

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE MÚTUO FENERATÍCIO

Maurício Gomes Moreira¹

Penélope Aryadne Antony Lira²

RESUMO

Os contratos de empréstimo bancário estão em evidência nos últimos tempos em razão das incontáveis cláusulas abusivas impostas aos consumidores brasileiros. A prática de abusos na relação contratual coloca o consumidor em desvantagem em relação ao fornecedor tendo em vista sua vulnerabilidade. Embora o Código de Defesa do Consumidor busque o equilíbrio contratual na relação consumerista, é fato que as instituições bancárias persistem na manutenção de cláusulas abusivas, por isso tem-se como objetivo geral o estudo das cláusulas abusivas e o resultado das suas nulidades. Quanto à metodologia é utilizada a pesquisa bibliográfica mediante artigos, estudos e obras escritas por especialistas. Portanto, visa-se compreender como o consumidor é protegido, pela legislação vigente no mercado consumerista, bem como traz à reflexão os principais princípios e direitos básicos instituídos pelo CDC, para em seguida apresentar as cláusulas abusivas mais recorrentes nos contratos de empréstimos bancários. Assim, a presente pesquisa resulta na análise dos mecanismos de proteção para o consumidor com vistas a protegê-lo e a alcançar o equilíbrio necessário para que as relações contratuais se tornem justas. Neste aspecto, conclui-se que o legislador foi categórico ao declarar nula de pleno direito as cláusulas abusivas que causam o desequilíbrio contratual na relação de consumo.

Palavras-chave: Empréstimos Bancários. Contrato de Adesão. Cláusulas Abusivas. Relações de Consumo. Vulnerabilidade.

¹ Graduando do Curso de Direito – Manaus/AM – email mauricio.g-moreira@hotmail.com.br

² Professora de Direito Processual Civil pela Faculdade Martha Falcão/Wyden. Pós-Graduada em Finanças Corporativas pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Advogada Militante.

ABSTRACT

Bank loan contracts are in evidence nowadays due to the countless unfair clauses imposed to Brazilian consumers. The practice of abuse in the contractual relationship puts the consumer at a disadvantage due to their vulnerability. Although the Consumer Protection Code seeks a contractual balance in the consumer relationship, it is a fact that banking institutions persist in maintaining unfair clauses on their daily agreements. Therefore, the general objective of this work is to study unfair clauses and the result of their nullities. The methodology used was bibliographical research as well as articles, studies and works written by specialists. Thus, this work aims to understand how the consumer is protected by the current legislation in force as well as to bring to reflection the main principles and basic rights established by the Code, in order to present the most recurrent abusive clauses in bank loan contracts. Therefore, this research is based on the analysis of the mechanisms of protection to the consumer in order to get fairer contractual relations. In this respect, we should conclude that the legislator was irreducible to declare null all unfair clauses that may cause a contractual imbalance in the consumption relationship.

Key-words: Bank Loans. Contracts of Adhesion. Unfair Clauses. Consumer Relations. Vulnerability

INTRODUÇÃO

O direito das relações de consumo regula o vínculo jurídico formado entre o consumidor e o fornecedor tendo por objeto um produto ou serviço. Nessa seara, é possível celebrar inúmeros tipos de contratos com variadas finalidades, dos quais destacam-se os contratos de empréstimos bancários que são de relevância social e econômica para a população brasileira, pois possibilitam acesso ao crédito.

Os contratos de empréstimo bancário são predominantemente de adesão, que por sua vez, são muito utilizados na sociedade contemporânea, caracterizada por uma economia de escala, com produção e consumo em massa. O contrato de adesão permite que a relação contratual seja celebrada de forma célere e econômica, visto que se trata de contrato impresso com cláusulas previamente elaboradas pelo fornecedor, cabendo ao consumidor aderir ou não, em bloco, as cláusulas já estabelecidas.

Percebe-se que essa característica marcante do contrato de adesão deixa o consumidor em estado de vulnerabilidade, vez que se submetem às vontades do fornecedor. Daí surgem as cláusulas abusivas que colocam o consumidor em desvantagem excessiva na relação de consumo. O cerne do presente estudo são as cláusulas abusivas nos contratos de adesão de empréstimo bancário na sociedade brasileira.

O propósito é elucidar as cláusulas abusivas e como promover suas nulidades nos contratos de adesão por meio da legislação vigente, com o intuito de verificar os princípios norteadores da relação de consumo e as práticas abusivas que colocam o consumidor em posição de vulnerabilidade.

