não seriam prestados sem a guarda básica ou depósito, ou teriam tarifas tão altas que de nada valeriam. Note-se a dificuldade com que vive a maior parte das pessoas de baixa renda no Brasil que não possuem conta bancária e que têm de receber suas contas, seus salários, ou efetuar algum pagamento em “centrais de pagamento bancário”, e, ao necessitarem de crédito, acabam por recorrer a agiotas. Em última análise, na sociedade atual brasileira, após tantos anos de incentivo governamental à atividade bancária, à bancarização das relações e de inflação alta, este vínculo básico com as empresas bancárias não é só parte do *status* do indivíduo, não é só forma de manutenção do *status quo* financeiro, mas é instrumento de inserção social, de tráfico econômico-social, de segurança, que em um contexto total lhe interessa, mas que, individualizado, pouco ou nada lhe interessaria.

Essa inclusão no parágrafo referente a “serviços” pode chocar, uma vez que o contrato de mútuo é um dar e neste sentido o dinheiro seria um “produto”, cujo pagamento seriam os “juros”. Considerando, porém, o sistema do CDC, que não utiliza as definições de bem consumível do CC, nem a definição econômica deste “insumo”, mas inclui todos os bens

⁽⁶⁰³⁾ Assim Abrão, p. 72, que o considera um contrato unilateral, ao diferenciar de forma bastante abstrata e anticausal o direito de levantamento (espécie de direito de seqüela) do cliente, do dever do banco de devolver o dinheiro depositado e administrá-lo corretamente, considerando-o ainda, este autor, um contrato oneroso ou gratuito, conforme haja pagamento de juros ou não para o cliente.

materiais e imateriais como produtos *lato sensu*, e, especialmente, um sistema que não especifica os tipos contratuais utilizados, mas sim a atividade em si e geral dos fornecedores, a lógica está em que o “produto” financeiro é o “crédito”, a captação, a administração, a intermediação e a aplicação de recursos financeiros do mercado para o consumidor e que a caracterização de fornecedor vem da operação bancária e financeira geral oferecida no mercado⁶⁰⁴ e não só dos contratos concluídos. Note-se, ainda, que contratos bancários típicos são os de intermediação, e atípicos, os que envolvem outros fazeres acessórios que não implicam intermediação do crédito. Da mesma forma, observando as amplas definições de instituição financeira da Lei 4.594/64⁶⁰⁵ e da Lei 7.492/86,⁶⁰⁶ conclui-se que também é esta a técnica funcional utilizada pelo legislador do direito comercial para caracterizar a atividade financeira e bancária em geral como um serviço de consumo e comércio colocado à disposição no mercado.

Por fim, mencione-se, com Ghersi, que, na complexidade contratual atual, há que “penetrar nas estruturas aparentes” e visualizar que o crédito/abstrato e a moeda/dinheiro são a “mercadoria” das entidades bancárias, financeiras e de crédito, são seu produto (perante a desmaterialização da moeda, na expressão de Menezes Cordeiro),⁶⁰⁷ seu comércio (ou ati-

⁽⁶⁰⁴⁾ O fornecedor organiza-se, operacionaliza sua atividade de intermediação e administração, de circulação do dinheiro na sociedade através destas chamadas “operações” em geral, que, segundo Abrão, p. 46 e 47, caracterizam-se justamente por sua interdependência entre as típicas e atípicas, “por terem conteúdo econômico e por serem praticadas em massa”. Veja também Pontes de Miranda, *Tratado*, t. LII, p. 3 ss.

⁽⁶⁰⁵⁾ Segundo o art. 17, *caput*, da Lei 4.595/64, instituições financeiras são as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

⁽⁶⁰⁶⁾ Segundo o art. 1.º da Lei 7.492/86, amplia-se o conceito de instituição financeira para englobar qualquer “pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”. Veja também o revogado art. 119 do Código Comercial.

⁽⁶⁰⁷⁾ Como ensina Menezes Cordeiro, *Estudos de direito bancário*, p. 327: “A desmaterialização da moeda veio a obrigar ao recurso a esquemas obrigacio-

vidade reiterada profissional de fazeres e escriturações, ou atividade de “atuações simbólicas”, na expressão de Menezes Cordeiro,⁶⁰⁸ são seu meio de comercialização (com finalidade de lucro) na sociedade de consumo e produção.⁶⁰⁹

4. Análise do consumidor de serviços bancários e a jurisprudência atual

A caracterização do banco ou instituição financeira como fornecedor, sob a incidência do CDC, é, assim, pacífica na jurisprudência,⁶¹⁰ o que

nais de teor cada vez mais abstracto. ‘Ter dinheiro’ é, na maioria dos casos, dispor dum crédito mobilizável sobre um banqueiro; fazer um pagamento é ceder esse crédito a um terceiro o qual, a seu turno, vai transferir o inerente débito para outro banqueiro”.

⁶⁰⁸ A passagem de Menezes Cordeiro citada na nota anterior assim conclui: “As operações monetárias mais simples são, no fundo, actuações simbólicas dos operadores, uns perante os outros, actuações essas a que se associa o surgimento de vínculos abstractos. Apenas pelo espírito se apreende – em todos os casos – o dinheiro e sua circulação”.

⁶⁰⁹ No original, Ghersi/Weingarten/Díaz, p. 35: “En suma la moneda/dinero se independiza de cualquier relación con el trabajo y los bienes y servicios reales, para constituirse en una mercancía que las entidades bancarias y determinados particulares se aproprian para conformar su modelo de comercialización: el préstamo de dinero... El dinero bancario, es aquel que se recibe de los ahorristas y se ofrece a los tomadores de créditos, estableciendo una diferencia entre precio de compra y de venta por su comercialización, al igual que cualquier mercancía”.

⁶¹⁰ Veja, por todas, a decisão: “Mútuo bancário – Contrato de abertura de crédito – Taxa de juros – Código de Defesa do Consumidor. I – No caso de mútuo bancário vinculado ao contrato de abertura de crédito, a taxa de juros remuneratórios não está sujeita ao limite estabelecido pela Lei de Usura (Dec. 22.626/33). II – Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3.º, § 2.º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. III – Recurso conhecido pelo dissídio e provido” (STJ, 3.ª T., REsp 142799/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 06.10.1998). É interessante decisão do STJ, REsp 293778/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29.05.2001: “Contratos bancários – Contrato de adesão – Revisão – Continuidade negocial – Contratos pagos. O fato de o obrigado cumprir com a sua prestação prevista em contrato de adesão não o impede de vir a juízo discutir a legalidade da exigência feita e que ele, diante das circunstâncias, julgou mais conveniente cumprir. Se proibida a sua iniciativa, estará sendo instituída, como condição da ação no direito contratual, a de ser inadimplen-

foi, inclusive, sumulado pelo STJ: “Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

A ADIn e seus inúmeros pareceres em sentido contrário só têm conseguido a reação forte da jurisprudência. Efetivamente, a tendência hoje do STJ é justamente no sentido de aplicar o CDC a quase todas as relações em que esteja presente o banco.⁶¹¹

Restaria saber se o *consumidor* é o co-contratante no contrato em exame. Na edição anterior escrevemos:

“Já observamos que a característica maior do consumidor é ser o destinatário final do serviço, é utilizar o serviço para si próprio. Nesse sentido, é fácil caracterizar o consumidor como destinatário final de todos os contratos de depósito, de poupança, e de investimento que firmar com os bancos. A dificuldade está na caracterização do consumidor, nos contratos de empréstimo, onde há uma obrigação de dar, de fornecer o dinheiro, que é bem juridicamente consumível. Nestes casos, a pessoa é *destinatária final fática*, mas pode não ser a destinatária final econômica – por exemplo, um advogado que contrata o empréstimo de certa quantia para reformar o seu escritório ou o agricultor, para comprar a semente para plantar.”⁶¹²

te, o que serviria de incentivo ao descumprimento dos contratos. Além disso, submeteria o devedor à alternativa de pagar e perder qualquer possibilidade de revisão, ou não pagar e se submeter às dificuldades que sabidamente decorrem da inadimplência. Recurso conhecido e provido”.

⁶¹¹ Assim REsp 213825/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22.08.2000, cuja ementa é: “Contrato de financiamento bancário – Nulidade de cláusulas – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Disciplina legal diversa quanto à taxa dos juros remuneratórios. Tratando-se de empréstimo tomado por consumidor final, a operação creditícia realizada pelo banco submete-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de prestador de serviços especialmente contemplado no art. 3.º, § 2.º, do citado diploma legal”. Veja, também do STJ, REsp 181863/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 05.11.1998: “Empréstimo bancário – Consumidor – Inscrição do nome em cadastro de proteção ao crédito – (...). Constitui constrangimento e ameaça vedados pela Lei 8.078, de 11.09.1990, o registro do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é ainda objeto de discussão em juízo. Precedentes”.

⁶¹² A jurisprudência brasileira tem considerado os agricultores como vulneráveis e equiparados a consumidores – veja, como exemplo, REsp 142.042/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.11.1997, RDC 30, p. 125-126.

“Nestes dois casos, o advogado e o agricultor são destinatários fáticos, mas o produto é insumo para alguma outra atividade profissional. Logo, não poderiam recorrer, em princípio, à tutela do CDC. Observamos, porém, que o sistema do CDC é um sistema aberto, que trabalha com a técnica de equiparação de pessoas à situação de consumidor quando se constatarem o desequilíbrio contratual e a vulnerabilidade (técnica, jurídica ou fática) da pessoa que contrata com o fornecedor. Parte da doutrina⁶¹³ e da jurisprudência⁶¹⁴ defende a aplicação do CDC a estes contratos interempresariais.”⁶¹⁵

A jurisprudência do STJ, porém, ensina que, na complexidade da prestação múltipla bancária e na abstração do crédito, há uma espécie de presunção de vulnerabilidade dos clientes bancários (pessoas físicas)⁶¹⁶ e aceita uma fácil prova da vulnerabilidade concreta dos clientes profissionais (pessoas jurídicas, se pequenos comerciantes, firmas individuais, taxistas,⁶¹⁷ empresários de porte médio etc.),⁶¹⁸ como se a destinação final

⁶¹³ Veja, por todos, Marins, *Proteção contratual do CDC*, *RDC* 18, p. 94.

⁶¹⁴ Veja como exemplo caso envolvendo indústria de bebidas e uma operação de *leasing* com banco, em que houve aplicação do CDC e inversão do ônus da prova do indébito (TARS, Ap.Cív. 196 246 151, rel. Juiz Rui Portanova, j. 12.06.1997).

⁶¹⁵ Veja, considerando esta opinião “por demais radical”, a obra da advogada e bancária Frigeri, *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*, p. 23.

⁶¹⁶ Veja decisão que resume esta linha jurisprudencial: “Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC” (3.ª T., AGA 296516/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 07.12.2000; e REsp 296.516, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 07.12.2000, *DJ* 05.02.2001).

⁶¹⁷ Veja: “Código de Defesa do Consumidor – Financiamento para aquisição de automóvel – Aplicação do CDC. O CDC incide sobre contrato de financiamento celebrado entre a CEF e o taxista para aquisição de veículo. A multa é calculada sobre o valor das prestações vencidas, não sobre o total do financiamento (art. 52, § 1.º, do CDC). Recurso não conhecido” (STJ, 4.ª T., REsp 231208/PE, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 07.12.2000).

⁶¹⁸ Veja neste sentido, dentre as decisões mais recentes, REsp 287.828/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.05.2001, cuja ementa é: “Contrato de abertura de crédito com garantia de alienação fiduciária – Comissão de permanência tida como abusiva – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Os bancos, como prestadores de serviços contemplados no art. 3.º, § 2.º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do STJ. Recur-

importante aqui fosse sempre a fática.⁶¹⁹ Grandes quantias financiadas, ainda mais se internacionais e em contratação não massificada, ficam excluídas do campo de aplicação do CDC.⁶²⁰ Também fica, geralmente, excluído o tema dos juros,⁶²¹ agora também para as administradoras de

so especial não conhecido”. E: “Código de Defesa do Consumidor – Bancos – Contrato de adesão – Relação de consumo (art. 51, I, da Lei 8.078/90) – Foro de eleição – Cláusula considerada abusiva – Inaplicabilidade da Súmula 33/STJ – Precedentes da 2.ª Seção. I – Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3.º, § 2.º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pela instituição. (...) IV – Recurso não conhecido” (STJ, 3.ª T., REsp 190860/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 09.11.2000).

⁶¹⁹ Veja, por todos, decisão do STJ: “Mútuo bancário – Contrato de abertura de crédito – Taxa de juros – Código de Defesa do Consumidor. I – No caso de mútuo bancário vinculado ao contrato de abertura de crédito, a taxa de juros remuneratórios não está sujeita ao limite estabelecido pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33). II – Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3.º, § 2.º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. III – Recurso conhecido pelo dissídio e provido” (STJ, 3.ª T., REsp 142799/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 06.10.1998).

⁶²⁰ Veja, em analogia, meu artigo Comentários ao acórdão do STF no caso *Teka v. Aiglou*, *RDC* 36, e decisão do STJ no *Confl. Comp.* 32.270/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 10.10.2001: “Conflito de competência – Foro de eleição – Prevalência. Na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado à realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira –, prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de consumo. Conflito conhecido”. Em seu voto, o Ministro relator, citando Rizzato Nunes, Ulhôa Coelho, Lima Marques, Gabriel Saas e Toshio Mukai, afirma: “Salvo melhor juízo, a compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado à realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – não constitui uma relação de consumo” (p. 1 do original, sem revisão).

⁶²¹ Exemplo desta linha é a seguinte decisão: “Contrato de financiamento bancário – Nulidade de cláusulas – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Disciplina legal diversa quanto à taxa dos juros remuneratórios. Tratando-se de empréstimo tomado por consumidor final, a operação creditícia realizada pelo banco submete-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de prestador de serviços especialmente contemplado no art. 3.º, § 2.º, do citado diploma legal. Diversa é, porém, a

cartões de crédito: Súmula 283 do STJ: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”.

Note-se a jurisprudência consolidada do STJ permite juros variáveis, assim pelo menos a atual Súmula 296 do STJ: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”. Da mesma forma, outras antigas abusividades agora estão permitidas na Súmula 295 do STJ: “A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei 8.177/91, desde que pactuada”; e na Súmula 294 do STJ: “Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”. O STJ ainda consolidou jurisprudência sobre quais taxas (“Súmula 288. A Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários”) e indexadores podem ser usados nos contratos bancários (“Súmula 287. A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários”), permitindo a visão de conjunto no tempo do conjunto contratual e a controle de eventuais abusividades, mesmo tendo havido renegociação (“Súmula 286. A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidade dos contratos anteriores”) e pacificando a aplicação da multa moratória de 2% em contratos bancários de consumo assinados após a entrada em vigor do CDC (“Súmula 285. “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”). Estabeleceu também o STJ que o contrato de abertura de crédito em conta corrente bancária não é título extrajudicial

disciplina legal no tocante à taxa dos juros remuneratórios, área esta regida por legislação específica. Segundo assentou o C. Supremo Tribunal Federal, o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar e, enquanto não advier esta, observar-se-á a legislação anterior à Constituição de 1988 (ADIn 4-DF). Fundamentação distinta expendida a respeito pelos Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Recurso especial conhecido, em parte, e provido” (STJ, 4.ª T., REsp 213825/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22.08.2000). E o já citado REsp 142799/RS, 3.ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 06.10.1998.

(“Súmula 247. O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”). E a Súmula 233: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, não é título executivo”; também não a nota promissória, geralmente assinada em branco, que garante este contrato (“Súmula 258. “A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”). Surpreendentemente, porém, consolidou que a confissão de dívida oriunda de renegociação seria título executivo (“Súmula 300. O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial”), o que, *data maxima venia*, colide com as súmulas antes citadas. Mencione-se também a atual preocupação com a ação de prestação de contas, uma vez que os juros parecem ter sido liberados contra toda e qualquer usura ou lesão, e mesmo as cláusulas-mandato parecem ter sido liberadas em matéria de cartão de crédito – sendo assim, pelo menos o consumidor tem direito de exigir ser informado via judicial do que foi feito e qual o valor e cumulação da usura (“Súmula 259. A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária”). Positiva é esta preocupação com os deveres anexos de informação, cooperação e cuidado, tendo o STJ consolidado posição de que a indenização pelo dano moral não é tarifada analogicamente à lei de imprensa nestas casos (“Súmula 281. “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”).

Quanto ao campo de aplicação do CDC, a visão finalista, e a importância da destinação final e da vulnerabilidade,⁶²² antes explicitada, ganham em importância, e, como ensina o REsp 264126/RS, o importante para a classificação como consumidor *stricto sensu* é a destinação final econômica: “Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de

⁶²² Assim no REsp 213825/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22.08.2000, o relator ensina: “Isto porque, em princípio, tratando-se de mutuário que se dirigiu ao estabelecimento bancário a fim de obter financiamento para aquisição de bem imóvel, na qualidade, pois, de consumidor final, os bancos ficam submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, como prestadores de serviços especialmente contemplado no art. 3.º, § 2.º, do citado diploma legal. Esta, por sinal, a jurisprudência predominante nesta Corte” (p. 1 do voto).

consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor”.⁶²³ Agora com as distinções sábias da nova teoria finalista aprofundada: “Processo civil – Conflito de competência – Contrato – Foro de eleição – Relação de consumo – Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária – Destinação final caracterizada. Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros. O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa” (STJ, 2.ª Seção, CC 41056/SP, rel. p/ acórdão Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 23.06.2004).

Caso diferenciado é o do estudante que contrata crédito educativo para financiar seus estudos. Aqui o estudante é consumidor *stricto sensu*, pois destinatário final fático e econômico do “dinheiro”, usado para a sua formação, mesmo que profissional. A relação com as universidades privadas é de consumo, a com as universidades públicas, enquanto ainda gratuitas no País, relação de cidadania. O estudante é ainda um não-profissional que utiliza o crédito diretamente para adquirir serviços de educação e profissionalizar-se, como têm reconhecido o Ministério Público Federal⁶²⁴ e o Judiciário.⁶²⁵ Repita-se que, em se tratando de pessoa física, há presunção reconhecida pelo STJ de que se trata de destinatário final dos serviços bancários e do mútuo.⁶²⁶ A jurisprudência majoritária do STJ

⁶²³ REsp 26126/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 08.05.2001, DJ 27.08.2001.

⁶²⁴ Veja ACP 1999.61.00.030576-2, movida pelo MPF-SP contra a Caixa Econômica Federal sobre abusividade dos valores e condições do CREDUC – Programa de Crédito Educativo, publicado na RDC 31.

⁶²⁵ Veja Antecipação de Tutela, Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques, j. 05.07.1999, no referido processo de ACP 1999.61.00.030576-2, MPF-SP contra a CEF, publicada na RDC 31.