Assim, o Código de defesa do Consumidor, estabelecido pela Lei nº8.078 de 11 de setembro de 1990, tem como objetivo proteger o consumidor de práticas abusivas nos contratos unilateralmente feitos e impostos pelos fornecedores de serviços e produtos, por ser, de acordo com o CDC, a parte hipossuficiente mais fraca.

Avalia-se ainda que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, até então modelo inexistente em nosso sistema jurídico nacional, de forma que qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo vai ser atingida pelo CDC.

Destarte, o método científico utilizado é o de abordagem indutivo, aliado ao procedimento de pesquisas bibliográficas, mediante artigos, doutrinas escritas por especialistas, com coleta de dados secundária, na legislação e jurisprudência nacional.

A presente dissertação está estruturada em três tópicos. Cada tópico, por sua vez, está repartido em subtópicos para melhor compreensão. No primeiro tópico será tratado o desenvolvimento do direito do consumidor no Brasil e como se deu a codificação da Lei n. Lei nº8.078/90, bem como os princípios norteadores da relação de consumo.

Já o segundo tópico, reserva-se à apresentação da relação contratual no ordenamento jurídico brasileiro e à análise das características do contrato de adesão à luz do CDC. Para tanto, seus subcapítulos concentram-se explanação acerca dos contratos bancários, em seguida aprofunda-se o estudo sobre os contratos de empréstimos bancários, bem como a vulnerabilidade do consumidor frente aos contratos de mútuo feneráticos. Na sequência, expõe-se as a nulidade das cláusulas abusivas.

Por fim, terceiro e último tópico foca nas cláusulas abusivas nos contratos de empréstimos bancários, destacando algumas das principais práticas abusivas praticadas pelos bancos, perfazendo a análise da proteção dos direitos dos consumidores, encerrando-se com as formas de controle das cláusulas abusivas.

1- O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

A defesa do consumidor no Brasil, até então inexistente, começou a se desenvolver de forma tímida a partir da década de 1960, a exemplo da lei delegada 4 de 1962 e da Lei nº 4.137 – Lei de Repressão do Poder Econômico, também de 1962, que derivaram algumas conquistas aos consumidores. No entanto, tratavam-se apenas de leis esparsas que não atendiam completamente às necessidades da sociedade.

Com o advento da Constituição da República de 1988, os direitos do consumidor receberam maior proteção, tornando-se cláusula pétrea prevista no inciso XXXII de seu artigo 5º.

Posto isso, fica claro que o princípio constitucional que protege o consumidor, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, não só impõe ao Estado o dever de proteção e promoção eficiente dos direitos e interesses dos consumidores, como caracteriza tais direitos como fundamentais.

Segundo os ensinamentos de Marques (2009, p.26), elevar o direito do consumidor à categoria de direitos fundamentais significa assegurar afirmativamente que o Estado-juíz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa e a tutela dos interesses destes consumidores.

No artigo 150, §5º da Constituição Federal, demonstra a preocupação do Poder Constituinte Originário com o Direito de Informação do consumidor, sendo que tal mandamento constitucional foi cumprido mediante a promulgação da Lei nº 12.741/2012 – Lei da Transparência.

Conforme lição de Grau (2011, p.29), o princípio da defesa do consumidor contido no art. 170, V, da nossa Carta Magna, é um princípio constitucional impositivo, que tem como função servir como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado.

Diante desse cenário constitucional, não há dúvida de que a proteção ao consumidor é um direito e uma garantia fundamental do cidadão brasileiro, nos termos da Constituição Federal, servindo esta como fundamento de validade e diretriz para as normas infraconstitucionais.

Sobre o tema, concorda-se com Benjamin apud Santos (2015, p. 44) ao ensinar que a “opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI”.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, conferiu um prazo de cento e vinte dias a partir da promulgação da Constituição Federal para o Congresso Nacional elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

Demorou um tempo maior, mas após a sanção dessa norma, o Brasil passou a ter uma referência de Diploma Consumerista na ordem mundial. O legislador constituinte optou pela elaboração codificada do Direito do Consumidor, e não pela edição de leis específicas.

Sobre os benefícios da opção pelo Código em detrimento da criação de leis esparsas ensina Pellegirni apud Bolzan, 2014:

Primeiramente, dá coerência e homogeneidade a um determinado ramo do Direito, possibilitando sua autonomia. De outro, simplifica e clarifica o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma. (PELLEGIRNI apud BOLZAN, 2014, p. 21)

E, então, no dia 11 de setembro de 1990, é promulgada a Lei nº 8.078 – Código de Defesa do Consumidor – CDC, com o intuito de buscar a equidade através de instrumentos normativos aptos a reequilibrar uma relação faticamente desigual, ou seja, tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

O Código de defesa do consumidor se perfaz por um complexo de normas, caracterizado pelas relações de consumo, onde, em um dos polos se vislumbra o consumidor, e no outro, o fornecedor ou o prestador de serviço. Quanto à definição desses dois atores das relações consumeristas, o próprio código se encarregou de defini-los, conforme se extrai de seu art. 2º e 3º.

O CDC presta-se a atender ao caminho traçado pela Carta Magna em vários momentos: quando em busca da paz social dá tratamento desigual aos desiguais; quando considera suas normas de ordem pública e de interesse social; quando

enumera os direitos básicos; quando coloca o Estado na dianteira para proteção do consumidor e quando reconhece o desequilíbrio entre as partes na celebração de um contrato.

Ainda no sentido de dar efetividade ao prescrito pela Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor possui três características principais: a) é uma lei principiológica; b) suas normas são de ordem pública e interesse social; e c) microssistema multidisciplinar. A partir de agora passar-se-á a explicar essas características.

O nosso Código de Defesa do Consumidor – CDC fixa sua base em princípios que norteiam as relações consumeristas brasileiras a fim de buscar o equilíbrio em uma relação jurídica que é desigual.

Segundo as elucidativas palavras de Bonatto, 2003:

Os princípios seriam como pilares de um edifício, os quais servem como bases de qualquer sistema, atuando, neste mister, como diretrizes orientadoras para a consecução dos objetivos maiores deste mesmo sistema. (BONATTO, 2003, p.24)

Ainda citando Bonatto (2003, p.27), afirma o referido autor que quando se falou de princípios aplicáveis ao código de defesa do consumidor, tratou-se, também, do estabelecimento de regras de hermenêutica fundamentais para o correto entendimento da lei protetiva.

Assim, não é conveniente seguir caminho sem antes visitar, brevemente que seja, alguns dos princípios que são julgados fundamentais no sistema da Lei 8.078/90 – CDC. Para isso passa-se a análise do art. 4^a do referido diploma legal:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

Preceitua-se que Poder Público deve observar uma Política Nacional das Relações de Consumo voltada ao atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida e, ainda, a transparência e harmonia das relações de consumo.

Baseado justamente nessas premissas básicas do direito do consumidor que os princípios são todos no sentido de se obter um consumo consciente e seguro, em que os consumidores sejam devidamente informados acerca das

características modo de utilização, risco e preço da utilização do produto ou serviço a ser contratado.

Por isso, é necessário discorrer sobre alguns dos princípios norteadores da relação de consumo, uma vez que ao se tratar das cláusulas abusivas nos contratos de adesão de crédito bancário – tema do presente estudo – precisa-se ter em mente quais dos princípios estão sendo violados.

Trata-se do reconhecimento da fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor, está previsto no inciso I do art. 4º do CDC.

Tal medida cuida da isonomia garantida pela Constituição da República ao consumidor, posto que este é a parte mais fraca na relação consumerista. A fragilidade do consumidor pode ser de ordem técnica, jurídica e econômica.

Por conta disso, o CDC reconheceu as situações de vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica do consumidor, sabendo tratar-se de pessoa que, na prática, para obter produto ou serviço, deve aceitar, com pouca margem para negociação, as condições impostas pelo fornecedor (SILVA, 2003, p. 67).

No aspecto de ordem técnica, o consumidor está sempre à mercê daquilo que o fornecedor quer e pode produzir, visto que os meios de produção e distribuição do produto, bem como a prestação de serviço é monopólio do fornecedor. O consumidor só pode optar por aquilo que já existe.

Já no aspecto jurídico, o consumidor não detém o conhecimento específico necessário em todas as áreas em que celebra uma relação consumerista.

No aspecto econômico, em regra, o consumidor tem capacidade econômica inferior ao fornecedor de produtos e serviços, resultando em uma relação desigual.

O inciso II do art. 4º do CDC autoriza a intervenção estatal para proteger efetivamente o consumidor.

Preceitua-se que o Estado precisa intervir no mercado consumidor com o intuito de proteger o consumidor que é o elo mais fraco desse tipo de relação jurídica. A intervenção estatal dar-se-á por iniciativa direta; por meio de incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; pela garantia de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos e serviços; pelo estudo constante das modificações do mercado de consumo e demais medidas que julgar necessária.

A harmonia das relações de consumo está prevista no artigo 4º, inciso III do CDC.