⁶²⁶ Assim a já citada decisão: “Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC” (3.ª T., AGA 296516/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 07.12.2000).

já conclui que o estudante é consumidor frente ao agente financeiro,⁶²⁷ mas ainda existem decisões em contrário.⁶²⁸

Nesse sentido, parece-me possível mais uma vez concluir que os contratos entre o banco e os profissionais, nos quais os serviços prestados pelos bancos estejam, em última análise, canalizados para a atividade profissional destas pessoas físicas (profissionais liberais, comerciantes individuais) ou jurídicas (sociedades civis e comerciais), devem ser regidos pelo direito comum, direito comercial e leis específicas sobre o tema. Só excepcionalmente, por decisão do Judiciário, tendo em vista a *vulnerabilidade* do contratante e sua situação equiparável ao do consu-

⁶²⁷ Assim ensina, por todas, a bela decisão do STJ: “Recurso especial – Contrato de financiamento de crédito educativo – Atualização monetária – Utilização da Tabela Price – Impossibilidade – Existência de juros capitalizados – Anatocismo – Caracterização de contrato bancário – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: arts. 3.º, § 2.º, 6.º, V, e 51, IV e § 1.º, III – Incidência de juros legais, não capitalizados. 1. O contrato de financiamento de crédito educativo, ajustado entre a Caixa Econômica Federal e o estudante, é de natureza bancária, pelo que recebe a tutela do art. 3.º, § 2.º, da Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). 2. É indevida a utilização da Tabela Price na atualização monetária dos contratos de financiamento de crédito educativo, uma vez que, nesse sistema, os juros crescem em progressão geométrica, sobrepondo-se juros sobre juros, caracterizando-se o anatocismo. 3. A aplicação da Tabela Price, nos contratos em referência, encontra vedação na regra disposta nos arts. 6.º, V, e 51, IV e § 1.º, III, do Código de Defesa do Consumidor, em razão da excessiva onerosidade imposta ao consumidor, no caso, o estudante. 4. Na atualização do contrato de crédito educativo, devem-se aplicar os juros legais, ajustados de forma não capitalizada ou composta. 5. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 1.ª T., REsp 572.210/RS, rel. Min. José Delgado, j. 06.05.2004).

⁶²⁸ Assim o STJ: “Administrativo – Programa de Crédito Educativo – Código de Defesa do Consumidor – Inaplicabilidade – Pretendido reconhecimento de afronta a dispositivo do Código de Defesa do Consumidor – Impossibilidade. Do acurado exame da legislação que rege o Programa de Crédito Educativo (Lei 8.436/92), não há como tipificar o proceder da Caixa Econômica Federal como prestação de um serviço bancário e, por conseguinte, não há falar em fornecedora. Nessa linha de raciocínio, o estudante carente, beneficiado com o Programa de Crédito Educativo, não retrata a figura do consumidor, razão pela qual, nesse Programa, não incide o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, confira-se recente pronunciamento da colenda 2.ª T. em r. voto da eminente Ministra Eliana Calmon (cf. REsp 479.863/RS, DJ 04.10.2004)” (STJ, REsp 562565/RS, rel. Min. Franciulli Netto, j. 21.10.2004).

midor *stricto sensu*, serão aplicadas as normas especiais do CDC a estes contratos entre dois profissionais.⁶²⁹

Mesmo caracterizado como contrato de consumo, todavia, persistem no mercado brasileiro, como veremos na Parte II deste livro, diversos problemas básicos na área dos serviços financeiros e bancários a afetar os consumidores, com destaque para o acesso aos próprios serviços,⁶³⁰ a crescente complexidade, tanto na obtenção de informações,⁶³¹ como nos contratos e serviços financeiros,⁶³² com perda de transparência nas relações,⁶³³ a variabilidade de custos em contratos de longa duração, a inclu-

⁶²⁹ Parece-nos que a vulnerabilidade pode ser mesmo caracterizada pela imposição de um contrato pré-elaborado, mas a decisão final caberá à jurisprudência fixar, a qual, pelo menos no Rio Grande do Sul, tem decidido pela necessidade da ação reequilibradora nestes contratos bancários e financeiros – veja jurisprudência citada no item I.1, b.

⁶³⁰ Veja as conclusões do 5.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor sobre direito de acesso ao consumo – RDC 35, p. 250 e 251.

⁶³¹ Assim manifestou-se a jurisprudência sobre os extratos bancários “indecifráveis” – STJ, REsp 234284-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “As instituições financeiras jamais se preocupam em apresentar os cálculos de forma inteligível para os seus clientes. São siglas e mais siglas que consomem a atenção até mesmo daquelas pessoas mais habituadas ao trato financeiro, que, freqüentemente, não conseguem entender o conteúdo das demonstrações. É um desafio permanente ao homem médio decifrar os extratos bancários” – trecho citado na *Revista Trimestral de Direito Civil* 2, p. 297, abr.-jun. 2000.

⁶³² Como, por exemplo, o *leasing* de automóveis, que muitas vezes é informado através da publicidade como “compra e venda na modalidade *leasing*”, a confundir as expectativas do consumidor por estratégia do fornecedor organizado em cadeia. Veja meu artigo informativo *Consumer car leasing contracts – Repayment indexed in dollars – Currency devaluation – Court applies principles of Consumer Code, Consumer Law Journal* 7 (Louvain-la-Neuve), p. 108-109, 1999. É dever de boa-fé informar e cooperar fornecendo os contratos bancários, como estabeleceu o TJRS: “Exibição de documentos – Documento comum às partes [contrato bancário] – Art. 358, III, do CPC – Dever de lealdade e boa-fé inerente aos negócios jurídicos – Apelo desprovido” (Ap.Cív. 70001562370, rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 11.10.2000).

⁶³³ Note-se que, em face de certa dificuldade do consumidor em informar-se sobre os preços exatos praticados pelos bancos, houve forte intervenção dos Procon forçando a afixação de preços nos caixas eletrônicos e em locais visíveis das agências.

são de cláusulas abusivas do contrato, cláusulas de fim do vínculo,⁶³⁴ cláusulas e condições pouco claras ou incompreensíveis, problemas quanto à proteção de dados e da privacidade, de superendividamento, de segurança em pagamentos,⁶³⁵ envios de talões por correio⁶³⁶ e transferências eletrônicas,⁶³⁷ a autenticidade da manifestação de vontade em pagamentos eletrônicos, entre outros.

⁶³⁴ Veja o exemplo da decisão do TJRS: “Não se constitui em justificativa aceitável, para o cancelamento unilateral do crédito, a perda da confiança do estabelecimento bancário no cliente, por estar este postulando judicialmente a revisão da contratualidade, já que se trata de exercício regular de direito constitucionalmente assegurado e, inclusive, previsto no CDC. Por outro lado, mesmo que considerada essa possibilidade, necessária seria a prévia comunicação do correntista, nos termos contratuais, a fim de que o mesmo pudesse programar sua agenda financeira. Não tendo assim procedido, houve danos morais” (Ap.Cív. 70000151563, rel. Des. Luiz Ari V. de Lima, j. 28.10.1999).

⁶³⁵ Note-se como o princípio da confiança e as presunções de boa-fé dominam esta matéria – assim TJRS: “Responsabilidade civil – CDC – Depósito bancário – Auto de depósito realizado através de caixa eletrônico – Sistema de mútua confiança, em troca de maior comodidade do cliente – Eficácia do depósito condicionada a conferência posterior pela instituição bancária – Inexistência do valor declarado em espécie quando da conferência por funcionário do banco. Ausência de prova do prejuízo, não tendo o interessado comprovado a origem do numerário, alegando depositar em notas de R\$ 100,00, no total de R\$ 4.500,00. Quantia elevada, correspondendo a mais de três meses de seu salário” (Ap.Cív. 199800109236, rel. Des. Leila Mariano, j. 15.12.1998). Comparece com a decisão sobre o “doc” preenchido pelo Banco: “*In casu*, em face do preenchimento equivocado do DOC pelo preposto do banco, houve violação do dever anexo que a instituição tinha de atender a confiança depositada pela consumidora no vínculo obrigacional – decorrente do princípio da boa-fé” (Ap.Cív. 599428976, rel. Des. Matilde Cabar Maia, j. 17.11.1999).

⁶³⁶ Veja caso do TJRJ: “Civil – Responsabilidade civil – Dano moral – Extravio de talão de cheques remetidos por intermédio do correio pelo banco à correntista – Falsificação de cheques, que foram devolvidos, alguns por insuficiência de fundos – Inclusão do nome do correntista no cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central e na Serasa – Dano moral caracterizado” (RDC 27, p. 143-145).

⁶³⁷ Veja primeiro caso no TJRS, publicado na RDC 41, com a ementa: “Provedor da internet – Acesso indevido a banco de dados da provedora por parte de usuário – Ação ordinária de obrigação de não fazer cumulada com tutela antecipada e pedido cominatório – Ônus da prova” (rel. Des. Fernando Braf Henning Junior).

Em resumo, para caracterizar estes contratos como contratos de consumo ou não, o fator decisivo não é a existência de uma lei especial (por exemplo, Lei do Mercado de Capitais) que regule o contrato bancário, nem a definição direta da atividade do fornecedor do art. 3.º, § 2.º, *in fine* – decisiva é a presença de um *consumidor* ou de um *profissional-vulnerável*, que possa também ser equiparado ao consumidor, em matéria de proteção contratual. No caso do consumidor não-profissional prevalece, em todos os contratos bancários, a presunção de sua vulnerabilidade (art. 4.º, I, do CDC). O STJ aceitou esta presunção,⁶³⁸ assim como o uso do art. 29 do CDC para as equiparações em caso de vulnerabilidade do consumidor-profissional.⁶³⁹

A maioria dos contratos bancários é concluída através da utilização de condições gerais dos contratos e de contratos de adesão. Estes métodos de contratação de massa, como observamos na experiência alemã, servem como *indício* da vulnerabilidade do co-contratante. Mesmo sendo um advogado o co-contratante, mesmo sendo um comerciante ou agricultor, a vulnerabilidade fática estará quase sempre presente, dependendo da jurisprudência a aplicação extensiva ou não, no caso concreto, das normas tutelares do CDC. Como esta aplicação “analógica” tende a tornar-se a regra, como aconteceu na Alemanha, a melhor solução será os bancos adaptarem todos os seus contratos-formulários, contratos de adesão e condições gerais de serviços aos patamares de equilíbrio e de boa-fé instituídos pelo CDC. Esta solução é também a mais econômica, pois evita a preocupação em determinar se o co-contratante é ou não um consumidor, e baseia-se na realidade fática de superioridade econômica e técnica que possuem os bancos em relação à maioria dos seus clientes, superioridade esta que facilmente terá como reflexo a aceitação da vulnerabilidade e da hipossuficiência de seu co-contratante.

⁽⁶³⁸⁾ Veja 3.ª T., AGA 296516/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 07.12.2000.

⁽⁶³⁹⁾ Veja, neste sentido, a decisão do STJ: “Ação cautelar de exibição de documentos – Conta corrente – Contrato de abertura de crédito – Art. 29 do Código de Defesa do Consumidor – Art. 267, VI, do Código de Processo Civil. 1. Não viola o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor o julgado que entende configurar serviço a atividade bancária relativa à conta corrente e ao contrato de abertura de crédito, presente a regra do art. 3.º do mesmo Código. 2. Se o acórdão recorrido entende provada a recusa do banco recorrente em exibir os documentos, não viola o art. 267, VI, do Código de Processo Civil a determinação de prosseguimento do feito. 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, 3.ª T., REsp 245660/SE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23.11.2000).

Nas edições anteriores já afirmamos: “Apesar das posições contrárias iniciais,⁶⁴⁰ e com o apoio da doutrina,⁶⁴¹ as operações bancárias no mercado, como um todo, foram consideradas pela jurisprudência brasileira como submetidas às normas e ao novo espírito do CDC de boa-fé obrigatória e equilíbrio contratual.⁶⁴² Como mostra da atuação do Judiciário, não se furtando a exercer o controle do conteúdo destes importantes contratos de massa, destaco a ementa de verdadeiro *leading case*:

“Código de Defesa do Consumidor – Proteção contratual: destinatário – Cláusulas abusivas: alteração unilateral da remuneração de capital posto à disposição do creditado – Imposição de representante – Conhecimento de ofício.

“O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem ‘equiparado’. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, ‘equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas’.

“O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo.

“O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor, o mutuário ou creditado.

“Sendo os juros o ‘preço’ pago pelo consumidor, nula cláusula que preveja alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio.

“Sendo a nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie *pleno iure*, viável o conhecimento e a decretação de ofício, a realizar-se tanto que

⁽⁶⁴⁰⁾ Em especial o parecer para a Febraban, de Arnaldo Wald, O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, *RIL* 11, p. 295-312. Segundo o autor, o CDC encontraria aplicação somente aos contratos de aluguel de cofres e a mais nenhum dos contratos firmados entre os consumidores e as instituições financeiras.

⁽⁶⁴¹⁾ Veja a manifestação decisiva de Nery, *Anteprojeto*, p. 302-311.

⁽⁶⁴²⁾ Veja, considerando as normas do CDC aplicáveis aos contratos bancários com consumidores: TARS, 1.ª Câmara Cív., Ap.Cív. 194092862, rel. Juiz Juracy Vilela de Souza, j. 07.06.1994; e a já citada decisão da 2.ª Câmara Cív., Ap.Cív. 192188076, rel. Juiz Paulo Heerdt, 24.09.1992, envolvendo pequeno comerciante e instituição bancária e a nova força do art. 29 do CDC.

evidenciado o vício (art. 146, parágrafo único, do Código Civil) [art. 168, parágrafo único, do CC/2002].

“É nula a cláusula que impõe representante ‘para emitir ou avalizar notas promissórias’ (art. 51, VIII, do CDC)” (TARS, 7.ª Câm.Cív., Ap.Cív. 193051216, rel. Juiz Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, j. 19.05.1993).

Observa-se, no direito comparado, uma tendência cada vez maior de incluir os contratos de financiamento, para fins privados, pessoais, ou familiares, e os chamados contratos de crédito direto ao consumidor entre aqueles que devem merecer a atenção e a tutela especial do direito, a exemplo do art. 52 do CDC.⁶⁴³ Assim, desde 1991 está em vigor, na Alemanha, a Lei sobre Crédito ao Consumidor (*Gesetz über Verbraucherkredite*), que, segundo orientação da Comunidade Européia, prevê direito de arrependimento para o consumidor, direito este agora incluído na lei geral, o BGB, em seu art. 461.⁶⁴⁴ No Brasil, ainda não há direito de arrependimento para crédito ao consumo, mas a jurisprudência começa a preocupar-se com o superendividamento dos consumidores e com a necessidade de manter a equidade contratual.⁶⁴⁵

Também outros contratos bancários e financeiros merecem atenção. Muitas preocupações têm surgido no Brasil quanto ao contrato de financiamento, com garantia hipotecária,⁶⁴⁶ e aos contratos de mútuo para a obtenção de unidades de planos habitacionais. Nestes casos o finan-

⁶⁴³ Sobre a alienação fiduciária trataremos a seguir, na letra *b* sobre compra e venda com alienação fiduciária.

⁶⁴⁴ Veja Schmelz, *N/W*, p. 1219; sobre as Diretivas da Comunidade Européia, veja Bergel e Paolantonio, *Bases para la regulación jurídica del crédito al consumo*, *RDC* 8, p. 15 ss.

⁶⁴⁵ Veja como exemplo a decisão do TJRS: “Apelação – Direito econômico – Contratos bancários – Mútuo – Aplicação do CDC – Juros. (...) Em face dos dispositivos contidos nos arts. 6.º e 51 do CDC, as cláusulas contratuais não podem se constituir como prestações desproporcionais, que estabeleçam obrigações iníquas, de modo a se tornarem excessivamente onerosas ao devedor. A violação ao princípio da equidade contratual impõe a nulidade da cláusula. Juros de 6,95% a.m. ou mais são abusivos e quebram a regra do art. 115 do CC [art. 122, CC/2002]” (Ap.Cív. 70.000.998.807, rel. Des. Roque Miguel Frank, j. 31.05.2000).

⁶⁴⁶ Veja o artigo do advogado Marcelo G. Rodrigues, O problema dos promitentes compradores de imóveis construídos mediante financiamento com garantia hipotecária, *RT* 588/266.

ciador, o órgão estatal ou o banco responsável, caracteriza-se como fornecedor. As pessoas físicas, as pessoas jurídicas sem fim de lucro, enfim, todos aqueles que contratam para benefício próprio, privado ou de seu grupo social, são *consumidores*. Os contratos firmados regem-se, então, pelo novo regime imposto aos contratos de consumo, presente no CDC. Estes são contratos típicos por adesão, mas, se fechados entre profissionais (para a construção de fábrica, de *shopping center*), estarão em princípio excluídos do campo de aplicação do CDC. Somente examinando caso a caso a eventual vulnerabilidade do co-contratante é que o Judiciário brasileiro poderá expandir a tutela concedida, em princípio, só ao consumidor não-profissional, usando, por exemplo, a norma permissiva do art. 29 do CDC.⁶⁴⁷

Tema também interessante é a aplicação do CDC ao financiamento da casa própria popular. Note-se que, em se tratando de financiamento popular, mesmo havendo legislação especial incidente, a jurisprudência do STJ⁶⁴⁸ passou a aplicar este sistema normativo aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação.⁶⁴⁹ A jurisprudência estadual também aplica

⁶⁴⁷ Veja, sobre a extensão do campo de aplicação do CDC através da interpretação jurisprudencial do art. 29, o número 1.1.b desta obra; sobre os contratos do Sistema Financeiro da Habitação e a aplicação das normas do CDC a estes contratos, o estudo basilar de Arnaldo Rizzardo, *O Código de Defesa do Consumidor aplicado aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação*, *Ajuris* 60, p. 42-61.

⁶⁴⁸ Veja exemplar decisão da Min. Eliana Calmon de Passos, REsp 247.022/RS, j. 16.05.2000, cuja ementa é: “Sistema Financeiro de Habitação – Prestação: valor do primeiro pagamento – Lei 8.004/1990. 1. Nos contratos do Sistema Financeiro de Habitação, assinados após a Lei 8.004/1990, o valor da primeira prestação leva em consideração o salário do mutuário, inclusive a majoração ocorrida no mês da assinatura da avença. 2. Dispositivo que não ofende o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990. 3. Recurso especial não conhecido”. Veja também, impondo a aplicação do CDC, REsp 232044/RN, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.06.2000: “Sistema Financeiro de Habitação – Compra e venda de imóvel – Cláusula de aumento de preço alterada unilateralmente – Omissão dolosa – Reexame de prova – Súmula 7 – Incidência do Código de Defesa do Consumidor. O fundamento não atacado é suficiente para manter íntegro o acórdão recorrido”. Veja também REsp 85.886/DF, rel. Min. Peçanha Martins, j. 04.08.1997.

⁶⁴⁹ A aplicação aqui é conjunta das leis especiais e do CDC – veja, como exemplo, o REsp 213825/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22.08.2000, cuja ementa é: “Contrato de financiamento bancário – Nulidade de cláusulas – Aplicação do

o CDC aos contratos de financiamento da casa própria do SFH,⁶⁵⁰ havendo resistência apenas nos Tribunais Regionais Federais, que consideram haver algum tipo especial de privilégio para o banco público.⁶⁵¹ A doutrina, ao contrário, não visualiza motivo para tal privilégio e pede a aplicação do arts. 3.º e 22 do CDC também a estes contratos.⁶⁵²

Já este tipo de delimitação será extremamente difícil no caso de *cartões de crédito*,⁶⁵³ cujo titular seja pessoa física, que exerce uma profissão, um profissional liberal, por exemplo, que utiliza o cartão ora para

Código de Defesa do Consumidor – Disciplina legal diversa quanto à taxa dos juros remuneratórios. Tratando-se de empréstimo tomado por consumidor final, a operação creditícia realizada pelo banco submete-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de prestador de serviços especialmente contemplado no art. 3.º, § 2.º, do citado diploma legal. Diversa é, porém, a disciplina legal no tocante à taxa dos juros remuneratórios, área esta regida por legislação específica. Segundo assentou o C. Supremo Tribunal Federal, o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar e, enquanto não advier esta, observar-se-á a legislação anterior à Constituição de 1988 (ADIn 4-DF). Fundamentação distinta expendida a respeito pelos Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar”.

⁽⁶⁵⁰⁾ Exemplo é a decisão do TJRS, cuja ementa é: “Sistema Financeiro da Habitação – Revisão de financiamento por onerosidade excessiva – Cadastramento negativo do devedor na pendência da ação – Pressão indevida sobre o mutuário, a introduzir a verossimilhança da alegação – Contrato de natureza adesiva e protegido, ao menos parcialmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante dispõe o art. 3.º, § 2.º, deste diploma legal – Depósitos permitidos – Manutenção de posse – Exame postergado para o momento oportuno – Agravo provido, parcialmente” (TJRS, AGI 70000176529, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 02.12.1999).

⁽⁶⁵¹⁾ Exemplo desta linha de jurisprudência é a decisão do TRF 4.ª R., AgIn 2000.04.01.015634/RS, rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, j. 18.05.2000, RDC 38, p. 332 ss. Aplicando o CDC, veja TRF 1.ª R., Ac. 0100028089-4/BA, rel. Juíza Eliana Calmon, DJ 17.09.1998, RDC 38, p. 334.

⁽⁶⁵²⁾ Veja, por todos, Efig, *Contratos e procedimentos bancários*, p. 157 ss, e o artigo de Ferreira da Rocha, *Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia*, RDC 36, p. 176 ss.

⁽⁶⁵³⁾ Sobre os cartões de crédito, em termos de vínculo contratual, veja Ghersi, *Contratos de consumo*, p. 610. Para alguns, seriam espécies de cartas de crédito; para outros, contratos entre comerciantes (empresa e estabelecimento que aceita o uso do cartão) ou envolveriam duas relações contratuais (consumidor-empresa e empresa-comerciante) para simplificar o crédito e o consumo.

adquirir bens para si ou para sua família, ora para o seu escritório ou para a sua atividade profissional. Nestes casos, a interpretação será pró-consumidor, e o contrato de crédito para a pessoa física deverá supor que se trata de um consumidor, adaptando-se ao regime do CDC.

Assim tem decidido a jurisprudência, incluindo os contratos envolvendo cartões de crédito⁶⁵⁴ no campo de aplicação do CDC.⁶⁵⁵ Também em caso de acidentes de consumo, com danos materiais e morais, na prestação dos serviços de cartões de crédito, a jurisprudência aplica o CDC,⁶⁵⁶ mas o STJ ensina em caso semelhante: “Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC” (REsp 296.516, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 07.12.2000, DJ 05.02.2001).⁶⁵⁷

⁽⁶⁵⁴⁾ Veja, por todos, decisão do STJ: “Cartão de crédito – Contrato de adesão – Art. 54, § 3.º, do CDC. Segundo o disposto no § 3.º do art. 54 do CDC, ‘os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor’. Caso em que o titular não teve prévia ciência de cláusulas estabelecidas pela administradora, não lhe podendo, portanto, ser exigido o seu cumprimento. Ademais, há falta de prequestionamento e é deficiente a fundamentação do recurso (...). 3. Recurso conhecido em parte e assim provido” (REsp 71.578-RS, rel. Min. Nilson Naves, j. 05.11.1997, DJ 03.02.1997, p. 717). Veja íntegra da decisão na RDC 22, p. 180.

⁽⁶⁵⁵⁾ Veja decisão do TJRS, Ap.Cív. 70000044909, rel. Des. Guinther Spode, j. 09.09.1999, RDC 36, p. 322-324.

⁽⁶⁵⁶⁾ Veja, por todos, decisão do TJRJ: “Responsabilidade civil – Acidente de consumo – Fato de serviço – Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor – Indevida negatização do nome do autor, o qual não é devedor da administradora de cartões de crédito, a qual jamais emitiu em nome daquele qualquer cartão de crédito – Dever de reparação do dano moral. Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços” (Ap.Cív. 14.ª Cam.Cív., 1248/98, Reg. 070798 (98.001.01248), rel. Des. Maria Henriqueta Lobo, j. 26.05.1998, v.u.).

⁽⁶⁵⁷⁾ Também no AGA 296516/SP, 3.ª T., rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 07.12.2000.

Mencione-se, por fim, que ao crédito direto ao consumo aplica-se o CDC. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, é necessário distinguir entre “crédito ao consumo” e “crédito à produção”.⁶⁵⁸ Já para o STJ: “A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco” (REsp 57.974-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29.05.1995).

De qualquer forma, a distinção entre crédito ao consumo e à produção parece-me válida, devendo o direito do consumidor concentrar-se no crédito ao consumo e nos serviços bancários complexos, geralmente conexos ao consumo e que envolvem crédito. Concluiu o III Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor que a poupança popular e o crédito ao consumo constituem relação de consumo.⁶⁵⁹ No mesmo sentido a Conclusão n. 2 do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, realizado em Blumenau, em 1995: “As instituições financeiras estão sujeitas ao CDC também em relação às operações creditícias ao consumidor”.

Em verdade, toda a operação bancária de depósito em conta corrente e de poupança é um serviço creditício e bancário. Em acórdão de 1996, Carlos Bittar afirmava como relator: “As atividades bancárias estão abrangidas no contexto do CDC e a captação de recursos como investimentos constitui serviço no sentido jurídico-legal do termo. Com efeito, de início, há explícita inserção legal das operações bancárias no sistema de defesa do consumidor (CDC, art. 3.º). Realizam essas instituições opera-

⁶⁵⁸ Afirma o citado autor: “Desnecessário dizer que o primeiro está abrigado no Código de Defesa do Consumidor, o segundo não. Isto não significa que o tomador de crédito não ao consumo esteja desprotegido: significa apenas que o seu sistema de proteção não é o de consumo. O crédito ao investidor dá-se sob a forma de financiamentos e muitas vezes de repasses de fundos públicos ou estrangeiros, desconto, faturização, adiantamentos sobre contratos de câmbio, operações de garantia etc. Não creio que seja necessário – e nem juridicamente correto – usar o Código de Defesa do Consumidor para proteger tomadores de empréstimo para investimento” (Lopes, Consumidor e sistema financeiro, *RDC* 22, p. 95).

⁶⁵⁹ III Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – O contrato no ano 2000, realizado no Banco Central, em Brasília, abril 1994. Quanto ao crédito ao consumo, mencione-se a existência da Diretiva da Comunidade Européia 88, 22.02.1990 (J.o.C.E. L 61/14, Diretiva 90/88/CEE), que modificou a anterior Diretiva 87/102/CEE.

ções nos mercados financeiros e de capitais, possibilitando, assim, a circulação de riquezas. São, pois, empresas comerciais e, no que pertine ao público com que se envolvem, de intermediação (Lei 4.594/64, art. 17 ss), realizando assim prática em que se apresentam como fornecedores de serviços. Estão, assim, abrangidos pelo regime mencionado (cfr. Carlos Alberto Bittar, *Direitos do consumidor*, 4.ª ed., p. 28). Ora, a canalização de recursos para investimentos produtivos é serviço, que interessa a aplicadores e a entidades receptoras, entendendo-se os primeiros como consumidores no plano normativo referido, pois são eles os destinatários finais. De fato, atua a rede bancária, exatamente, na reunião das poupanças, para as destinações próprias, pagando, depois, aos usuários do serviço, a respectiva remuneração (art. 3.º, § 2.º).⁶⁶⁰

Concorde-se ou não com a mencionada inserção dos poupadores como consumidores *stricto sensu*, certo é que a relação de depósito em conta poupança, assim como a relação complexa de depósito em conta corrente (especial ou não) caracterizam-se como relações de consumo, sempre que houver vulnerabilidade legal de um parceiro, consumidor *stricto sensu* ou, no mais das vezes, consumidor equiparado, uma vez que o banco preenche sempre o *status* de fornecedor de serviços e produtos juridicamente considerados relevantes e incluídos no CDC.

Observe-se, igualmente, por fim, que algumas atividades “de crédito” são consideradas pelo Banco Central como excluídas do Sistema Financeiro Nacional para fins de controle, dentre elas, a mais famosa, a das administradoras de cartões de crédito. Neste sentido, vale a menção de que tais atividades complexas e sistêmicas de fornecimento de crédito e de garantias⁶⁶¹ – parece-nos – estão incluídas no campo de aplica-

⁶⁶⁰ 1.º TACivSP, Ap.Cív. 644.523-8, rel. Juiz Carlos Bittar, j. 14.02.1996.

⁶⁶¹ Cartão de crédito é um cartão de credenciamento, documento de legitimação para acesso ao crédito, a facilitar o consumo sem pagamento imediato, mas em que o cliente acessa crédito previamente aberto junto ao emissor do cartão (se instituição financeira), junto ao administrador do cartão ou junto a terceiros, para uso fechado em um sistema previamente definido de fornecedores conveniados, revelando operações jurídicas, no mínimo, trilaterais e complexas, formadas por vários contratos conexos, a maioria de consumo, mas alguns também comerciais, unidos por finalidade econômica única e coordenada (definição baseada nos ensinamentos de J. A. Penalva Santos, *Aspectos atuais do cartão de crédito*, *Arquivos dos Tribunais de Alçada*, RJ, Ata 25, p. 33; Lacerda Filho, p. 81; e Luz, p. 243.

ção da Lei 8.078/90. A operadora é fornecedora *ex vi* art. 3.º do CDC e seu serviço é a administração de crédito, uma vez que ficou proibida de conceder diretamente o crédito *per se* ou dinheiro por determinação do Banco Central do Brasil.⁶⁶² Na Lei 8.078/90, cujo espírito é claramente o de inclusão de todos os serviços remunerados, não importando a espécie, foram todos os serviços bancários e de financiamento em abstrato, os serviços de intermediários, de administradores e organizadores de cadeia de fornecimento mencionados e incluídos na expressão “serviços prestados por um fornecedor” (art. 3.º, § 2.º, do CDC). Os serviços prestados pelas administradoras, pelas operadoras de cartões de crédito e pelos bancos coligados, como vimos, são típicos da sociedade de consumo, visando justamente facilitar e organizar o consumo massificado atual, e estão incluídos no campo de aplicação do CDC, se prestados a um consumidor, como é de regra.

Neste sentido, é possível concluir que se aplica a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) aos contratos de cartão de crédito massificados e de adesão das administradoras, pois a administradora é fornecedora de serviços múltiplos e remunerados (art. 3.º da Lei 8.078/90), mesmo se não considerada instituição financeira pelo Bacen. O seu “serviço” é o de “administração geral de créditos”, administração de cartões de pagamento e de financiamentos em nome dos consumidores, é utilizado e “adquirido” por milhões de clientes, os quais, de regra, podem ser considerados consumidores *stricto sensu* ou equiparados (*ex vi* art. 2.º, *caput* e parágrafo único, art. 17 e art. 29 da Lei 8.078/90).

Cabe aqui mencionar também os contratos de *capitalização* – por este contrato o aderente (geralmente um consumidor pessoa física) pagará ao outro contratante (companhia capitalizadora) contribuições periódicas para receber, em certo prazo, certo capital acumulado, acrescido de juros, cujo pagamento poderá ser antecipado mediante sorteios. Trata-se de uma espécie de formação de recursos financeiros, poupança, que cria expectativas específicas e legítimas nos consumidores, merecendo um controle especí-

⁽⁶⁶²⁾ Assim, no Ofício DENOR 0297/92, de 08.04.1992, a Procuradoria-Geral do Banco Central estabeleceu: “4. As administradoras de cartão de crédito, dada a diversidade de objetos sociais, não se amoldam à definição de instituição financeira, não dependendo, por isso, de autorização do Banco Central para funcionar, nem estão sujeitas a regular fiscalização, até por falta de previsão legal nesse sentido”.

fico do direito para que se evitem abusos nestes contratos, principalmente em virtude da vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor médio. É um contrato de adesão, em que nada impulsiona o consumidor a fechar o contrato a não ser o desejo de formar uma poupança para melhorar sua vida. Mesmo assim, se fechado o contrato entre uma companhia capitalizadora e um consumidor, deverão ser aplicadas as regras saneadoras do CDC.

O grande problema na sociedade de consumo são as relações triangulares, que diluem as garantias de bom desempenho dos serviços e aumentam os riscos para o consumidor. Assim, se um consumidor quer adquirir um bem móvel a prazo, a loja assegura para ele um financiamento através de uma empresa de crédito já localizada dentro da própria loja, e o consumidor não se dá conta, mas passa a ser devedor da empresa financeira e não mais do comerciante.⁶⁶³ Às vezes as relações contratuais são entre dois fornecedores, e o consumidor é apenas o terceiro-vítima – como no caso, comum nos anos 80, em que o consumidor prometia comprar imóvel a ser construído por uma empresa imobiliária, a qual fechava um financiamento com um banco, dando o imóvel (terreno e acessões) em garantia hipotecária, para poder construir o edifício. O consumidor pagava integralmente o seu imóvel, mas não era feito o registro da escritura definitiva de compra e venda, sendo que uma cláusula responsabilizava o consumidor pela liberação da dívida (do financiamento) feita pelo construtor, uma vez que a hipoteca (ônus) se transferia junto com a propriedade. Assim também alguns contratos são fechados entre dois bancos, ou entre o Estado ou empresário e o banco, podendo, porém, pela demora do depósito efetivo em conta, prejudicar o consumidor-cliente.

Conclui-se esta exposição reiterando a importância alcançada no mundo de hoje pelos contratos bancários, financeiros e de crédito. A jurisprudência dominante é pela aplicação das normas do CDC a estes contratos, pois, em regra, estão presentes consumidores como o outro pólo da relação contratual, atuando como destinatários finais dos serviços, utilizando os serviços para proveito próprio, de seu grupo social ou familiar. As regras do CDC encontrarão aplicação, também, em caso de vulnerabilidade comprovada do contratante, quando o contrato bancário se inserir em sua atividade profissional,⁶⁶⁴ seguindo assim a orientação da

⁽⁶⁶³⁾ Sobre alienação fiduciária veja letra *f* a seguir.

⁽⁶⁶⁴⁾ Aplicando o art. 29 do CDC para estender sua proteção aos contratos comerciais em contrato bancário, veja interessante decisão de 13.04.1994, Ap.Cív.

jurisprudência brasileira, que já dedicava atenção especial aos contratos bancários e às cláusulas abusivas nele inseridas.⁶⁶⁵

f) *Contratos de administração de consórcios, leasing massificado e afins* – Nos contratos do sistema de consórcio, como os denomina o art. 53, § 2.º, do CDC, a administradora do consórcio caracteriza-se como fornecedor, prestadora de serviços; o contrato é geralmente concluído com consumidores, destinatários finais fáticos e econômicos dos bens duráveis (automóveis, geladeiras, televisores e mesmo imóveis) que pretendem adquirir por intermédio dos consórcios. Aos contratos do sistema de consórcio aplicam-se as normas do CDC, à exceção do contrato fechado com alguma empresa, que utilizará os automóveis para a sua atividade profissional, caso em que, mesmo assim, comportariam aplicação analógica as normas do CDC em virtude da vulnerabilidade do co-contratante, pois os contratos são de adesão e de conteúdo tipicamente ditado, até mesmo por portarias ministeriais. A jurisprudência brasileira tem assim decidido pela inclusão indiscutível destes contratos no campo de aplicação do CDC.⁶⁶⁶

194041851, rel. Juiz Antônio Janyr Dall'Agnol Jr., com a seguinte ementa: “Código de Defesa do Consumidor – Contrato bancário – Interpretação – Art. 47 do CDC. Havendo divergência de índice de atualização monetária, porque datilografada espécie que não a constante de impresso, em contrato de adesão, prevalece o que mais favorável ao aderente, nos termos do art. 47 do CDC. Sobre mais favorável, dúvida não pode persistir quanto ao que ordinariamente ocorre – e que é a assinatura em branco dos formulários pelo financiado. Ao predisponente das cláusulas cumpre evidenciar, satisfatoriamente, a anuência do aderente à modificação, pois, aqui, o formulário impresso ostenta-se segurança também desse. Apelo desprovido”.

⁶⁶⁵ Veja o desenvolvimento da jurisprudência brasileira quanto às cláusulas de eleição de foro em contratos bancários, no capítulo 4, 1.2, b.

⁶⁶⁶ Veja, como exemplo, decisão do Tribunal de Alçada do Paraná, com a seguinte ementa: “Ação sumaríssima de cobrança – Contrato de adesão – Cessão e transferência de direitos – Relação de consumo – Devolução ao autor dos valores pagos com exceção da taxa de adesão e do prêmio do seguro, abatendo-se também o valor das vantagens auferidas com a utilização do veículo – Sucumbência recíproca – Decisão correta. 1. Tratando-se de contrato de cessão de direitos e obrigações referentes a contratos de alienação fiduciária, o autor tem direito a receber a restituição das parcelas pagas, sendo excluídos a taxa de adesão, o prêmio do seguro e o valor das vantagens auferidas com a utilização do veículo” (Ap.Cív. 146.575-0, rel. Juiz Eugênio Achille Grandinetti, j. 08.02.2000). No STJ, veja:

Trata-se de um contrato de prestação de serviços,⁶⁶⁷ em que a administradora ou lançadora arrecada uma contribuição mensal de cada pessoa do grupo de consorciados para a formação de um fundo comum destinado à aquisição, para cada consumidor, de um bem.⁶⁶⁸ A administradora arrecada e gere o fundo, administra o grupo,⁶⁶⁹ promove os sorteios, organiza os lances e fornece àquele de direito, ao fim, uma carta de crédito para que possa adquirir o bem na revendedora do produto (a qual teoricamente não tem relação contratual com o consumidor, pois é pessoa jurídica diferente). A administradora (ou, se preferirem, do grupo), exigia, como garantia do pagamento das parcelas eventualmente vincendas, a alienação fiduciária do bem ou a reserva de domínio. O conteúdo do contrato era ditado e previamente aprovado pela Secreta-

“Consórcio – Devolução de prestações pagas – Legitimidade passiva da administradora – Correção monetária – Precedentes. 1. Já decidiu a Corte: 1.º) a administradora é parte passiva legítima em casos de pedido de restituição das prestações pagas; 2.º) a Súmula 35 impõe a devolução com correção monetária; 3.º) o percentual para janeiro de 1989 é de 42,72, sendo que o percentual de 41,28 para março de 1990 tem alcance restrito às cédulas rurais. 2. Recurso especial conhecido e provido, em parte” (STJ, 3.ª T., REsp 200256/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10.04.2000).

⁶⁶⁷ Mas note-se que o próprio STJ (REsp 7.742/MG, 1991) afirmou aplicarem-se aos consórcios para venda de bens duráveis as normas referentes à alienação fiduciária em garantia.

⁶⁶⁸ Para parte da jurisprudência trata-se de contrato de “captação antecipada de poupança popular” – veja RT 661/141. Veja REsp 248.424/RS.