O presente princípio garante que os fornecedores não serão sobrecarregados frente às medidas estatais que visam a proteger o consumidor reconhecidamente vulnerável, pois o Poder Público deve agir com razoabilidade respeitando o desenvolvimento das atividades econômicas dos fornecedores de produtos e serviços.

Como visto anteriormente, o inciso III do art. 4º do CDC pautou a harmonização das relações de consumo em dois outros princípios, tratados como regra de conduta nas relações consumeristas, o da boa-fé objetiva e o do equilíbrio.

A boa-fé significa a transparência obrigatória em relação aos contratantes, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte com relação ao parceiro contratual mais fraco, permitindo as condições necessárias para a formação de uma vontade liberta e racional.

As partes devem agir com sinceridade, veracidade, sem objetivar somente o lucro fácil com a consequente imposição de prejuízos ao outro, para assim alcançar o equilíbrio na relação de consumo.

O dever de informar é princípio fundamental da Lei n. 8.078. É obrigação do Poder Público proporcionar aos consumidores e fornecedores o acesso às informações e à educação quanto aos seus direitos e deveres.

Art. 4 – (...)

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

(...)

O fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidade, risco, preço e o que mais for relevante para proporcionar ao consumidor não só o direito de escolha, mas também para oportunizar a tomada de conhecimento do conteúdo do contrato que está sendo apresentado.

2- OS CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A maioria das relações humanas é contratual. Contrata-se a todo momento, ao acender as luzes, abrir uma torneira, telefonar, usar meios de transporte coletivo, ao comprar alimentos, enfim vive-se em um mundo contratual e a cada momento as pessoas estão celebrando alguma modalidade contratual.

Na ordem jurídica brasileira, num dos conceitos mais vetustos e clássicos de contrato, Bevilacqua (1934, p. 245) afirma que o contrato é um “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

Mais hodiernamente, Diniz, 2004, afirma que o contrato:

(...) constituiu uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa (DINIZ, 2004, p.23)

Na mesma linha é o pensamento de Pereira (2004, p. 11) quando afirma que qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato.

Em conceito clássico ou contemporâneo, a essência do contrato é a mesma: depende da manifestação de vontade, de pelo menos duas partes distintas, a fim de regular interesses particulares.

Assim, contrato é todo negócio jurídico bilateral que visa a criação, modificação, extinção ou conservação de direitos e deveres. Ou seja, por trás de um contrato sempre se tem uma manifestação de vontade, pela qual dará origem ao contrato. E essa manifestação de vontade tem que ser sempre bilateral, pois, não existe contrato de uma pessoa só ou contrato consigo mesmo. Essa situação é insustentável pelo direito,

Insta salientar que o contrato também possui função social em nosso ordenamento jurídico, de acordo com o Código Civil Brasileiro:

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

O que significa dizer, de acordo com Pereira, 2004, que

(...) a função social do contrato passou a servir de limite a autonomia da vontade, quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório (PEREIRA, 2004, p. 13)

Desse modo pode-se conceituar a função social do contrato basicamente como o princípio que norteia os limites dos interesses individuais das partes, visto que os contratos celebrados surtem efeitos não somente para o contratante e contratado, mas também na seara social, justificando assim a prevalência dos interesses sociais.

O direito contratual rege-se por princípios fundamentais, embora tais princípios não sejam escopo da presente pesquisa, considera-se essencial enumera-los aqui a título de conhecimento. São eles: a) princípio da autonomia da

vontade; b) princípio da supremacia da ordem pública; c) princípio do consensualismo; d) princípio da relatividade dos efeitos o contrato; e) princípio da obrigatoriedade dos contratos; f) princípio da revisão dos contratos; g) princípio da boa-fé e da probidade.

Destarte, os princípios supramencionados orientam os contratos, a fim de conferir harmonia nas relações contratuais e, conseqüentemente, na sociedade como um todo, por isso é primordial observar os princípios que norteiam a formação dos contratos.

A Revolução Industrial foi força propulsora para o surgimento e modificação dos contratos de adesão como se conhece hoje. Durante esse período aconteceram uma série de mudanças no contexto histórico, social e econômico, pois ocorreu a transição para os processos de manufatura; a crescente produção de máquinas; fabricação de novos produtos químicos; substituição da madeira pelo carvão como biocombustível; dentre outras mudanças que alteraram profundamente toda a sociedade.

A população daquela época, em especial a burguesia, começou a experimentar um crescimento sem precedentes históricos o que desencadeou o crescimento imediato e desordenado do mercado de consumo, em razão dos produtos manufaturados.

O desenvolvimento acelerado do mercado resultou na necessidade de acelerar a celebração dos contratos nos mais variados ramos do comércio, decorrendo nesse momento as primeiras ideias de contrato de adesão com o intuito de fazer com que as negociações acontecessem de forma mais célere, reduzissem os custos e aumentasse os lucros para os comerciantes daquela época.

Os eventos supramencionados caracterizaram os contratos de adesão como contrato típico das sociedades de massa, construídas a partir de um modo de produção. Portanto, são contratos que acompanham a produção, onde o fornecedor estipula unilateralmente as cláusulas, cabendo a outra parte, o consumidor, aderir ou não ao contrato.

Nas palavras de Nunes, 2015, assim começaram a surgir os contratos de adesão.

(...) que o direito acompanhou tal movimento industrial e criou o modelo próprio de contratação, adequado ao processo industrial que surgia. Passou-se a criar fórmula padronizadas, autênticas cláusulas contratuais em série, verdadeiros contratos de consumo. (NUNES, 2015, p. 205)

No entanto, os ideais desse período histórico eram pautados no liberalismo econômico que defendia a não intervenção do Estado na economia. Desse modo, as cláusulas contratuais eram desenvolvidas pelas grandes empresas de forma unilateral. Não existia negociação entre as partes e não havia a intervenção por parte do Estado, visando apenas aos lucros a quem fornecia produto ou serviço por meio dos contratos de adesão.

Em decorrência desse liberalismo, criou-se um grave desequilíbrio nas relações comerciais, obrigando o Estado a intervir criando leis que coibissem essas cláusulas abusivas.

Com a criação dessas leis que visavam proteger os consumidores, e alcançar o equilíbrio nas relações contratuais, chegou-se mais próximo do conceito do contrato de adesão que se tem hoje em dia.

Atualmente, há uma maior preocupação do direito em proibir essas cláusulas abusivas, com a finalidade de tutelar a relação contratual e preservar o princípio da isonomia entre as partes.

Destarte, entende-se o contrato de adesão quando uma das partes estipula previamente as cláusulas constantes do conteúdo contratual, enquanto que a outra parte não terá qualquer participação na criação de tais cláusulas.

Por se tratar de uma espécie contratual onde apenas uma parte é responsável pela criação do contrato, se diz que há uma disparidade entre as partes, no qual a parte responsável pela criação poderia ser considerada a parte “forte” do contrato.

Já a parte “fraca”, seria aquela que decidiu aderir ao contrato, se submetendo às cláusulas previamente estipulas pela outra parte.

Em razão de tal disparidade, há a necessidade de um controle maior sobre esses tipos de contratos, com o objetivo de evitar que a parte responsável pela formulação das cláusulas, as formule em benefício próprio em função do detrimento da outra parte.

Proferindo análise sobre o advento do contrato de adesão, Rodrigues, 1997, destaca:

A ideia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato, admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avença e na qual as partes colocadas em pé de igualdade discutem os termos do negócio. É a chamada fase de pontuação, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. A este tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que está, em geral, não pode recusar. (RODRIGUES, 1997, p. 7)

Quanto à natureza jurídica do contrato de adesão, existe um debate acerca das suas particularidades.

Parte da doutrina entende que o contrato de adesão é negócio jurídico unilateral, em razão de suas cláusulas serem estipuladas antecipadamente por apenas uma das partes, o contratado, que não considera a autonomia de vontade da outra parte envolvida, no caso o contratante.

No entanto, a doutrina dominante caracteriza o contrato de adesão com natureza jurídica contratual, ou seja, um negócio jurídico bilateral, tendo em vista que a autonomia de vontade do contratante é exercida quando ele escolhe ou não aderir o contrato elaborado pelo contratado.

Antes de conceituar os contratos bancários, é preciso definir uma das partes dessa relação jurídica, o banco, que é uma espécie de instituição financeira. A aceção legal de instituição financeira está contida no art. 17 da Lei 4.595/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, e cria o Conselho Monetário Nacional.

Para a Lei nº 7.492/86, disciplinadora dos crimes contra o sistema financeiro nacional, instituição financeira é

(...) a 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.