⁶⁶⁹ A jurisprudência visualiza com clareza as relações de consumo entre a administradora e cada um dos consorciados. Assim, como exemplo: “Consórcio – Restituição de parcelas – Ilegitimidade passiva da administradora. Tese que não merece acolhimento, em vista do inequívoco fato de que as relações, rigorosamente, se estabelecem entre cada consorciado e a administradora, e não entre consorciados. Mérito. Restituição que se realiza, com correção, após o encerramento do grupo. Súmula 35 do STJ. Apelo desprovido” (TARS, 7.ª Câmara, Ap.Cív. 192.19982, rel. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, j. 21.10.1992 – *Julgados TARGS* 86, p. 303). Veja, do TJMT: “Consórcio – Desistência do consorciado – Cobrança das parcelas pagas – Ação proposta contra a administradora – Legitimidade passiva *ad causam* – Quantia reclamada por ela recebida e administrada. Ementa Oficial: É parte legítima *ad causam* a administradora de consórcio de veículos para figurar no pólo passivo da demanda em que o consorciado pleiteia restituição das parcelas que lhe foram pagas” (RT 693/155).

ria da Receita Federal.⁶⁷⁰ A praxe era de que, além do longo contrato impresso no formulário, integrasse a relação contratual o “regulamento do consórcio” aprovado pela Receita Federal, registrado em algum cartório de títulos e documentos, sem que cópia destas condições gerais fosse entregue ao consumidor. Com a abertura do mercado e a aplicação efetiva do CDC, a prática contratual evoluiu.

Assim, em virtude da presença constante de consumidores como pólo contratual, podemos concluir que os contratos de sistema de consórcios são típicos contratos de consumo, cuja finalidade justamente é permitir e incentivar o consumo de bens duráveis, que de outra forma não estariam ao alcance do consumidor. Porém, pelos abusos que já ocorreram neste setor, muito salutar que se estabeleça uma equidade, um equilíbrio obrigatório nestes contratos de adesão através das normas do CDC. O Código impõe maior boa-fé e lealdade também quando da formação destes contratos e da informação do consumidor.⁶⁷¹

Mesmo antes da entrada em vigor do CDC, a jurisprudência brasileira já se preocupava em afastar os efeitos mais unilaterais dos contratos do sistema de consórcios. Assim ensinava o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Consórcio – Desistência do plano – Correção monetária. No consórcio para aquisição de bens duráveis, havendo desistência do plano por um participante e prevista a devolução das quantias pagas, tal devolução deverá ser realizada com a incidência de correção monetária. – Cláusula em sentido contrário. Por ofensa ao princípio geral de direito do não locupletamento sem causa, inaplicável” (1.ª Câm.Cív., rel. Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, j. 27.09.1988).

⁶⁷⁰ A atribuição para tanto foi conferida pelo Dec. 70.951, de 09.08.1972. Há que se considerar igualmente a Portaria 190/89 do Ministério da Fazenda.

⁶⁷¹ Belo exemplo é o REsp 248135/SP, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.05.2000, cuja ementa ensina: “Consórcio – Morte do consorciado – Seguro – Doença preexistente – Legitimidade passiva da administradora. A administradora que assegura ao consorciado a liberação do veículo em caso de morte tem a obrigação de cumprir com tal prestação. O fato de não ter cobrado a indenização da seguradora não a exonera da responsabilidade, sendo por isso parte legítima para responder à ação na qual os herdeiros lhe exigem a liberação. A administradora não se beneficia com a omissão do consorciado que, no contrato de adesão, deixou de declarar doença preexistente, se não demonstrada a má-fé desse comportamento. Recurso conhecido e provido para o fim de julgar procedente a ação”.

“Consórcio – Exclusão de consorciado por mora no pagamento das prestações. Se o regulamento do consórcio estabelecia que a purgação da mora devesse ser feita em moeda corrigida, o mesmo critério deverá ser adotado em relação à devolução das prestações ao consorciado excluído, embora em contrário dispusesse o regulamento. Princípio da boa-fé a nortear a interpretação integrativa dos contratos” (6.ª Câm.Cív., rel. Des. Luiz Fernando Koch, j. 10.06.1986).⁶⁷²

O CDC cuida expressamente dos contratos do sistema de consórcios na norma do art. 53 – indiscutível, portanto, sua inclusão no campo de aplicação do CDC. Neste sentido, pacífica a jurisprudência a Súmula 35 do STJ: “Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio”. Apesar de consolidada a jurisprudência, muito se discutiu sobre a legitimação das administradoras para responder perante o vício na prestação do serviço.⁶⁷³ Aqui a jurisprudência bem aplicou a teo-

⁶⁷² Decisões citadas na RT 661/142.

⁶⁷³ Veja decisões do STJ: “Direito processual civil – Consórcio – Legitimidade – Administradora – Prestações – Devolução – Consorciado – Desistente ou excluído – Condenação – Honorários – Ausência de violação do art. 21, parágrafo único, CPC. 1. A administradora de consórcio é parte legítima passiva *ad causam* nas ações propostas por ex-consorciado em que visa à restituição das parcelas pagas (confirmam-se neste sentido os REsp 112035/SP e 73274/SP, ambos da relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2. Verificada a sucumbência da autora em parte mínima do pedido, aplica-se o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC. Agravo desprovido” (STJ, 4.ª T., AGA 224782/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 03.05.2001); e “Processo civil – Agravo no agravo por instrumento – Ação civil coletiva – Consórcio de bens – Prequestionamento – Ausência – Súmulas 282/STF e 211/STJ – Administradora de consórcio – Legitimidade passiva – Correção monetária – Súmula 35/STJ – Incidência – Juros de mora – Termo inicial. Ausente o prequestionamento do direito violado, resta inadmissível o recurso especial. Súmulas 282/STF e 211/STJ. A administradora de consórcio é parte legítima passiva *ad causam* nas ações propostas por ex-consorciado tendo por objeto a restituição das parcelas pagas. Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio” (Súmula 35/STJ). Os juros de mora devidos na restituição das parcelas pagas por consorciado desistente devem ser computados após o trigésimo dia do encerramento do grupo consorcial, caracterizando-se a partir desta data a mora da administradora” (STJ, 3.ª T., AGA 353695/PR, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 19.03.2001).

ria da confiança, protegendo a boa-fé do consumidor e valorizando a “aparência” destes múltiplos fornecedores para estabelecer sua solidariedade diante dos consumidores lesados.⁶⁷⁴

A inclusão do contrato de *leasing* no campo de aplicação do CDC não é mais polêmica.⁶⁷⁵ Se até a segunda edição desta obra, por uma visão finalista do campo de aplicação do CDC, tínhamos a considerá-lo sempre um contrato de natureza mercantil pura, hoje a sua multiplicação no mercado brasileiro de consumo não mais nos permite esta clara exclusão. O contrato de *leasing* massificou-se no Brasil,⁶⁷⁶ conquistou o mercado de consumo, e a este *leasing* massificado perante os consumidores é aplicável o CDC.⁶⁷⁷

⁽⁶⁷⁴⁾ Veja: “Processual civil – Consórcio – Teoria da aparência – Letigimidade passiva reconhecida. A empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos. Recurso conhecido e provido” (STJ, 4.ª T., REsp 139400/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03.08.2000).

⁽⁶⁷⁵⁾ Sobre a discussão antes travada na doutrina, veja Cláudio Almeida Santos, *Leasing – Questões controvertidas*, *Ajuris* 66/24. Veja Mancuso, *Leasing*, p. 14, que, após analisar o teor do art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, conclui: “Essas dicções legais, aliadas ao fato do *aporte financeiro*, é que viabilizam as operações de arrendamento mercantil, autorizam, ao nosso ver, a conclusão de que a atividade desenvolvida pelas empresas de *leasing*, compreendendo os produtos e os serviços que elas oferecem no mercado, enquadra-se no âmbito das chamadas *relações de consumo*, que constituem o mote principal daquele Código, com especial destaque para a disciplina da publicidade, das cláusulas contratuais e das práticas comerciais (arts. 6.º, III e IV, e 29 a 41)”.

⁽⁶⁷⁶⁾ Segundo notícia a revista *Mercados Financeiros* (set. 1997, p. 24), de dezembro de 1991 a junho de 1997 os negócios de *leasing* cresceram em 333%, e 70% destes negócios são de *leasing* de veículos. No Brasil, o *leasing* financeiro é o mais utilizado (p. 25). Já Cavalli (p. 181) traz dados de 1999, do *Informativo Abel*, e conclui que o *leasing* para pessoas jurídicas representa só 54,7% do total, sendo que apenas 8,9% é *leasing* para a indústria; já quanto ao tipo de bem dado em *leasing*, 88,4% são veículos e, deste universo, 88% correspondem a automóveis de passeio; máquinas e equipamentos representaram, em 1999, apenas 5,4% do total dos bens dados em *leasing*!

⁽⁶⁷⁷⁾ Veja, por todos, a decisão do TJRS: “Arrendamento mercantil (*lease back*) – Ação revisional e ações de reintegração de posse (...). As normas do Código de

O contrato de *leasing*, mesmo que regulado com a denominação de arrendamento mercantil,⁶⁷⁸ está sendo utilizado como contrato de consumo simples de pessoas físicas, especialmente no caso do *leasing* de computadores, de eletrodomésticos e, especialmente, de automóveis.⁶⁷⁹ Nestes casos, se a empresa de *leasing*, que é fornecedora, estiver diante de um consumidor *stricto sensu*, em especial pessoa física, o contrato estará incluído no campo de aplicação do CDC. Apesar da abundante jurisprudência em contrário, continuo considerando que o *leasing* realmente mercantil, entre dois comerciantes e para fins comerciais,⁶⁸⁰ está, em princípio, excluído do campo de aplicação do CDC, podendo apenas ser incluído por ação do art. 29 do CDC ou de tratamento analógico.⁶⁸¹

A chave para a inclusão geral no CDC é a prova da vulnerabilidade *in concreto* do arrendatário, pois, em se tratando de pessoa jurídica e profissional atuando na sua atividade à procura de um insumo da produção, não há presunção de vulnerabilidade (art. 4.º, I, do CDC). Em realidade, o contrato de *leasing* é, *per se*, bastante desequilibrado, é um contrato caro⁶⁸²

Defesa do Consumidor têm aplicação nas operações de arrendamento mercantil e nas operações bancárias” (Ap.Cív. 599.068.103, rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 11.11.1999).

⁽⁶⁷⁸⁾ Veja, em *leasing* interempresarial, negando a aplicação do CDC, RT 678, p. 180 (TAPR).

⁽⁶⁷⁹⁾ Sobre o tema do *leasing* de automóveis, veja a análise de Gherzi/Muzio, p. 145 ss, e a decisão do TJRS, 7.º Grupo Cível, EI 599153251, rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 06.08.1999: “No que respeita à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de *leasing*, a jurisprudência desta Câmara é pacífica (...). Sendo assim, o CDC rege as operações financeiras, inclusive as de *leasing*, pois se trata de relações de consumo. O produto, aqui, é o crédito, que é bem juridicamente consumível, sendo o arrendante, portanto, fornecedor”.

⁽⁶⁸⁰⁾ Concorda Cavalli, p. 69, que subdivide os tipos de *leasing*, quanto às posições contratuais ativas e passivas, em *leasing* ao consumidor (usuário é destinatário final ou vulnerável); *leasing* público (usuário é a administração pública); *leasing* industrial (usuário é profissional); *leasing* promocional (concedente é a administração pública ou sociedades de economia mista); *leasing* nacional (usuário e concedente têm sede ou domicílio no mesmo país); *leasing* internacional (usuário e concedente têm sede ou domicílio em países diversos ou o equipamento é importado ou exportado).

⁽⁶⁸¹⁾ Com opinião contrária, em belíssimas páginas, veja Mancuso, *Leasing*, p. 167 ss.

⁽⁶⁸²⁾ Sobre o tema, retirando a capitalização dos juros, veja decisão do STJ: “Recurso especial – *Leasing* – Código de Defesa do Consumidor – Capitalização de

e que permite, aliado à alienação fiduciária, muitos privilégios⁶⁸³ para o fornecedor do *leasing*, geralmente conglomerados bancários e grandes empresas, daí se dar que a vulnerabilidade *in concreto* (e coletiva)⁶⁸⁴ do arrendatário, mesmo que profissional, é de fácil comprovação, e a jurisprudência majoritária⁶⁸⁵ utiliza o CDC (diretamente ou analogicamente)

juros. 1. O Código de Defesa do Consumidor, na linha de precedente da 3.^a Turma, aplica-se aos contratos de arrendamento mercantil, já que caracterizada a prestação de serviços pela arrendadora e estabelecida uma relação de consumo. 2. Os juros, nos contratos de *leasing*, compõem o valor total do arrendamento, sendo possível, em princípio, verificar a existência de capitalização. Na hipótese presente, por outro lado, a perícia realizada detectou a capitalização dos juros, não havendo como afastar a conclusão do *expert* sem apreciar o contrato e o laudo apresentado, incidindo a vedação das Súmulas 5 e 7/STJ. 2. Dissídio jurisprudencial não comprovado ante a ausência de semelhança fática entre os casos confrontados. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3.^a T., REsp 263721/MA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 13.02.2001).

⁽⁶⁸³⁾ Veja, proibindo a inclusão do devedor, que ingressou com ação revisional do *leasing* em dólar, nos cadastros de inadimplentes, decisão do TJRS, que assim ensina: "Ação de revisão contratual – Contrato de arrendamento mercantil – Correção das parcelas em dólar americano – Antecipação de tutela. A discussão judicial do débito é motivo para permitir o depósito mensal das importâncias entendidas como devidas. (...) Além disso, permitir que o devedor fique na posse do bem, devidamente compromissado, evitando o registro de seu nome em cadastros de inadimplentes, pois se está discutindo o *quantum* efetivamente devido. O contrário acarretaria tratamento desigual entre as partes, forçando os devedores a efetuarem os pagamentos pela quantia que os credores entendem como correta, funcionando como verdadeira forma de coação e constrangimento, que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico (art. 42 do CDC)" (AI 599228004, rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 06.05.1999).

⁽⁶⁸⁴⁾ Veja ação da OAB/SP para a proteção coletiva dos consumidores, na RDC 29, p. 209-215, e primeira decisão nas p. 179-181. Sobre o tema da defesa coletiva e como este não se coaduna com critérios individuais de destinação final, veja Mancuso, *Leasing*, p. 168.

⁽⁶⁸⁵⁾ O grande exemplo é o REsp 235200, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 20.11.2000: "O fato de o arrendamento destinar-se a bem que será utilizado pela arrendatária nas suas atividades comerciais não retira a configuração abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor. No caso, a arrendatária é a consumidora final do bem arrendado, que com ela permanece, sendo diverso o serviço que presta ao público como transportadora". Ainda há, porém, jurisprudência em sentido oposto em caso de *leasing* de microônibus: "A aplicação do Código do Consumidor é descabida no caso. (...) Do adquirente de bens ou

para proteger nestes contratos pequenos comerciantes,⁶⁸⁶ taxistas,⁶⁸⁷ agricultores e microempresários. Importante é que, diante da massificação do

serviços exige a lei, fundamentalmente, que seja ele o destinatário final (art. 2.^o), excluindo assim a possibilidade de aquele que pratica o denominado consumo intermediário – no mais das vezes um profissional do mercado – beneficiar-se com aquele regramento protetivo" (p. 3) (2.^o TACivSP, AI 636557-00/5, rel. Juiz Ribeiro da Silva, j. 29.06.2000).

⁽⁶⁸⁶⁾ Veja, por todos, a decisão do STJ: "Processo civil – Agravo no agravo por instrumento – Ação de conhecimento – Rito ordinário – Contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) – Prequestionamento – Ausência – Recurso especial – Fundamentação deficiente – Divergência – Ausência do cotejo analítico – Relação de consumo – Caracterização. Ausente o prequestionamento do direito violado, resta inadmissível o recurso especial. Deficientemente fundamentado, resta inadmissível o recurso especial. Ausente o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os arestos paradigmas, resta inadmissível o recurso especial. O contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao regime do CDC, não desqualificando a relação de consumo o fato de o bem arrendado destinar-se às atividades comerciais da arrendatária. Agravo no agravo por instrumento a que se nega provimento" (STJ, 3.^a T., AGA 357358/PR, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 19.03.2001). No mesmo sentido: "Arrendamento mercantil – Código de Defesa do Consumidor – Juros – Comissão de permanência. 1. O contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao regime do Código de Defesa do Consumidor, não desqualificando a relação de consumo o fato de o bem arrendado destinar-se às atividades comerciais da arrendatária. 2. Os contratos celebrados pelas instituições financeiras, salvo expressa previsão legal, estão sob o alcance da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência da Corte permite a cobrança da comissão de permanência, desde que pactuada, vedada, em qualquer caso, a sua cumulação com a correção monetária. 4. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ, 3.^a T., REsp 235200/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.10.2000).

⁽⁶⁸⁷⁾ Assim, decisão do TRF 5.^a R., cuja ementa é: "Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Veículo automotor – Contrato de mútuo com cláusula de alienação fiduciária em garantia – Ausência de devolução das parcelas pagas – Código de Defesa do Consumidor – Impossibilidade. De acordo com a disciplina estampada no CDC, art. 53, nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. *In casu*, tratando-se de hipótese em que o credor visa a busca

leasing, a jurisprudência majoritária brasileira,⁶⁸⁸ inclusive do STJ, optou claramente pela inclusão do arrendamento mercantil no campo de aplicação do CDC.⁶⁸⁹

A importância do *leasing* massificado no mercado de consumo (e financiamento) brasileiro e a importante jurisprudência desencadeada em todo o País⁶⁹⁰ pelas práticas e cláusulas abusivas neste tipo de contrato levam-me, na quarta edição, a refletir mais sobre a verdadeira natureza deste contrato conexo e complexo.⁶⁹¹ Inicialmente é interessante observar que a doutrina mais recente de direito comparado, em especial a norte-americana, passou a incorporar o *auto lease* (*leasing* de automóveis no modelo *leasing* financeiro) dentre as práticas comerciais de venda (*sales practices*), destacando que se trata mais de um “método” negocial

e apreensão de veículo automotor (táxi) face à ausência de pagamento das prestações pactuadas, de conformidade com o referido diploma suso indicado, impossível deferir-se tal medida” (TRF 5.ª R., 2.ª T., AGTR 16.205/PE, rel. Juiz Petrucio Ferreira, DJU 07.05.1999).

⁽⁶⁸⁸⁾ Veja importante levantamento da jurisprudência nacional, aplicando o CDC ao *leasing*, em Efig. *Contratos e procedimentos bancários*, p. 122-128.

⁽⁶⁸⁹⁾ Veja decisões mais recentes do STJ, todas reafirmando a aplicação do CDC a este tipo contratual: 3.ª T., REsp 268661/RJ, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 16.08.2001; 3.ª T., AGREsp 275391/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.06.2001; 3.ª T., REsp 297709/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.06.2001; 3.ª T., AGA 371635/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.05.2001; 3.ª T., REsp 254093/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.05.2001; 3.ª T., AGA 357358/PR, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 19.03.2001; 3.ª T., REsp 263721/MA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 13.02.2001; 3.ª T., REsp 248424/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.11.2000; 3.ª T., REsp 235200/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.10.2000; 3.ª T., REsp 213565/ES, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 01.06.2000.

⁽⁶⁹⁰⁾ Neste sentido, destaque-se a resposta nacional ao problema da transferência do risco cambial para os consumidores, neste tipo contratual. Assim, as ementas: “O contrato de arrendamento mercantil ou *leasing* pode ter modificadas as cláusulas que implicam em onerosidade excessiva ao consumidor, por fatos supervenientes à data da celebração do contrato, como as cláusulas que vinculam a correção das prestações e do valor residual à variação do dólar” (TJPA, 2.ª Câm.Cív., AI 1999301637, rel. Des. Izabel Vidal de Negreiros Leão, j. 19.03.2001).

⁽⁶⁹¹⁾ Veja, sobre a natureza do *leasing* no Brasil, Mancuso, *Leasing*, p. 27 ss; Rizzardo, *Leasing*, p. 151 ss; Efig. *Contratos*, p. 115 ss.

de sucesso do que de um tipo contratual específico.⁶⁹² Dando ênfase à metodologia de contratação do *leasing* massificado e de consumo, os norte-americanos⁶⁹³ passaram a analisar o *leasing* de carros junto com as “vendas de porta em porta”, “vendas por telefone”, “envio não solicitado de produtos”, “vendas piramidais”, vendas de carros usados e “vendas”... por *leasing*. Daí talvez a origem da dificuldade na determinação da natureza deste contrato por adesão, misto e complexo, formado pela união de características de muitos outros contratos⁶⁹⁴ e, no *leasing* mais comum de consumo, com um viés financeiro e de serviço complexo muito forte. Observe-se também que é o fornecedor que – para multiplicar suas vendas – escolhe o “método” do *leasing* de bens de consumo. Ao oferecer o

⁽⁶⁹²⁾ Enquanto a 2.ª edição do *Consumer law in a nutshell*, de 1991, de Epstein e Nickles, p. 22 ss, no capítulo denominando “Inducing consumer transactions”, não trazia o *leasing*, a 3.ª edição do *Consumer protection law in a nutshell*, de 1999, de Marsh, p. 61, inclui o *leasing* de automóveis entre as outras práticas comerciais de venda (*other sales practices*, p. 53 ss), no capítulo intitulado “Methods of inducing consumer transaction”, p. 40 ss.

⁽⁶⁹³⁾ Assim Marsh, p. 53-62.

⁽⁶⁹⁴⁾ Esta complexidade por vezes dificultava a primeira análise pela jurisprudência, como demonstra a decisão do TJRS: “Arrendamento mercantil. Não é contrato de adesão, mas por adesão. Contrato híbrido com componentes de mútuo, compra e venda e locação. Natureza da contraprestação que não permite decompor as parcelas, não se podendo falar em taxa de juros, capitalização etc., mas em custo da operação financeira” (Ap.Cfv. 197096464, rel. Des. Otávio A. de F. Barcellos, j. 01.07.1998). O STJ, em análise mais profunda, bem determina que a escolha do método negocial pelo fornecedor não deve ter efeitos contra o consumidor que adere ou expediente suficiente para fraudar as leis imperativas, aplicáveis também ao contrato de *leasing*, como demonstram as decisões: “Recurso especial – *Leasing* – Código de Defesa do Consumidor – Capitalização de juros. 1. O Código de Defesa do Consumidor, na linha de precedente da 3.ª Turma, aplica-se aos contratos de arrendamento mercantil, já que caracterizada a prestação de serviços pela arrendadora e estabelecida uma relação de consumo. 2. Os juros, nos contratos de *leasing*, compõem o valor total do arrendamento, sendo possível, em princípio, verificar a existência de capitalização. Na hipótese presente, por outro lado, a perícia realizada detectou a capitalização dos juros, não havendo como afastar a conclusão do *expert* sem apreciar o contrato e o laudo apresentado, incidindo a vedação das Súmulas 5 e 7/STJ. 2. Dissídio jurisprudencial não comprovado ante a ausência de semelhança fática entre os casos confrontados. 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, 3.ª T., REsp 263721/MA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 13.02.2001).

método do *leasing* como mais um método ou meio de “aquisição” de bens de consumo massificado, tem o fornecedor uma “comodidade” e assume assim os riscos da complexidade e da falta de clareza deste contrato. Relembre-se também que a publicidade deste método negocial muitas vezes já desinforma o consumidor em potencial, ao afirmar: “venda de automóvel X na modalidade *leasing*”. Outras vezes o fornecedor escolhe o *leasing* como única forma contratual possível de compra de um veículo em uma determinada revendedora ou por um determinado preço vantajoso. Quanto menor a informação, quanto mais dúbio o *marketing*, quanto menor a liberdade de escolha do consumidor, maiores são os riscos de inadimplemento e de violação dos paradigmas de boa-fé objetiva do CDC por parte dos fornecedores que assim atuarem.

Quanto à natureza do *leasing*, há que se mencionar aqui a tendência da jurisprudência dos tribunais estaduais⁶⁹⁵ e do STJ, com base na lei especial (Lei 6.099/74-Lei 7.132/83), de considerar que, havendo antecipação do VRG ou valor residual, o contrato se “descharacterizaria”,⁶⁹⁶ pas-

⁶⁹⁵ Exemplo deste entendimento jurisprudencial é a decisão do TJRS, Ap.Cív. 598422202, rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 09.12.1999, cuja ementa é: “Arrendamento mercantil – (...) Natureza jurídica efetiva da contratação – Contrato de compra e venda com pagamento parcelado, em face do recolhimento antecipado do valor residual – Descaracterização do contrato de *leasing*”.

⁶⁹⁶ Veja, por todos, a recente decisão do STJ, REsp 243764/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito e Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 06.02.2001, cuja ementa ensina: “Civil – Arrendamento mercantil – *Leasing* financeiro. I – A antecipação do VRG ou o adiantamento ‘da parcela paga a título de preço de aquisição’ faz infletir sobre o contrato o disposto no § 1.º do art. 11 da Lei 6.099/74, operando demodificação, *ope legis*, do contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda a prestação. Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário. II – A ausência da justa causa para expedição de mandado de reintegração de posse é a abusividade da cláusula – e que pode ser objeto de controle judicial *ex officio* – que faculta a opção da aquisição do bem ‘tendo a arrendatária cumprido todas as suas obrigações’, se o valor residual – com valor e vencimento já discriminados no frontispício do contrato padrão – é exigido desde o início da sua execução, e não só no momento da opção. Se esta opção é predefinida pelas partes, pelo pagamento antecipado e continuado do VRG, não há mais que se falar em tríplice opção (adquirir os bens mediante o pagamento do valor residual corrigido; renovar o arrendamento pelo prazo e condi-

sando ao regime semelhante ao de uma compra e venda financiada *sui generis* ou compra e venda a prazo.⁶⁹⁷ Note-se que a lei especial já previa esta hipótese e que aqui o que muda é o regime jurídico, não a natureza do contrato, que continua de *leasing*, mas preponderando as características de espécie nova de compra financiada.⁶⁹⁸ Certo é que o STJ considera a natureza do contrato de *leasing* como um “contrato de crédito”.⁶⁹⁹

Dentre as muitas práticas e cláusulas abusivas identificadas neste tipo contratual, destaco que a jurisprudência brasileira manifestou-se pela nulidade (art. 6.º, VI) da cláusula de reajuste pelo índice unilateral da Anbid,⁷⁰⁰ da cláusula de cobrança da comissão de permanência em caso de inadimplemento, com base em taxas de mercado,⁷⁰¹ da cláusula exigindo a continuidade do pagamento após devolução do bem⁷⁰² e da que autoriza a cobrança do ISSQN.⁷⁰³ A jurisprudência brasileira chegou mesmo a manifestar-se sobre a lesão enorme⁷⁰⁴ e pela possibilidade

ções que as partes ajustarem, tendo como base o valor residual corrigido; restituir os bens à arrendante com o pagamento do valor residual corrigido”.

⁶⁹⁷ Veja, por todos, REsp 196.209/RS, rel. Min. Waldemar Zweiter, j. 09.11.2000, ou REsp 163.845/RS, DJU 11.10.1999, *Ajuris* 80, dez. 2000, p. 793.

⁶⁹⁸ Esta parece ser a mensagem do REsp 268.005/MG, j. 23.10.2000, em que o relator Min. José Delgado, um grande especialista em *leasing*, negou a possibilidade de cobrança de IR em um contrato “descharacterizado de *leasing*”, pois o VRG seria ínfimo e os prazos seriam muito inferiores à vida útil do bem – *Ajuris* 80, dez. 2000, p. 788.

⁶⁹⁹ Assim RHC 9.542/SP, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 10.10.2000, citado nas notícias do STJ, na *Ajuris* 80, dez. 2000, p. 782: “Por isso não há que se pedir ao direito penal remédio para tal contrato, pois o deslinde da questão é alheio da área criminal”.

⁷⁰⁰ Assim REsp 102.992/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 24.03.1997.

⁷⁰¹ Assim decisão do TJRS, Ap.Cív. 198028078, rel. Des. José Aquino F. de Camargo, j. 29.09.1998. Veja permitindo a comissão de permanência, em determinadas circunstâncias: REsp 235.200/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.10.2000 – *RDC* 38, p. 329-332.

⁷⁰² Veja decisão do TAMG na *RDC* 22, p. 221-223, e Efig, *Contratos*, p. 121-122.

⁷⁰³ Veja REsp 322-SP, Reg. 89.8785-1, citado por Efig, *Contratos*, p. 128.

⁷⁰⁴ O exemplo mais interessante desta linha jurisprudencial de controle de preços é do TJRS, em que se identifica 91% de lucro bruto como lesionário: “Arrendamento mercantil – Rescisão – Lesão enorme – Cautelar para devolução do bem – Reintegração de posse. Ajuizada pelo arrendatário ação cautelar para

de modificação da cláusula de reajuste em dólar que criava onerosidade excessiva para os consumidores após a maxidesvalorização da moeda brasileira (art. 6.º, V, do CDC).

No caso do *leasing* em dólar,⁷⁰⁵ a resposta jurisprudencial foi exemplar quanto à proteção do consumidor, mas dispare quanto aos fundamentos. Muitos tribunais optaram por permitir a rescisão contratual com base nas teorias da imprevisão, visualizando-as no CDC; outros utilizaram-se do art. 6.º, V, modificando a cláusula de reajuste do preço, ora substituindo-a por outros índices, ora reequilibrando a relação e o sinalagma funcional deste tipo de contrato, intimamente ligado aos juros do financiamento.

O importante desta segunda linha de opiniões, à qual me filio, é ter concretizado a cláusula geral do art. 6.º, V, como introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da quebra da base objetiva do negócio, preconizada por Larenz. Neste sentido, não há necessidade de que o fato superveniente do art. 6.º, V seja “imprevisível”, “bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor” (REsp 268661/RJ, rel. Min. Fátima Nancy Andriahi, j. 16.08.2001).⁷⁰⁶

devolução do bem, falece ao arrendante interesse jurídico para aforar demanda reintegratória. Lucro bruto de 91% sobre o custo do bem, em *leasing* de 24 meses, consiste lesão enorme ao arrendatário (art. 6.º, V, CDC). Nulidade de cláusula. Rescisão do contrato, com a devolução do veículo e o perdimento pelo arrendatário das parcelas pagas. Apelo improvido. Unânime”.

⁽⁷⁰⁵⁾ Note-se que outros negócios envolvendo crédito e financiamento, com nomes diversos, ocorrerão no mercado brasileiro na mesma época, tais como o contrato de “compra e venda [de automóvel] com assunção de dívida em moeda estrangeira” – veja bela decisão do TAMG, RDC 35, p. 329-338.

⁽⁷⁰⁶⁾ A ementa completa desta belíssima decisão do STJ é: “Revisão de contrato – Arrendamento mercantil (*leasing*) – Relação de consumo – Indexação em moeda estrangeira (dólar) – Crise cambial de janeiro de 1999 – Plano Real – Aplicabilidade do art. 6.º, V, do CDC – Onerosidade excessiva caracterizada – Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação – Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. O preceito insculpido no inciso V do art. 6.º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. A desvalorização da moeda nacional perante a moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de sol-

A riqueza desta linha de decisão está também em ter destacado que os riscos profissionais típicos inerentes à organização da cadeia de fornecimento deste tipo de negócio (por exemplo, decisão da fonte – no reduzido mercado nacional ou no exterior – de proveniência dos recursos usados para o financiamento do *leasing*) devem ser suportados pelos fornecedores e não podem ser transferidos para os consumidores (mesmo se lei ordinária assim autoriza), sendo abusiva a cláusula contratual que assim autorize.⁷⁰⁷ Estas decisões ainda destacam a importân-

ver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano. É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (arts. 6.º, III, 10, *caput*, 31 e 52 do CDC). Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (arts. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6.º da Lei 8.880/94” (STJ, 3.ª T., REsp 268661/RJ, rel. Min. Fátima Nancy Andriahi, j. 16.08.2001).

⁽⁷⁰⁷⁾ Neste sentido também a exemplar decisão do TJRJ, rel. Des. Sérgio Cavaliere Filho, j. 02.12.1999, em contrato denominado de compra e venda de faturamento, assunção de dívida em moeda estrangeira, cuja ementa ensina: “Bancos e financeiras, à luz do CDC, são fornecedores não apenas de serviços – cobrança de contas, tributos etc. – como também de produtos da atividade negocial das financeiras, crédito este que, quando concedido ao devedor para que o utilize como destinatário final, sujeita-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor por força do disposto em seus arts. 3.º, § 2.º, e 52 e incisos. Viola o princípio da transparência a cláusula contratual que estabelece o reajuste das prestações pela variação do dólar sem que tenham sido dados ao consumidor todos os esclarecimentos necessários sobre os riscos e consequências da mesma, pelo que deve ser considerada ineficaz. Viola também dita cláusula o princípio da confiança na medida em que a súbita elevação do dólar frustrou a legítima expectativa do consumidor de que teria condições de continuar pagando as prestações até o final do financiamento e, assim, adquirir definitivamente o seu veículo. A cláusula de reajuste pela variação do dólar viola, ainda, o princípio da boa-fé objetiva porque o financiador, através dela (cláusula),

cia do direito de informação dos consumidores e do dever de aconselhamento dos fornecedores – especialistas em *leasing* e em captação profissional de recursos para o negócio financeiro – diante dos consumidores leigos: “É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (arts. 6.º, III, 10, *caput*, 31 e 52 do CDC)” (REsp 268661-RJ, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 16.08.2001).

Merece destaque o fato de esta linha jurisprudencial ter bem evidenciado que a técnica do CDC, de assegurar direitos materiais ao consumidor, de modificação das cláusulas excessivamente onerosas, por exemplo, e de impor deveres de informação e de abstenção do abuso aos fornecedores, *per se*, influencia o direito processual de defesa do consumidor, ao impor, *ex vi lege*, determinadas provas ao fornecedor: “A exigência de que a arrendadora prove a origem do dinheiro utilizado no contrato, para efeito de vinculação das contraprestações à variação do dólar americano, não representa inversão quanto ao ônus da prova” (STJ, 3.ª T., AGREsp 275391/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.06.2001).

Por fim, mencione-se que a prisão civil do consumidor, em caso de *leasing*, foi considerada contrária à Constituição Federal de 1988 pelo STJ.⁷⁰⁸ Efetivamente, o art. 7.º, § 7.º, da Convenção Americana sobre Di-

procurou transferir para o consumidor os riscos do seu negócio, riscos esses que não lhe eram desconhecidos, tanto assim que deles procurou se livrar. O CDC, em seu art. 6.º, V, permite expressamente a revisão das cláusulas contratuais sempre que fatos supervenientes os tornem excessivamente onerosos. Ali não mais se exige que esses fatos supervenientes sejam imprevisíveis, como na clássica teoria da imprevisão, bastando que sejam inesperados. A questão da desvalorização do real diante do dólar é, sem dúvida, típico caso de rompimento da base do negócio jurídico, pois, embora previsível, foi um fato não esperado pelo consumidor em face das constantes promessas do governo no sentido de não alterar a política cambial. Esse fato previsível, mas não esperado, situa-se na área do risco inerente a qualquer atividade comercial, não podendo ser transferido para o consumidor” – íntegra na RDC 34, p. 281-287.

⁽⁷⁰⁸⁾ Assim o *leading case*: “Apropriação indébita – *Leasing* – Ação penal – Trancamento. Mostra-se aberrante a aceitação pura e simples da possibilidade de prisão por dívida fora dos casos previstos e expressos na CF, que não podem ser dilargados. A execução do inadimplemento do *leasing* deve ser feita sobre o patrimônio do devedor e não por via de ação penal por apropriação indébita. O enten-

reitos Humanos, conhecida como Pacto de San José, de 1969, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Dec. 678, de 06.11.1992, determina que ninguém será preso em razão de dívidas, à exceção das dívidas de alimentos.⁷⁰⁹ Neste sentido já se manifestou, proibindo a prisão por dívidas em caso de alienação fiduciária, o STJ.⁷¹⁰ A Emenda Constitucional n. 45 incluiu no art. 5.º da CF/88 um § 3.º, com o seguinte texto: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional,⁷¹¹ em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Resta saber se esta emenda modificará a linha do STF no que se refere à prisão por dívidas.

g) *Contratos de fornecimento de serviços públicos* – Uma das grandes novidades do sistema do CDC é incluir as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, no caso dos serviços públicos que a elas competem (art. 175 da CF), prevendo expressamente, no art. 22 do CDC, um dever dos órgãos públicos, de suas empresas, concessionárias ou per-

dimento pretoriano, a propósito da característica básica do *leasing*, é ser predominantemente uma operação financeira, onde a posse é deferida com o pagamento das prestações. O bem, neste caso, é entregue não para guarda, mas em decorrência do financiamento. Difere a hipótese da alienação fiduciária, porque nela, ao contrário do *leasing*, o legislador, como exagerada garantia do credor, incluiu a figura do depositário. O descumprimento do contrato pelo arrendatário (REsp 155999/MG) permite a propositura de ação de reintegração de posse que, uma vez julgada procedente, não se encontrando o bem, resolve-se em perdas e danos” (STJ, 6.ª T., RHC 7.913/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 10.05.1999). Veja também REsp 259.750/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 10.10.2000.

⁽⁷⁰⁹⁾ Assim ensina Queiroz/Prisão, p. 218, que analisa a posição do STF, permitindo a prisão do depositário, e a do STJ, em sentido contrário. Veja Súmula 304 do STJ: “É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial”. E também, analogicamente, a Súmula 280 do STJ: “O art. 35, do Decreto-lei 7.661, de 1945, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do art. 5.º da Constituição Federal”.

⁽⁷¹⁰⁾ A decisão é a seguinte: “Alienação fiduciária – Prisão civil. Não cabe a prisão civil de devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária” (EDREsp 149.518-GO, rel. Min. Ruy Rosado, j. 05.05.1999).

⁽⁷¹¹⁾ Sobre o tema veja livro de Mazzuoli. Visualizando problemas com a EC n. 45, veja recente trabalho do mesmo autor na *Revista de Informação Legislativa*, 2005.

missionárias, de fornecer “serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.⁷¹² O direito administrativo já conhecia a *faute de service*,⁷¹³ baseada, porém, na culpa, e também o dever de continuidade, mas o CDC inova ao impor-lhes um dever legal de adequação,⁷¹⁴ como a todos os outros fornecedores (veja Capítulo 4, 2.1).