No mesmo sentido das definições normativas segue Fazzio Junior, 2014, ao afirmar que as instituições financeiras

“(...) podem ser privadas ou públicas e visam o financiamento de auxílios fundamentais em dinheiro em benefício da parte contratante, pessoa física ou jurídica; e, a partir dessas operações de crédito, conseguem a longo prazo atingir um número considerável de lucro, devido aos juros cobrados sobre essas atividades” (FAZZIO JUNIOR, 2014, p. 552)

Para presente pesquisa, é importante ter em mente que as instituições financeiras são aquelas que fazem o papel de intermediários entre o cliente e algum

tipo de serviço do mercado financeiro, como a realização de algum investimento, empréstimos, financiamento, entre outros serviços.

No território brasileiro, as instituições financeiras funcionam mediante prévia autorização e fiscalização do Banco Central do Brasil. A exemplo de instituições financeiras tem-se as corretoras de valores, os bancos de investimentos, os bancos comerciais, os bancos múltiplos e as financeiras.

Para alcançar escopo do presente trabalho, a partir de agora serão debatidas as atividades exercidas pelos bancos comerciais, comumente conhecidos pela simples expressão “banco”. É por meio do banco comercial que grande parte da população brasileira tem acesso aos serviços bancários e realiza as suas movimentações financeiras no dia a dia, por isso, provavelmente, é o tipo de instituição financeira mais conhecido.

Fazzio Junior, 2014, afirma que os bancos comerciais

(...) são instituições financeiras privadas ou públicas. Têm como objetivo principal proporcionar o suprimento oportuno e adequado dos recursos necessários para financiar, a curto e médio prazos, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas e terceiros em geral. A captação de depósitos a vista, livremente movimentáveis, é atividade típica do banco comercial. (FAZZIO JUNIOR, 2014. p. 518)

À vista disso, pode-se aferir que contratos bancários são aqueles em que uma das partes é um banco ou qualquer outra instituição financeira, exercendo a atividade de intermediação monetária com terceiro interessado. Sendo assim, os contratos bancários devem ser celebrados apenas com instituições financeiras devidamente reguladas pelo Banco Central, incorrendo em atividade ilícita aquela pessoa física ou jurídica que, não estando autorizada a exercer atividade financeira, realiza contrato de intermediação de dinheiro.

De acordo com os ensinamentos de Bolzan, 2014:

Diversos são os tipos de contratos bancários, mas entre eles há sempre dois elementos específicos presentes: um objetivo, o crédito, e outro subjetivo, a instituição bancária. Daí podermos concluir: denomina-se bancário o contrato que tem o crédito por objeto e apresenta, necessariamente, em um dos polos da relação jurídica, uma instituição bancária. (BOLZAN, 2014, pg. 593)

As operações financeiras entre o bancos e terceiros só se tornam possíveis através da celebração do contrato bancário, que regulam as relações entre a instituição financeira e o cliente. O contrato bancário é um instrumento normalmente bilateral que impõe direitos e obrigações a ambas as partes da relação jurídica. Outrossim, as operações financeiras realizadas pelos bancos ou agências financeiras

são basilaramente regulamentadas por duas instituições, o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central (BACEN).

Ressalte-se, por fim, que os contratos bancários não se apresentam de forma taxativa em nosso direito positivo vigente, portanto, são bem abrangentes e dinâmicos, de forma que a demanda é quem dita o surgimento de novos tipos ou funções dos contratos bancários, porém, há um rol típico da atividade comum das instituições financeiras, como o Mútuo, o Depósito, a Conta Corrente, o Desconto, o Crédito Documentário, as Cartas de Crédito, as *Comfort Letters*, as Operações de Câmbio, os Empréstimos, Financiamentos, entre outros.

O art. 586 do Código Civil Brasileiro disciplina o contrato de mútuo. Dele pode-se aferir que o contrato de mútuo consiste no empréstimo de coisa fungível, também regulada pelo Código Civil no art. 85, e consumível ao mutuário – pessoa que recebe o empréstimo no contrato de mútuo.

É possível observar, em análise ao art. 85 do CC, que a coisa emprestada é consumível, e o melhor exemplo de empréstimo de consumo é o empréstimo de dinheiro, visto que o dinheiro é um bem fungível que ao ser consumido pode ser totalmente substituído por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Assim, por meio dos contratos de mútuos se transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, o qual fica responsável por todos os riscos desde a tradição, de acordo com o art. 587 do CC.

Portanto, quando o empréstimo de dinheiro é feito por uma instituição financeira ao mutuário, caracteriza-se o contrato de mútuo feneratício, posto que o dinheiro emprestado pelo banco ou instituição financeira se dá de forma onerosa, implicando na cobrança de juros (remuneração devida pela utilização de capital alheio) e também na exigência de garantia (real ou fidejussória) da devolução desse dinheiro.