Como consequência do art. 3.º do CDC, os contratos firmados entre os consumidores (destinatários finais) e os órgãos públicos e suas empresas também podem, em princípio, ser considerados de consumo. O regime, porém, dos contratos concluídos com a administração é especial: mesmo se regidos por leis civis, não perde a relação seu caráter dito de “verticalidade”, reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato. Se poderão as normas do CDC reequilibrar, na prática, esta relação é uma pergunta difícil. Certo é que cabe à administração cumprir as leis, e, em realidade, o CDC impõe a ela e a seus concessionários, como fornecedores de serviços e eventualmente de produtos, deveres específicos, muitos deles relacionados ao equilíbrio do contrato, como veremos a seguir (Capítulos 3 e 4). A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do direito constitucional, com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.

⁽⁷¹²⁾ Veja-se decisão do TJBA na RT 729/261.

⁽⁷¹³⁾ Assim ensina Adalberto Pasqualotto em seu trabalho Os serviços públicos, p. 130 ss, em que examina detidamente o tema e que seguiremos nesta exposição. Veja também, sobre a relação entre as normas do direito civil e do direito administrativo, o mestre Cirne Lima, *Elementos*.

⁽⁷¹⁴⁾ Nesta nova linha de adequação dos serviços prestados pelas empresas estatais, em problema hoje quase inexistente: “Ação de cobrança – Multa – Telecondomínio. Responde a empresa-contratante pela multa de 10% sobre o valor do contrato, em face do atraso na instalação dos terminais telefônicos, desimportando o relacionamento daquela com a CRT. Apelo desprovido. Unânime” (TJRS, Ap.Cív. 599204807, rel. Des. Rubem Duarte, j. 28.06.2000); e “Ação de cobrança de multa contratual – Instalação de terminal telefônico – Linha comunitária. É de ser aplicada multa contratual à empresa que atrasou na instalação de terminal telefônico em condomínio, reconhecendo-se a higidez de termo aditivo, realizado pela associação de condôminos, o qual prorrogou a data de entrega da linha telefônica. Multa limitada a 0,1% ao dia de atraso. Apelo parcialmente provido” (TJRS, Ap.Cív. 70000121475, rel. Des. Cezar Tasso Gomes, j. 29.06.2000). Em sentido contrário: EMI 70001539436, rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, j. 17.11.2000.

A jurisprudência tem demonstrado alguma dificuldade em conciliar estes ideais. As decisões, especialmente sobre o não cumprimento dos prazos contratuais na entrega de linhas e telefones, variam de Estado para Estado da Federação,⁷¹⁵ algumas impondo (com função satisfatória e preventiva) efetivas multas diárias pelo descumprimento contratual (art. 84 do CDC).⁷¹⁶ Polêmicas são, igualmente, a penhorabilidade (Lei 8.009/90) da única linha telefônica⁷¹⁷ e as novas figuras complexas, como o condomínio de linhas telefônicas.⁷¹⁸

⁽⁷¹⁵⁾ Veja no TJRS a decisão: Ação de cobrança – Contrato de compra e venda de direito e uso de linha telefônica – Instalação de terminal – Obrigação de fazer – Descumprimento por parte do fornecedor – Cláusula contratual abusiva. É nula, porque abusiva, disposição contratual que transfere a responsabilidade do fornecedor a terceiro, nos termos do art. 51, inciso III, da Lei 8.078/90. Multa. Incidência. Devida a multa a favor do consumidor, nos termos em que prevista no pacto celebrado entre as partes, em caso de não-cumprimento da obrigação de fazer no prazo contratual por parte do fornecedor. Apelação parcialmente provida” (TJRS, Ap.Cív. 70000218925, rel. Des. Jorge Luis Dall’Agnol, j. 28.12.2000); e o *leading case*, na RT 672/117 (TJSP, 12.ª Câm., Ap. 177.152-2/8, rel. Des. Luiz Tâmara, j. 06.08.1991).

⁽⁷¹⁶⁾ Assim sobre o *leading case* da Magistrada de Guaíba, Juíza Rosane Wanner da Silva, no Juizado de Pequenas Causas: “CRT – Contrato de instalação de telefone – Prazo. Mesmo considerando-se que a instalação dos terminais se daria ‘a partir de’ um mês certo, o cumprimento dessa obrigação não pode ficar ao inteiro dispor do vendedor. Razoável o critério da sentença que utilizou o prazo de noventa dias contados do mês fixado, mesmo prazo válido para a rescisão do contrato por inadimplência dos compradores. Redução do valor da multa ao teto da alçada do Juizado” (3.ª Câmara Recursal/RS-Guaíba, Rec. 39/93, rel. Wilson Carlos Rodycz, j. 25.03.1993, negaram provimento, v.u.).

⁽⁷¹⁷⁾ 4.ª T., REsp 0098661/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.12.1996: “Execução – Penhora – Lei 8.009/1990 – Linha telefônica. A impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90 não se estende ao direito de uso de linha telefônica. Código de Defesa do Consumidor. Vigência. O CDC não se aplica aos contratos celebrados anteriormente a sua vigência”.

⁽⁷¹⁸⁾ Veja decisão do TJRS, considerando risco profissional os vícios na qualidade e entrega deste tipo de “produto”, cuja ementa é: “Contrato particular de compra e venda de direito de uso de linha telefônica com adesão ao telecondomínio. Descumprido o prazo previsto para a instalação do terminal telefônico, incide a multa, mesmo em situação contratualmente prevista como de caso fortuito ou força maior, se a hipótese não configura a presença destes institutos. Apelação provida em parte” (TJRS, Ap.Cív. 70000524215, rel. Des. Manoel Velocino Pereira Dutra, j. 04.10.2000).

Relembre-se que, pela definição de serviços do art. 3.º do CDC, somente àqueles serviços pagos, isto é, como afirma o § 2.º, “mediante remuneração”, serão aplicadas as normas do CDC. Em interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência prevista pelo CDC. De qualquer maneira, interessam ao nosso estudo somente aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre o consumidor e o órgão público ou seu concessionário.⁷¹⁹ Como ensina o STJ: “Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público”.⁷²⁰

Assim, aplica-se o CDC, sempre que presente um consumidor, aos serviços públicos referentes ao fornecimento de água,⁷²¹ energia elétrica,⁷²²

⁽⁷¹⁹⁾ Como explico na apresentação da obra de Bonatto/Moraes, p. 15, não visualizo base ou motivo legal para diferenciar entre diversos tipos de taxas e outros serviços prestados *uti singuli*, que considero todos incluídos no âmbito de aplicação do CDC.

⁽⁷²⁰⁾ ROMS 8915/MA, rel. Min. José Delgado, j. 12.05.1998.

⁽⁷²¹⁾ Veja pesquisa de jurisprudência realizada por Namba, A suspensão do serviço público pela concessionária, *RDC* 36, p. 145-146. Assim também o Juizado Especial do RS considera relação de consumo: “Consumo – Serviços – Corsan – Conservação de hidrômetro. Se a empresa concessionária de serviço público, no caso, de distribuição de água, não informou o consumidor da sua responsabilidade no tocante à conservação do equipamento de medição (hidrômetro) e, ainda, não demonstrou que o consumidor tenha sido o causador dos danos no aparelho, procede o pedido para a desconstituição do débito (relativo ao conserto do hidrômetro), unilateralmente lançado” (Rec. 01596932457, rel. Claudir Fidélis Faccenda, j. 18.12.1996 – *Revista dos Juizados Especiais* 18, dez. 1996, p. 71).

⁽⁷²²⁾ Assim STJ, AGA 307905/PB, rel. Min. José Delgado, j. 10.10.2000. Veja pesquisa de jurisprudência realizada por Namba, *RDC* 36, p. 146-148. Note-se que o TJRS considera relação de consumo mesmo em propriedade rural e afirma: “CEEE – Empréstimo para instalação de rede elétrica – Contrato de adesão – Previsão de restituição da importância mutuada sem correção monetária – Inadmissibilidade. É de adesão o contrato em que o consumidor obriga-se a financiar a obra para obter a prestação do serviço público, sendo nula a cláusula que prevê a restituição da importância mutuada pelo valor histórico, como se fosse uma doação, gerando enriquecimento sem causa da concessionária de serviço público” (Ap.Cív. 70002485415, rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, j. 10.05.2001). Assim como estabelece a responsabilidade do fornecedor em caso de “danos em aparelhos elétricos ocasionados por pro-

gás, telefonia,⁷²³ transportes públicos,⁷²⁴ estradas com pedágio,⁷²⁵ financiamento, construção de moradias populares etc.⁷²⁶

Daí a importância de destacar, dentre as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 2 maio 2000, no painel referente ao Direito Básico de Acesso ao Consumo, as conclusões n. 2, 3 e 4, aprovadas por unanimidade, que afirmam: “2. Aplicam-se as normas do CDC aos serviços públicos executados mediante o regime da concessão, cabendo ao intérprete potencializar a utilização das normas do Código em conjunto com as regras protetivas do consumidor, existentes nas leis específicas que regulam cada um dos serviços”; “3. O princípio da continuidade é de ser observado na prestação dos serviços públicos concedidos, sendo imposto tanto pelas normas de proteção do consumidor como pelas regras do direito administrativo. O descumprimento do dever de continuidade gera, além de sanções administrativas, a reparação dos danos causados, incidindo responsabilidade objetiva da prestadora do serviço”; e “4. Incide a responsabilidade objetiva das empresas concessionárias quanto aos danos ocasionados na prestação dos serviços,

blemas na rede elétrica”, conforme o CDC (*Revista das Turmas Recursais* 20, p. 88, rel. Guinther Spode).

⁽⁷²³⁾ Veja, utilizando o CDC, o REsp 331271, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22.10.2001. Veja também, sobre telefonia, a Súmula 193 do STJ: “O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião”.

⁽⁷²⁴⁾ Veja REsp 104892/DF, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 21.10.1999, e Cavalieri Filho, *Programa*, p. 195 ss.

⁽⁷²⁵⁾ Sobre o dever de cuidado no serviço de manutenção de estrada concedida, veja lição do STJ: “Concessionária de rodovia – Acidente com veículo em razão de animal morto na pista – Relação de consumo. 1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101 do Código de Defesa do Consumidor. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, 3.ª T., REsp 467.883/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.06.2003).

⁽⁷²⁶⁾ Adriano Perácio de Paula, O Código do Consumidor, *RIL* 118, p. 407, prefere denominar estes de “serviços públicos comerciais e industriais”.

cabendo ao consumidor desse modo, unicamente: a) a prova da efetiva ocorrência do dano; b) o nexo de causalidade entre a ação ou omissão da empresa e a ocorrência do dano; c) o montante do prejuízo”.

Inicialmente a jurisprudência brasileira assentou que deve haver continuidade na prestação de serviços públicos em geral, com base no art. 22 do CDC. O STJ então ensinava: “Administrativo – Direito do consumidor – Ação de indenização – Ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica – Interrupção do fornecimento – Corte – Impossibilidade – Arts. 22 e 42 da Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). 1. Recurso especial interposto contra acórdão que entendeu não ser cabível indenização em perdas e danos por corte de energia elétrica quando a concessionária se utiliza de seu direito de interromper o fornecimento a consumidor em débito. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade. 2. Não resulta em se reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma, em face de ausência de pagamento de fatura vencida. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 4. O art. 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor assevera que ‘os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos’. O seu parágrafo único expõe que, ‘nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código’. Já o art. 42 do mesmo diploma legal não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dispositivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. 5. Não há de se prestigiar atuação da justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. 6. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza. 7. É devida

indenização pelos constrangimentos sofridos com a suspensão no fornecimento de energia elétrica. 8. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao juízo de origem a fim de que, e não mais, o MM. Juiz aprecie a questão do *quantum* a ser indenizado” (STJ, 1.ª T., REsp 430812/MG, rel. Min. José Delgado, j. 06.08.2002).

A jurisprudência valorava também que o corte viola, desnecessária e irrazoavelmente, os paradigmas de cobrança leal do art. 42 do CDC, ensinando: “Corte no fornecimento de água – Inadimplência do consumidor – Ilegalidade. 1. É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo. 2. Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atraso” (REsp 122812/ES, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 05.12.2000).⁷²⁷

Assim, também assentou a jurisprudência, como vimos no exame das vulnerabilidades, que pode haver vulnerabilidade *in concreto* dos usuários destes serviços, se serviços essenciais, mesmo que pessoas jurídicas: “Administrativo – Empresa concessionária de fornecimento de água – Relação de consumo – Aplicação dos arts. 2.º e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como

⁽⁷²⁷⁾ Veja também neste sentido: “Fornecimento de água – Suspensão – Inadimplência do usuário – Ato reprovável, desumano e ilegal – Exposição ao ridículo e ao constrangimento. A Companhia Catarinense de Água e Saneamento negou-se a parcelar o débito do usuário e cortou-lhe o fornecimento de água, cometendo ato reprovável, desumano e ilegal. Ela é obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua, não expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento. Recurso improvido” (REsp 201112/SC, rel. Min. Garcia Vieira, j. 20.04.1999). Quanto à energia elétrica, veja REsp 223778/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.12.1999, cuja ementa é: “Serviço público – Energia elétrica – Corte no fornecimento – Ilícitude (...). II – É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança”. Também AgRg em REsp 298017/MG, rel. Min. Francisco Falcão, j. 03.04.2001; REsp 265177/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.11.2000; AgAgIn 248297/SE, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 15.08.2000; e REsp 122812/ES, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 05.12.2000.

consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido” (REsp 263229/SP, rel. Min. José Delgado, j. 14.11.2000).

Esta bela linha jurisprudencial cedeu espaço para as pressões dos interesses das concessionárias (Lei 8.987/95), diminuindo a efetividade do CDC para evitar danos à pessoa e à dignidade do consumidor. A nova jurisprudência do STJ permite o corte, desde que cumpridas as exigências de informação das normas administrativas, e seu entendimento atual ficou assim consolidado: “É possível o corte no fornecimento dos serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, quando houver inadimplência, como previsto no art. 6.º, § 3.º, inciso II, da Lei 8.987/95, desde que seja precedido por aviso, não acretando tal procedimento ofensa ao Código de Defesa do Consumidor, não se caracterizando, por conseguinte, descontinuidade na prestação de serviço”.⁷²⁸ *Data maxima venia*, este não me parece o melhor entendimento do espírito da norma protetiva do consumidor, tanto que as regras que embasam esta jurisprudência são as do art. 175 da CF/88, da Lei 8.987/95, da Lei 9.427/97, da Lei 7.783/89, da Lei 8.631/93, regulamentada pelo Dec. 774/93, e da Res. ANEEL 456/2000,⁷²⁹ não citando uma só vez o art. 5.º, XXXII, e o art. 170 da CF/88, ou não teria a egrégia Corte chegado a esta conclusão.

Louve-se a sabedoria pelo STJ, quando passa, em 2005, apesar de permitir o corte de energia elétrica e água, a realizar duas distinções ou exceções subjetivas: quando o destinatário é pessoa jurídica de direito público, como os municípios, os serviços essenciais devem ser mantidos, para evitar causar prejuízo à população em geral;⁷³⁰ e, em relação à pessoa física “em situação de miserabilidade”⁷³¹ – isso mesmo, ele, leigo, pessoa física, o consumidor,

⁽⁷²⁸⁾ Exemplo desta jurisprudência é a seguinte decisão: “Administrativo – Energia elétrica – Corte – Falta de pagamento. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II)” (STJ, 1.ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.12.2003).

⁽⁷²⁹⁾ Assim *site* do STJ (acesso em 28.06.2005), www.stj.gov.br.

⁽⁷³⁰⁾ Veja REsp 628833, 460271, 291158, 442814, 278532.

⁽⁷³¹⁾ Veja REsp 647853/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.09.2004, *DJ* 06.06.2005, p. 194.

em toda sua dignidade de pessoa, *homo economicus* devedor e pobre, mas cobrado lealmente. A beleza desta ementa e de sua *distintio* é uma aula sobre o direito civil-constitucional e o direito justo do consumidor:

“Processual civil – Administrativo – Corte do fornecimento de energia elétrica – Inadimplência do consumidor – Legalidade.

“1. A 1.ª Seção, no julgamento do REsp 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II).

“2. Ademais, a 2.ª Turma desta Corte, no julgamento do REsp 337.965/MG, concluiu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei 8.987/95.

“3. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais – água e energia elétrica –, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção.

“4. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infra-constitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.

“5. *In casu*, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.

“6. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta

de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.

“7. Outrossim, é voz corrente que o ‘interesse da coletividade’ refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos.

“8. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (*notoria nom egent probationem*), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos.

“9. Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contrapartida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis.

“10. Recurso especial provido, ante a função uniformizadora desta Corte” (REsp 647853/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.09.2004, DJ06.06.2005).

Efetivamente, no exemplo argentino, observa-se que a privatização de alguns destes serviços não dilui a posição monopolista do fornecedor nem ajuda na proteção e realização dos direitos dos consumidores.⁷³²

No Brasil, criadas agências que visam também a proteção dos consumidores,⁷³³ os novos contratos envolvendo a prestação de serviços telefônicos têm apresentado problemas, entre eles os condomínios de linhas telefônicas, geralmente gerenciados por pessoa privada, cujos pré-contratos ou contratos denominados de “contratos onerosos de cessão temporária de uso de linha telefônica” incluem uma série de cláusulas abusivas e garantias não compatíveis com esta “locação múltipla disfarçada”.⁷³⁴

⁽⁷³²⁾ Assim Ghersi, *Responsabilidade de empresas telefônicas*, p. 7.

⁽⁷³³⁾ Assim o art. 3.º da Lei 9.472/97, que cria a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, menciona especialmente os direitos do “usuário” de serviços de telecomunicações.

⁽⁷³⁴⁾ Contra estes novos contratos, que muitos danos têm causado aos consumidores, o Ministério Público de Minas Gerais moveu ação civil pública para declarar em abstrato a abusividade das cláusulas (Proc. 024940672280, de 13.09.1994).

Igualmente é aplicável o CDC aos problemáticos novos “serviços-pas-satempo” ou serviços de caráter “informativo” ou “erótico”, oferecidos pelas companhias telefônicas oficiais aos seus assinantes e com altas taxas de utilização.⁷³⁵ Aqui a jurisprudência do STJ reiterou o direito de informação (prévia e clara) e o direito de livre escolha dos consumidores (assim como o bloqueio), ensinando: “Telefone – Serviço ‘900’ – ‘Disque prazer’ – Código de Defesa do Consumidor. O serviço ‘900’ é oneroso e somente pode ser fornecido mediante prévia solicitação do titular da linha telefônica”.⁷³⁶

Destaque-se também que as agências até agora criadas não têm se notabilizado por defender os direitos do consumidor,⁷³⁷ por vezes não querendo sequer aplicar o CDC a estas relações,⁷³⁸ exceção feita à ANS, como se estes mercados ou fornecedores de serviços ex-públicos fossem de alguma forma “privilegiados”.⁷³⁹ A reação do movimento consumerista tem sido igualmente forte, e, dentre as conclusões do V Congresso Brasi-

⁽⁷³⁵⁾ O Ministério Público de São Paulo moveu ação civil pública contra a Telesp por seu serviço “Tele 900”, que inclui serviços que consistem na reprodução de mensagens eróticas (Tele Andrógino, Disque Erótico, Tele Fantasia etc.) e de mensagens destinadas ao público infantil (Disque Criança, Tele Mônica, Tele Angélica etc.), acompanhados de intensa campanha publicitária, os quais não constituem serviço típico público e levam ao superendividamento do consumidor/assinante, especialmente pela ação das crianças.