Dada a amplitude do mútuo feneratício, esse tipo contratual é popularmente conhecido simplesmente como contrato de empréstimo bancário.

Para Gagliano (2008, p. 328), o contrato mútuo se refere a uma modalidade contratual em que se transfere, provisoriamente, a posse de um bem, por mera liberalidade. Acrescenta referido autor que o empréstimo de mútuo feneratício diz respeito a uma modalidade de contratação unilateral onerosa em que celebrado um

contrato de empréstimo, o devedor pagará ao credor os juros compensatórios devidos pela utilização do capital.

Segundo Tartuce (2008, P.451), o contrato de empréstimo pode ser conceituado como “negócio jurídico onde ocorre a entrega de coisa a alguém que se compromete a devolver a coisa emprestada ou seu equivalente.

Já se tem o conhecimento que são os contratos de adesão que permeiam predominantemente a relação de consumo. E os contratos de adesão caracterizam-se justamente por possuírem cláusulas constituídas por apenas uma das partes do contrato (o fornecedor de produtos ou serviços), o que facilita o surgimento de cláusulas que gerem onerosidade excessiva para o aderente.

Assim, as cláusulas abusivas são aquelas que prejudicam nitidamente a parte mais fraca da relação, causando um desequilíbrio contratual entre contratante e contratado.

A Professora Galdino, 2001, ensina que:

(...) as cláusulas abusivas são aquelas que estabelecem obrigações iníquas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, causando um desequilíbrio contratual entre as partes, ferindo a boa-fé e a equidade. (GALDINO, 2001, p.12)

Embora o CDC não defina em nenhum de seus artigos o conceito de cláusula abusiva, o legislador brasileiro deixou claro no inciso IV, do art. 6º que é direito básico do consumidor a proteção a cláusulas contratuais abusivas.

Ainda no intuito de oferecer uma tutela efetiva e real ao consumidor, a Lei nº8.078/90 não se satisfaz com o estabelecimento da transparência e clareza dos contratos, como também estabeleceu uma interpretação favorável ao consumidor.

Os elementos caracterizadores das cláusulas abusivas são: a predisposição unilateral; a inserção em condições gerais; a atribuição de onerosidade e desvantagens excessivas ao aderente; a incompatibilidade com as hipóteses da lista legal ou com a boa fé e a equidade.

À vista disso, as cláusulas abusivas são ilícitas apenas por existirem de fato no mundo fenomênico.

Benjamin et. al., 2008, ensinam que:

Inicialmente, cumpre destacar que a caracterização de qualquer cláusula abusiva, nos termos da sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor, se houve ou não malícia, intuito de obter vantagem indevida ou exagerada. Em nenhum momento a Lei 8.078/90 exige a má-fé, o dolo do fornecedor, para caracterização da abusividade da cláusula. (BENJAMIN et. al., 2008, p. 292)

Existindo qualquer cláusula que desrespeite os princípios norteadores do contrato e que onerem excessivamente uma das partes, estará caracterizado a abusividade independente da comprovação de danos.

Garcia, 2010, apresenta a seguinte explanação:

Em razão da boa-fé objetiva, a abusividade das cláusulas abusivas não é aferida subjetivamente, ou seja, não se infere se o fornecedor, ao estipular as cláusulas contratuais, tinha o conhecimento de que eram abusivas frente ao Código Consumerista. No intuito de proteger essa categoria vulnerável, denominada consumidor, o legislador privilegiou valores superiores ao dogma da autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*), como a boa-fé objetiva e a justiça contratual, permitindo que o poder judiciário tenha condições de aferir, objetivamente, quando estará ocorrendo um desequilíbrio entre as partes, possibilitando, assim, um efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo. (GARCIA,2010, p. 311)

Posto isso, percebe-se que a cláusula abusiva é aquela que desvia o contrato de sua função social e econômica, sendo desvantajosa à parte mais vulnerável do contrato, o consumidor.

A abusividade da cláusula encontra-se no desrespeito ao direito do aderente por parte do fornecedor ao ignorar os princípios contratuais, haja vista que o responsável por estipular as cláusulas passará por cima do aderente, visando tão somente o seu lucro.

Importa salientar que a cláusula abusiva poderá acontecer em todos os tipos de contratos, porém ela é mais visível nos contratos de adesão, devido ao fato de que neste modelo contratual o aderente não possui uma livre manifestação de sua vontade, facilitando que este seja vítima de abusos contratuais.