⁽⁷³⁶⁾ Assim REsp 258156/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.09.2000. Veja também, neste sentido, REsp 246140/MG, rel. Min. José Delgado, j. 21.03.2000.

⁽⁷³⁷⁾ Veja, crítico em relação às agências, Pfeiffer, *Serviços públicos concedidos*, RDC 36, p. 171-175.

⁽⁷³⁸⁾ Veja decisão do TJRS: “Agravo de instrumento – Interrupção de fornecimento de energia elétrica – Falta de pagamento. Resolução da ANEEL que autoriza o corte de energia elétrica de consumidor inadimplente fere a Lei 8.078/90. Serviço essencial. Ato ilegal e coercitivo. Débitos pendentes devem ser cobrados pelas vias ordinárias competentes. Agravo improvido” (TJRS, 5.ª Câmara, AgIn 70005378633, rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, j. 12.12.2002).

⁽⁷³⁹⁾ Neste sentido, veja a reação nas conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 02 maio 2000, no painel referente ao Direito Básico à Representação, em que a conclusão n. 2, aprovada apenas por maioria, requer: “As agências devem se aparelhar para atuarem no sentido de fazer cumprir a universalização, a ampliação do acesso com a modicidade das tarifas e melhoria da qualidade dos serviços, sempre de acordo com o catálogo de Defesa do Consumidor, que regulamenta o art. 170 da CF definindo fundamentos e princípios para a atividade econômica”.

leiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 02 maio 2000, no painel referente ao Direito Básico de Acesso ao Consumo, as conclusões n. 5 e 6, aprovadas por unanimidade, ensinam: “5. As agências reguladoras, em sua atividade, deverão atuar no sentido de garantir observância dos direitos dos consumidores, sancionando as empresas concessionárias quando estes forem violados. É, inclusive, importante que elas contem, em sua composição, com representantes dos consumidores”; e “6. A atuação das agências reguladoras não exclui a atividade a ser desenvolvida pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, sendo, inclusive, positivo que os dois sistemas atuem de forma concentrada”.

Nas relações entre o consumidor e o prestador de serviços tipicamente públicos de primeira necessidade, dois pontos de discórdia podem ser identificados: a tendência, hoje amenizada pela ação da jurisprudência, de impor mudanças unilaterais, prejudicando a posição já vulnerável do consumidor,⁷⁴⁰ e, em segundo lugar, a forma de cobrança dos créditos, com cortes imediatos ou sistemáticos após 10 dias do fornecimento destes serviços.⁷⁴¹

Mister retomar a linha da jurisprudência inicial do STJ sobre o corte de serviços essenciais ou regulamentá-lo de forma mais detalhada, evi-

⁽⁷⁴⁰⁾ Exemplo destas mudanças unilaterais não comunicadas ou decididas em conjunto são as chamadas “linhas compartilhadas”, hoje comuns nas grandes cidades. Sobre a simples substituição do sistema telefônico, veja a seguinte decisão: “Telefone – Substituição do sistema. A substituição do sistema telefônico não automático pelo automático decorre do progresso da ciência e das necessidades sociais e não se transfere como encargo, mas como benefício ao usuário que esteja em dia com os serviços contratados. Apelo improvido” (3.ª Câmara Recursal/RS-Porto Alegre, Rec. 238/92, rel. Dr. João Abílio de Carvalho Rosa, j. 25.03.1993).

⁽⁷⁴¹⁾ Veja o *leading case* do TJPR, rel. Des. Neli Calixto, reproduzido na RT 696/171, onde na ementa oficial se lê: “Tratando-se de serviço de utilidade pública e devendo a administração direta ou indireta obedecer, entre outros, os princípios da legalidade e moralidade (cf. CF, arts. 5.º, II, e 37, *caput*), afigura-se inadmissível o seu cancelamento em prejuízo do usuário, por temporária falta de pagamento da tarifa, mesmo porque, em face do elevado valor comercial do direito de uso de linha telefônica, aquele ato em tais circunstâncias importaria em autêntica expropriação sem a correspondente indenização, além de violar o Código de Defesa do Consumidor (cf. arts. 3.º, 51, II, IV, XI, XV, e § 1.º, I, II, III)”. Veja, na Parte II, o n. 2.5, sobre os novos paradigmas em caso de cobrança de dívida dos consumidores.

tando o abuso do poder econômico hoje existente e a cobrança por mão própria. Aqui, um tema fundamental para o modelo de direito contratual que queremos no futuro: se com cobranças respeitando a dignidade da pessoa humana, suas necessidades e os princípios do serviço público, ou se com cobranças rápidas, por vias de pressão próprias e extrajudiciais.

Como ensina Luiz Fux, o tema dos serviços públicos essenciais privatizados e concedidos toca o tema dos direitos humanos e da eficácia horizontal (indireta, via CDC) da Constituição. Assim, é útil relembrar a teoria alemã, pois, em matéria de direitos fundamentais nas sociedades mais consolidadas, há uma proibição de retrocesso⁷⁴² que de certa forma prende a interpretação jurisprudencial.⁷⁴³ Como afirma a doutrina alemã pragmaticamente: “A corte [civil] deve respeitar os direitos fundamentais, na medida em que existem, e não é porque uma Corte [civil] afirma, que eles existem ou não”.⁷⁴⁴

Em outras palavras, não cabe ao tribunal estabelecer de forma definitiva quais são os valores constitucionais e quais os direitos fundamentais no país – estes estão postos na Constituição, acima das cortes civis, e apesar do que elas afirmam. Esta observação forte da doutrina alemã pode nos ser útil, pois, se o valor escolhido pela Constituição Federal de 1988 foi o da proteção dos interesses do consumidor e de sua dignidade (art. 5.º, XXXII) e não o da cobrança rápida e direta dos fornecedores de serviços ex-públicos, não cabe às cortes civis inverter a escolha do constituinte, ainda mais em se tratando de direito fundamental, que é *Wertentscheidung* (valor constitucionalmente escolhido!)⁷⁴⁵ e *Gebot* (mandamento imperativo!) para todo o sistema jurídico, público e privado, força normativa esta que não pode ser considerada de forma superficial ou ser inutilizada, sob pena de destruição da ordem antes alcançada.⁷⁴⁶ Pelo menos uma distinção entre pessoas jurídicas, de di-

⁽⁷⁴²⁾ Sobre a proibição de retrocesso, veja os recentes trabalhos de Sarlet.

⁽⁷⁴³⁾ Na Alemanha, o sistema de controle concentrado facilita que a interpretação constitucional seja sempre evolutiva (*Anreiz zur evolutiven Verfassungsauslegung*) – veja Herdegen, p. 873.

⁽⁷⁴⁴⁾ Frase atribuída a Doehring por Guéckelberger, *JuS* 2003, p. 1152, traduzida livremente pelo sentido do original: “Das Gericht hat die Grundrechte zu beachten, soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie, weil ein Gericht entscheidet”.

⁽⁷⁴⁵⁾ Assim Herdegen, *JZ* 2004, p. 876, citando Alexy.

⁽⁷⁴⁶⁾ Quero aqui louvar as decisões anteriores dos Ministros do STJ, como José Delgado e tantos outros citados, que viram no tema a sua conexão com os direitos funda-

reito privado e de direito público, e consumidores pessoas físicas deve ser feita para que seja assegurada uma interpretação conforme das normas administrativas e do CDC.

Em resumo, os problemas de consumo com as empresas concessionárias de serviços ex-públicos não diminuiu nestes 15 anos de CDC – ao contrário, aumentaram –, e talvez a observada passividade das agências criadas para regular apenas os “mercados” e seus “agentes-fornecedores” tenha contribuído para isso, assim como uma atual visão pouco social e muito econômica destes contratos, após o triunfo do movimento de privatização dos serviços públicos essenciais.

Se no âmbito dos contratos envolvendo serviços normalmente públicos, efetivamente, a aplicação do CDC tem encontrado dificuldades mais fáticas do que jurídicas, há que se pensar em uma melhor utilização do direito de efetiva reparação dos danos morais coletivos, assegurado pelo art. 6.º, VI, do CDC, como resposta pedagógica e satisfativa a estas reiteradas agressões à cultura geral.⁷⁴⁷ A jurisprudência reagiu afirmando que não gozam de presunção de verdade os débitos imputados aos consumidores pelos concessionários de serviço público.⁷⁴⁸ Há que destacar, ainda, a importante contribuição que o Ministério Público⁷⁴⁹ e as Associações de Defesa do Consumidor têm prestado, procurando solucionar os problemas em nível metaindividual, por meio de ações civis públicas.⁷⁵⁰

mentais. Parece-me assim que entre estas duas interpretações, a mais antiga, contra o corte do serviço público essencial, é a que mais se coaduna com o mandamento ao Estado-juiz de proteção do consumidor, pelo menos do consumidor pessoa física. Como alerta Di Fabio, *JZ*2004, p. 1, quando os mandamentos constitucionais e sua ordem de valores não são mais levados em conta em uma sociedade, o perigo é grande, de forma que não podemos ser ingênuos (*naïves*) sobre as indicações simbólicas que estas decisões fornecem para sociedade.

⁽⁷⁴⁷⁾ Sobre o tema do dano moral coletivo, veja Bittar, *Do dano moral coletivo*, *RDC* 12, p. 60.

⁽⁷⁴⁸⁾ Assim veja JECP/RS, Proc. 01598512240, Juiz Guinther Spode, j. 15.04.1998, em processo envolvendo contas de luz. Na mesma linha, decisões no Proc. 01598512984 da mesma data e mesmo relator, envolvendo contas astronômicas de telefone.

⁽⁷⁴⁹⁾ Belo exemplo é a ação civil pública proposta pelo MP/Paraná contra a companhia de saneamento por incluir a cobrança da taxa de lixo nas contas de água – *Diário da Justiça*, Curitiba, 14.07.2000, p. 159.

⁽⁷⁵⁰⁾ Destaque-se aqui a decisão do TJRS: “Ação civil pública – Conceito de consumidor – Presença de interesse público e/ou difuso – Legitimidade do Ministé-

O STJ já se manifestou considerando aplicável o CDC às relações entre os Institutos de Previdência de Servidores Públicos, quando agem como espécie de planos e seguro-saúde, e os servidores públicos conveniados e seus dependentes, afirmando que este serviço público deve ser adequado, respeitar os direitos do consumidor e a racionalização dos serviços públicos.⁷⁵¹ A crise energética brasileira, em que – por medida provisória – tentou-se impedir a efetivação dos direitos do consumidor de serviços ex-públicos, bem demonstrou a força dos arts. 14 e 22 do CDC, cuja aplicação aos serviços concedidos, permitidos ou privatizados foi restituída pelo clamor popular.⁷⁵²

Por fim, cabe mencionar que, em nossa opinião, os serviços públicos gratuitos relacionados, como o ensino, como os fornecidos por escolas e universidades públicas, não se inserem como relações de consumo. *Contrario sensu*, porém, quanto à relação escola/universidade privada-estudante e seus representantes legais, caso menores, a sua carac-

rio Público – Aplicação do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor. Ação contra a CRT envolvendo a mudança de sistema de telefonia pela adoção de novas centrais, que teriam resultado em prejuízo ao uso do serviço telefônico. Recurso provido”. Mencione-se igualmente a ação pioneira do Ministério Público de Pernambuco contra o corte de energia elétrica como forma de cobrança de dívidas e contra as altas multas moratórias praticadas pelo serviço público (inicial reproduzida na *RDC* 6, p. 289 ss).

⁽⁷⁵¹⁾ A ementa deste *leading case*, REsp 51.813/RO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.04.1997, foi: “Direito econômico – Direito do consumidor – Instituto de previdência de servidores estaduais – Exame laboratorial – Laboratório credenciado – Exigência de o médico requisitante ser conveniado – Ilegalidade – Desatendimento da política do consumidor – Prestação de serviço condicionada a outra prestação de serviço – Prejuízo aos cofres públicos – Recurso provido. I – A política nacional de relações de consumo tem por objetivo, dentre outros, a prestação adequada de serviços ao consumidor, o respeito aos seus direitos e a racionalização do serviço público. II – Abusivo é o ato que impõe condições ilícitas para a prestação do serviço, notadamente em se vislumbrando prejuízo para os cofres públicos. III – Não se pode compreender a insensibilidade do instituto previdenciário quando exige, para a expedição de guia para exames, que a mulher grávida, que se consultara, às suas expensas, com especialista de sua confiança, tenha que submeter-se a novo exame, com médico credenciado”.

⁽⁷⁵²⁾ Sobre a crise energética veja as liminares evitando o corte e a sobretaxa – TRF 3.ª R, *RDC* 39, p. 320 e 372; e artigo específico na *RDC* 39, p. 181, assim como Lei 10.295, de 17.10.2001, na *RDC* 40, p. 285.

terização como relação de consumo⁷⁵³ visando a prestação de serviços de ensino não apresenta maior problema.⁷⁵⁴ Note-se, porém, que a legislação específica impõe regras igualmente de ordem pública e pode impor uma determinada porcentagem para a legitimação de ações que discutam modificações curriculares ou valores das mensalidades. Segundo a jurisprudência majoritária, trata-se de interesses individuais homogêneos,⁷⁵⁵ o que tem dificultado a justa atuação do Ministério Público, amparado no art. 81, parágrafo único, III, do CDC e no art. 82, com legitimação extraordinária.⁷⁵⁶

Nota-se, igualmente, na jurisprudência uma clara distinção entre os prestadores públicos de ensino e as empresas particulares de ensino, distinção que tem sua origem na gratuidade da prestação de serviço público de ensino nas escolas e nas universidades federais (art. 3.º, § 2.º, do CDC),⁷⁵⁷ tendendo a exigir das escolas e universidades privadas uma atuação conforme a boa-fé com os seus consumidores, especialmente no que

⁽⁷⁵³⁾ Assim, considerando relação de consumo submetida ao CDC, veja REsp 103301/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.11.1996.

⁽⁷⁵⁴⁾ Assim *Lex-RJTJSP* 136, p. 42, em que o Des. Lobo Júnior esclarece: "Parece não haver dúvida de que os alunos se enquadram no elenco dos consumidores quando se considera a prestação de serviços das escolas privadas e o correspondente pagamento das mensalidades".

⁽⁷⁵⁵⁾ Exemplo desta linha jurisprudencial são as decisões do TJSP reproduzidas na íntegra na *RT* 697/64 e *Lex-RJTJSP* 136/38.

⁽⁷⁵⁶⁾ Veja REsp 38.176/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.02.1995; REsp 34.155/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.10.1996; REsp 138.583/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; e REsp 252057/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 01.03.2001, comentados por Barbosa, p. 75 e 76.

⁽⁷⁵⁷⁾ Correto, neste sentido, o posicionamento do TRF da 4.ª Região, quando referindo-se a universidade federal preleciona a inexistência de direito adquirido ao "currículo escolar" à época da entrada na universidade pública. Da ementa do relator, Juiz Sílvio Dobrowolski (*Lex-STJ-TRF* 44/461): "A universidade pode alterar os currículos de seus cursos, porque sua relação com os estudantes não é contratual, mas estatutária. Ao implementar as modificações terá, no entanto, de respeitar os créditos obtidos e os efeitos das disciplinas cursadas. Hipótese em que a submissão à mudança curricular resultou de atraso nos estudos, atribuível ao aluno. Denegação da segurança impetrada para afastar a exigência da alteração curricular".

tange aos instrumentos de pressão em caso de não pagamento⁷⁵⁸ e às revisões e aditamentos contratuais.⁷⁵⁹

Ainda, mencione-se a existência de várias decisões do STJ sobre mensalidades escolares, todas aplicando o CDC.⁷⁶⁰ Destaque-se que, em matéria de serviços educacionais, a boa-fé deve qualificar a conduta do fornecedor, pois que geralmente seu consumidor direto é criança ou adolescente. É este consumidor direto (destinatário final não contratante) quem detém o direito fundamental à educação. Ao fornecedor foi permitido escolher e prestar este ramo de serviço, mas, quando da cobrança ou em caso de inadimplência, não pode de forma alguma expor este a ridículo (art. 42 do CDC), violar sua dignidade, sua honra, seus direitos de criança (CF/88 c/c Estatuto da Criança e Adolescente) ou prever qualquer cláusula que autorize práticas violadoras dos direitos fundamentais da criança. Aqui

⁽⁷⁵⁸⁾ Assim, a Portaria SDE/MJ, n. 001, de janeiro de 2001, considera abusiva cláusula que "autorize, em virtude de inadimplemento, o não fornecimento de informações, tais como histórico escolar, registros médicos e demais informações ao consumidor, de posse do fornecedor", e que "vede, nos serviços educacionais, em face de desistência pelo consumidor, a restituição de valor pago a título de pagamento antecipado de mensalidade".

⁽⁷⁵⁹⁾ Assunto polêmico é o crédito educativo – veja *Lex-STJ/TRF* 52/442. O STJ considera-o consumo: "O contrato de financiamento de crédito educativo, ajustado entre a Caixa Econômica Federal e o estudante, é de natureza bancária, pelo que recebe a tutela do art. 3.º, § 2.º, da Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)" (STJ, 1.ª T., REsp 572.210/RS, rel. Min. José Delgado, j. 06.05.2004). Mas existem decisões em sentido contrário: "Do acurado exame da legislação que rege o Programa de Crédito Educativo (Lei 8.436/92), não há como tipificar o proceder da Caixa Econômica Federal como prestação de um serviço bancário e, por conseguinte, não há falar em fornecedora. Nessa linha de raciocínio, o estudante carente, beneficiado com o Programa de Crédito Educativo, não retrata a figura do consumidor, razão pela qual nesse Programa não incide o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, confira-se recente pronunciamento da colenda 2.ª T. em r. voto da eminente Ministra Eliana Calmon (cf. REsp 479.863/RS, *DJ* 04.10.2004)" (STJ, REsp 562565/RS, rel. Min. Franciulli Netto, j. 21.10.2004).

⁽⁷⁶⁰⁾ Veja, por todos, o REsp 168881/DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.05.1998, *DJ* 14.09.1998, em que se reconhece a legitimação do MP. Também REsp 138583/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 13.10.1998, e, em especial, o REsp 186008/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJ* 01.03.1999. Também REsp 97181/MT, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., *DJ* 19.02.2001, e REsp 43585/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., *DJ* 05.03.2001.

haverá nulidade absoluta desta cláusula contratual por força normativa direta dos preceitos constitucionais (*Drittwirkung*), nulidade cominada (art. 166, VII, do CC/2002), a ser declarada *ex officio* pelo julgador.⁷⁶¹

Como no contrato de educação o objeto é público, envolve direitos fundamentais e das crianças, a posição do consumidor direto criança é especialmente vulnerável, daí a necessidade de qualificar a conduta com resguardo de extrema boa-fé (só comparável àquela que deve ser atendida na prestação de serviço de saúde a pessoas doentes) e firme atuação do Ministério Público.⁷⁶² O Executivo elaborou várias medidas provisórias sobre o tema, hoje consolidadas na Lei 9.870, de 23.11.1999, que, em suma, especifica como deve ser o tratamento de boa-fé entre os fornecedores, seus consumidores indiretos (pais e responsáveis) e as crianças (consumidores diretos).⁷⁶³

h) Compra e venda e suas cláusulas – A compra e venda é o contrato por excelência da sociedade de consumo, pois permite a movimentação das riquezas, dos bens, dos produtos. A compra e venda está presente vinculando os fornecedores da cadeia de produção (fabricante, montador, distribuidor, comerciante) e está presente vinculando consumidor e seu parceiro contratual, que denominamos aqui de fornecedor-direto. No di-

⁽⁷⁶¹⁾ Assim ensina o REsp 90162/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.05.1996: “Contrato – Nulidade de cláusula – Declaração de ofício. (...) Antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, que veio definir como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais abusivas (art. 51), era vedado ao juiz declarar de ofício a nulidade não requerida pela parte (art. 128 do CPC)”.

⁽⁷⁶²⁾ Cite-se o *leading case* neste assunto: “Ação civil pública – Legitimidade ativa *ad causam* – Impetração pelo Ministério Público visando a fixação e o pagamento de mensalidades escolares – Admissibilidade – Direitos e interesses que podem ser considerados coletivos ou, se considerados individuais homogêneos, seus titulares são consumidores – Inteligência do art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.078/90. *Ementa da Redação*: O Ministério Público tem legitimidade para ingressar com ação civil pública visando a fixação e o pagamento de mensalidades escolares, pois os interesses e direitos daí decorrentes podem ser considerados coletivos. Mas, ainda que esses direitos sejam considerados como individuais homogêneos, pode o órgão ministerial propor ação, eis que têm vinculação com o consumo, ou seja, podem os titulares do direito ser considerados consumidores, nos termos do art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.078/90” (STF, 2.ª T., RE 185.360-3/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 17.11.1997 – RT 752/116).

⁽⁷⁶³⁾ Assim também, com farta jurisprudência, Barbosa, p. 67 ss.

reito brasileiro, a compra e venda é um contrato sinalagmático, em que uma pessoa (no caso, o fornecedor) se obriga a transferir a outra o domínio de um determinado produto, mediante o pagamento de determinado preço (art. 481 do CC/2002). A inclusão do contrato no campo de aplicação do CDC dependerá da caracterização ou não das partes como *consumidor e fornecedor*.

Na sociedade de consumo atual, a compra e venda pura e simples reduziu-se aos chamados contratos “do dia-a-dia”, contratos referentes à transferência de propriedade dos bens necessários à sobrevivência e aos chamados contratos de bagatela. Hoje utiliza-se para a aquisição de bens de consumo duráveis e produtos de grande valor a compra e venda *condicionada* (geralmente, venda sob reserva de domínio) e a compra e venda com *alienação fiduciária*. Estes dois modelos para a alienação de produtos merecem a nossa atenção, uma vez que já analisamos anteriormente a utilização do sistema de *consórcios* e os contratos bancários e de financiamento em geral. À compra e venda de imóveis⁷⁶⁴ e ao seu pré-contrato (art. 48 do CDC), à promessa ou ao compromisso de compra e venda de imóveis também se aplica o CDC,⁷⁶⁵ sempre que presentes um fornecedor (ou intermediário profissional) e um consumidor, como observamos anteriormente na análise do contrato de construção e tem reiterado a jurisprudência do STJ.⁷⁶⁶

A *cláusula de reserva de domínio* estipulada em contrato de compra e venda de bens de consumo é ainda comum no Brasil, como forma de

⁽⁷⁶⁴⁾ Veja, sobre a proteção coletiva nestes casos, REsp 168859/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 23.08.1999.

⁽⁷⁶⁵⁾ Mencione-se a Portaria SDE/MJ, n. 001, de janeiro de 2001, que considera abusiva a cláusula que “3. imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor” e “4. estabeleça cumulação da perda do valor da arras e multa rescisória”.

⁽⁷⁶⁶⁾ Interessante tem sido a discussão, caso a caso, sobre a razoabilidade de retenção de parte das prestações pagas em face do disposto no art. 53 do CDC, retenção esta normalmente de 10% no máximo (REsp 85.936/SP, 118.865/DF e 113.602/DF), mas que já alcançou, em caso isolado, até 25% (REsp 60.127/SP) e também foi proibida perante o consumidor: “É indevida a retenção de percentual das parcelas pagas, ainda que a título de compensação pelas despesas cartorárias, e de publicidade, quando há reconhecimento de inadimplemento da incorporadora, para o qual não contribuiu o consumidor” (REsp 225136/AM, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 18.12.2001).

garantia nas vendas a prazo. Por meio desse pacto o fornecedor reserva para si o domínio (propriedade) do produto vendido até o momento em que o consumidor realize o pagamento total do preço. A transferência definitiva da propriedade fica suspensa, através desta condição, restando o consumidor somente com a posse do bem. A *ratio* do instituto é facilitar ao fornecedor reaver o bem, em caso de inadimplemento (art. 1.070 do CPC), mas na prática o instituto não tem se mostrado tão eficaz como garantia de vendas a prazo, eis por que o recurso à alienação fiduciária.

i) *Compra e venda com alienação fiduciária* – A alienação fiduciária em garantia foi instituída na lei que disciplinou o mercado de capitais.⁷⁶⁷ A alienação fiduciária em garantia tem como função principal garantir as operações realizadas pelas empresas de financiamento e investimento, popularmente conhecidas como “financeiras”, interessando-nos em especial o chamado “crédito direto ao consumidor”. Deixamos para analisar o tema da alienação fiduciária conjuntamente com o contrato de compra e venda, e não com os antes estudados contratos de financiamento, justamente para frisar que o consumidor comum, ao realizar uma compra e venda em prestações, não tem presente o fato de estar fechando também um contrato de financiamento. A sociedade atual caracteriza-se por estas relações complexas, triangulares, envolvendo não só o fornecedor direto e o consumidor, mas outros fornecedores auxiliares, como no caso da comum compra e venda de bens de consumo com alienação fiduciária.

O tema é de tamanha importância no mercado brasileiro que de 1991 até hoje o STJ já elaborou várias súmulas sobre o assunto.⁷⁶⁸ Em matéria de alienação fiduciária, repita-se o que se disse na análise anterior sobre

⁽⁷⁶⁷⁾ Veja Lei 4.728, de 14.07.1965, e as complementações trazidas ao seu art. 66 pelo Dec.-lei 911, de 1.º.10.1969.

⁽⁷⁶⁸⁾ Segundo a Súmula 28 do STJ, “o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”. Já a Súmula 72 do STJ assevera: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. E complementa a Súmula 92 do STJ: “A terceiro de boa-fé não é oponente à alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”. Veja Súmula 245 do STJ: “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”. E a Súmula 284 do STJ: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado”.

o *leasing*, sobre a necessária boa-fé⁷⁶⁹ e não abuso quanto à eventual retomada da posse do bem pelo fornecedor e quanto à hoje proibida prisão do consumidor por dívidas.⁷⁷⁰ Assim ensina o STJ: “*Habeas corpus* – Alienação fiduciária em garantia – Não devolução do bem – Prisão civil do devedor fiduciante – Impossibilidade. A legislação infraconstitucional brasileira não permite a prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária. *Habeas corpus* concedido” (STJ, 3.ª T., HC 35970/PB, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 17.08.2004).

Ressalte-se também que a aplicação do CDC acabou por superar alguns entraves da alienação fiduciária em garantia, tanto no que se refere às súmulas do STJ⁷⁷¹ quanto à lei especial anterior,⁷⁷² prevalecendo a idéia de que o art. 53 não revogara o art. 3.º, § 1.º, do Dec.-lei

⁽⁷⁶⁹⁾ Veja, impondo o dever de informação ao fornecedor, isto é, assegurando com base na boa-fé “o direito de ser previamente comunicado, a fim de que possa acompanhar a venda e exercer eventual defesa dos seus interesses”: REsp 209410/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 09.11.1999, *RSTJ* 135, p. 464. No mesmo sentido REsp 235410/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.12.1999.

⁽⁷⁷⁰⁾ Exemplar, neste sentido, a decisão do REsp 260892/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 17.05.2001: “Civil e processual civil – Alienação fiduciária em garantia – Cláusulas abusivas. (...) III. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir de precedente da Corte Especial no EREsp 149.518/GO (rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, *DJU* 28.02.2000), é no sentido de afastar a ameaça ou ordem de prisão do devedor em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia. IV. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido”.

⁽⁷⁷¹⁾ Segundo o REsp 160901/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.03.1999: “Alienação fiduciária (...) I. Não vulnera o CDC o enunciado da Súmula 28 da Corte admitindo que o contrato de alienação fiduciária em garantia ‘pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor’”.

⁽⁷⁷²⁾ Veja REsp 157.688/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 19.05.1998, *DJ* 29.03.1999: “Alienação fiduciária em garantia – Emenda da mora – Devedor fiduciante que não chegou a solver 40% do preço financiado – Admissibilidade em face do Código de Defesa do Consumidor. A exigência imposta pelo § 1.º do art. 3.º do Dec.-lei 911/69 (pagamento mínimo de 40% do preço financiado) está afastada pelas disposições contidas nos arts. 6.º, VI, e 53, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)”. Em sentido contrário, e posterior, REsp 193056/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 04.11.1999. Optando pelo diálogo das fontes, REsp 323.986/RS, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 28.08.2001: “Direito comercial e econômico – Recurso especial – Alienação fi-

911/69,⁷⁷³ ensinando o STJ: “A atividade bancária de conceder financiamento e obter garantia mediante alienação fiduciária é atividade que se insere no âmbito do Código de Defesa do Consumidor”.⁷⁷⁴

O CC/2002 regula sem muitas novidades a propriedade fiduciária (arts. 1.361-1.368-A), incorporando várias normas do Dec. 911/69, cuja vigência parece continuar ao lado das leis gerais, neste caso o CC/2002 quanto à propriedade fiduciária e o CDC quanto aos contratos de consumo.⁷⁷⁵ Já existe farta jurisprudência sobre o diálogo entre a lei especial sobre alienação fiduciária e o CDC, por exemplo, aplicando o CDC, suas cláusulas gerais, lista de cláusulas abusivas e suas facilidades processuais, recusando, porém, seja a típica retomada ou venda do bem dado em garantia, seja a perda das prestações regulada no art. 53.

Ensina o STJ: “Alienação fiduciária – Art. 53 do Código de Defesa do Consumidor – Restituição das prestações pagas – Cláusula nula de pleno direito – Precedentes da Corte. 1. Tratando-se de contrato de compra e venda de veículo sob o regime da alienação fiduciária, não há falar em restituição integral das parcelas pagas, considerando que o devedor tem direito a receber o saldo apurado com a venda extrajudicial do bem, não sendo possível negar ao credor o direito a receber o valor do financiamento contratado. Descabe, portanto, a restituição ao devedor da totalidade do que pagou durante a execução do contrato. 2. Recurso especial conhecido e desprovido” (REsp 437451/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.02.2003).⁷⁷⁶

duciária – CDC – Aplicabilidade. (...) A atividade bancária de conceder financiamento e obter garantia mediante alienação fiduciária sujeita-se às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, no que couber, convivendo este estatuto harmoniosamente com a disciplina do Dec.-lei 911/69”.

⁽⁷⁷³⁾ Assim REsp 181354/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 29.02.2000.

⁽⁷⁷⁴⁾ REsp 201195/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 07.02.2000, DJ 07.05.2001. Note-se que se aplica o CDC mesmo na revisão de cédula de crédito comercial com alienação fiduciária: REsp 263642/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 30.05.2001.

⁽⁷⁷⁵⁾ Assim Canuto, p. 110 ss.

⁽⁷⁷⁶⁾ Assim decisão do STJ: “Alienação fiduciária em garantia – Inadimplência – Restituição das parcelas pagas – Descabimento – Hipótese do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor não caracterizada. A rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial do bem móvel para o ressarcimento de seu

Esta posição é bastante importante para afastar *ex officio* a ainda normal cláusula de eleição de foro do fornecedor, que é abusiva em relação aos consumidores, ainda mais quando há busca e apreensão, dificultando em muito a defesa do vulnerável.⁷⁷⁷ Recentemente o STJ consolidou sua jurisprudência sobre a necessidade de cumprir, para a purgação da mora, os ditames da lei especial, e a Súmula 284 afirma: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado”.⁷⁷⁸

Efetivamente, a financeira presta um serviço ao consumidor, ao conceder-lhe um crédito que permitirá a aquisição de um bem durável – sua caracterização como *fornecedor* não oferece, portanto, maior dificuldade.⁷⁷⁹ A caracterização do *consumidor* como o destinatário final fático do serviço prestado pela financiadora também é pacífica.⁷⁸⁰ O contratante pode, porém, não ser o destinatário final econômico do crédito, depen-

crédito, impondo-lhe, contudo, que entregue àquele o saldo apurado que exceda o limite do débito. Daí não se poder falar na subsunção da hipótese à norma do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, o qual considera nulas, tão-somente, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento do devedor, tampouco no direito deste de reaver a totalidade das prestações pagas. Recurso especial não conhecido” (STJ, 3.ª T., REsp 166753/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 03.05.2005).

⁽⁷⁷⁷⁾ Veja decisão do STJ: “Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Código de Defesa do Consumidor. A nulidade da cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada há de ser reconhecida, não só no plano do direito material, mas também no processual. Ineficaz será a proteção deferida, com o reconhecimento de seus direitos, se a defesa em juízo pode ser sensivelmente prejudicada. Hipótese em que o ajuizamento do processo no foro de eleição praticamente inviabiliza a defesa. Possibilidade de declaração, de ofício, da nulidade da cláusula em que se preestabeleceu o foro, bem como de que se decline a competência, ainda sem prévia provocação” (STJ, 3.ª T., CC 20969/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 11.11.1998).

⁽⁷⁷⁸⁾ Note-se que o REsp 420.114/SP, em 2002, já afirmava que a norma da lei especial não teria sido revogada pelo CDC, motivo pelo qual os 40% continuariam a ser exigidos. A Súmula é de 28.04.2004, citando, além dos aqui citados, os REsp 567890/MG, 503449/DF, 362056/MG, 467167/MG e 136840/GO.

⁽⁷⁷⁹⁾ Veja, por todos, REsp 287828/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.05.2001, DJ 27.08.2001.

⁽⁷⁸⁰⁾ Veja, por todos, REsp 128122/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 18.11.1999, DJ 14.02.2000.

dendo este fato da destinação a ser dada ao bem durável adquirido no contrato de compra e venda com alienação fiduciária. A alienação seria assim um pacto acessório ao da compra e venda para a caracterização como contrato de consumo. Note-se que a lei específica sobre a alienação fiduciária possuía uma definição mais ampla de quem era o consumidor, isto é, daquele que pode se beneficiar do chamado “crédito direto ao consumidor”, sendo provável que a jurisprudência, tendo em vista o caráter de adesão do contrato e o que dispõem os arts. 7.º e 52 do CDC, amplie a definição de consumidor para considerar todos os contratos de compra e venda com alienação fiduciária como contratos de consumo *por natureza*, logo submetidos ao CDC.

As operações da financiadora, no chamado *crédito direto ao consumidor*, que impõe uma relação contratual entre o consumidor e a financiadora-fornecedora, são duas: a) financiamento direto ao consumidor e b) financiamento com interveniência do fornecedor-vendedor.

No crédito direto, há negócio jurídico entre a financeira e o consumidor, para que este possa pagar ao fornecedor-vendedor, exigindo o financiador como garantia obrigatória a alienação fiduciária, a favor da financeira, do bem que este adquiriu. A operação de crédito direto ao consumidor desdobra-se em dois negócios jurídicos: um contrato de abertura de crédito e um negócio cambial (letras de câmbio sacadas pelo consumidor para aceite pela financiadora).⁷⁸¹

No financiamento com interveniência do vendedor, muito comum no mercado, a financeira exige não só a alienação fiduciária do bem durável em seu favor, mas também que o vendedor se coobrigue pelos títulos emitidos pelo consumidor, como reforço da garantia.

Repitam-se aqui as observações feitas anteriormente sobre a Lei 9.514, de 20.11.1997, que, ao instituir o Sistema Financeiro Imobiliário, passou a permitir no País a alienação fiduciária de imóveis, já comentada na letra *a* deste número.

2. Contratos de consumo e os conflitos ou diálogos entre as fontes

Sempre nos parece importante trazer aqui um estudo dos casos de conflitos de leis no tempo, ou conflitos de normas legislativas aplicáveis aos contratos de consumo regidos pelo CDC. A prática dos primei-

⁽⁷⁸¹⁾ Veja detalhes em Orlando Gomes, *Alienação fiduciária em garantia*.

ros dez anos do Código de Defesa do Consumidor demonstrou que muitas discussões judiciais tinham como ponto central a aplicação ou não da lei protetiva do consumidor a determinado contrato de consumo *sub judice* e os conflitos de leis no tempo. A prática dos últimos anos, porém, demonstrou a consolidação de alguns pontos, como a não aplicação retroativa do CDC a contratos assinados antes de sua entrada em vigor em 1991, a aplicação analógica das normas protetivas do CDC através das cláusulas gerais do direito comum, a não revogação do CDC pelas leis especiais que regulam tipos contratuais especiais e privilégios dos fornecedores em alguns contratos, assim como pelo próprio Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC/2002), e, comprovou, ao contrário, que mais do que os conflitos de leis no tempo, a jurisprudência e os aplicadores da lei – orientados pelos valores e mandamentos constitucionais – priorizam uma aplicação conjunta e harmônica desta pluralidade – hoje necessária – de normas a regular uma só relação de consumo, em um verdadeiro “diálogo das fontes”, na bela expressão de meu mestre Erik Jayme.

Assim, opto nesta quinta edição por manter (resumidamente) muitas das observações anteriores quanto aos dois primeiros pontos, um mais dogmático, já analisando sob o aspecto pós-moderno os critérios de superação dos conflitos de leis no tempo, e outro mais prático sobre os conflitos de leis anteriores e de leis especiais com o CDC, para em nova parte terceira analisar apenas sob a ótica do diálogo das fontes a convivência no mesmo direito privado brasileiro de uma lei geral posterior – o CC/2002 – e de uma lei especial e geral das relações de consumo – o CDC.

Em verdade, sempre que ocorre uma renovação no sistema do direito, reacende-se uma série de dúvidas na mente do aplicador da lei.⁷⁸² Qual das leis, por exemplo, deve ele aplicar a determinada relação jurídica, a determinado contrato? Qual o verdadeiro campo de aplicação destas leis, que relações jurídicas pretendem regular? Há coincidência entre o campo de aplicação da lei nova e o da lei anterior? E se há, serão estas normas incompatíveis? Estaria a lei mais antiga revogada pela mais nova? Não

⁽⁷⁸²⁾ Como ensina Roberto de Rugiero, *Instituições*, p. 164: “A pergunta: dada uma relação jurídica, qual a norma que se deve aplicar? corresponde a outra e inversa: dada uma norma jurídica, quais as relações que por ela são reguladas?” (...), que assumem importância quando se deve escolher “entre duas normas diferentes pertencentes ao mesmo sistema, mas emanadas sucessivamente”.