Sendo assim, pode-se identificar a existência de cláusulas abusivas sempre que houver em um contrato disposições que resultem em uma onerosidade excessiva para uma das partes, ao passo em que aquele que as estipulou angaria apenas vantagens, ficando evidente o desequilíbrio na relação contratual, assim como o desrespeito aos princípios contratuais.

Diferente do Código Civil que dispõe sobre dois tipos de nulidades, a absoluta e a relativa, a Lei n. 8.078/90 prevê que, em se tratando de relações consumeristas, apenas as nulidades absolutas de pleno direito.

Nesse sentido, Amaral Júnior, 2011, preleciona que:

O Código de Defesa do Consumidor, diferentemente do C.C., regulou de modo próprio a nulidade das cláusulas contratuais abusivas. O procedimento adotado não foi o de consagrar a distinção entre nulidade absoluta e anulabilidade, admitindo apenas a nulidade de pleno direito. (AMARAL JÚNIOR, 2011, p. 79)

Para Antonio Carlos Efig, 2000:

(...) o consumidor pode aceitar conscientemente a cláusula abusiva, mas, se representa vantagem excessiva para o fornecedor, é contrária à ordem pública, restando nula de pleno direito tal cláusula, visto que em conformidade com o sistema de proteção ao consumidor, referida cláusula ou condição contratual fora instituída contrariamente à lei. (EFING, 2000, p. 91)

Por isso, não há o que se falar em cláusula abusiva que possa ser convalidada, pois este tipo de cláusula já nasce nula, ou seja, mesmo que escrita de forma expressa no contrato é nula desde sempre. E o legislador foi claro ao considerar nulas de pleno direito as cláusulas abusivas elencadas no art. 51º do CDC, entre outras.

Pode-se observar que CDC, em seu §2º do art. 51, escolheu como modalidade de sanção para coibir as cláusulas abusivas – sem prejuízo de outras –, a nulidade absoluta. A nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, a não ser que sua ausência acarrete grande ônus a qualquer das partes, mesmo se tentando a integração. Com isso, o referido diploma nos mostra que o legislador primou pelo princípio da conservação dos contratos.

Nas palavras de Galdino, 2001:

A natureza dessas sanções nada mais é que o exercício do poder de polícia sobre as atividades desenvolvidas pelos fornecedores, constituindo uma espécie de defesa do consumidor. Trata-se, na prática, de um sistema de prevenção, ou seja, meio pelo qual a Administração Pública faz um controle de qualidade externo dos fornecedores. (GALDINO, 2001, p. 149)

É importante enfatizar o modelo de sociedade contemporâneo é calcado na economia de escala, com produção e consumo em massa. É nesse cenário que se dá a importância do contrato de adesão, posto que é o instrumento que viabiliza a circulação de riquezas em uma economia de escala.

Por esse motivo, o contrato de adesão é o modelo de contrato mais utilizado atualmente para efetivar relações comerciais, sendo inegável a utilidade do referido contrato para viabilizar o andamento da economia, cujos princípios refletem a agilidade, a comodidade e a praticidade demandados pela vida moderna.

Em consequência disso, o legislador preocupou-se em proteger os consumidores anulando as cláusulas abusivas, ao passo que reverenciou a função social do contrato considerando válido e eficaz todo o resto do corpo contatual.

Por isso, não se admite que o contrato possa trazer ônus excessivo para o consumidor, ainda que ele tenha assumido esta obrigação contratualmente, porque os princípios do direito do consumidor restariam inúteis.

Assim, como defensor da ordem pública, constitui dever do Poder Público intervir, para o fim de garantir o equilíbrio entre as partes contratantes, a justiça contratual. A jurisprudência já enfrentou o tema em questões semelhantes.

Em direito do consumidor, principalmente em se tratando de cláusulas abusivas, o papel da jurisprudência tem sido essencial.

Deve-se considerar também que o consumidor é a parte vulnerável e hipossuficiente da relação, pois não possui poder técnico nem econômico e, ainda, no mais das vezes, não tem o necessário entendimento para conhecer as implicações que as cláusulas pré-formuladas podem lhe acarretar.

Isto é, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito e sempre que houver dúvida, omissões, divergências ou obscuridade, o aplicador da lei deve interpretá-las favoravelmente ao consumidor, justamente porque a participação deste se resume tão somente a aceitar as cláusulas em bloco.

3- CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Com o intuito de salvaguardar os consumidores o Código de Defesa do Consumidor, concebeu diversos mecanismos para equilibrar as relações de consumo.

A proibição e controle das cláusulas abusivas é um destes mecanismos, uma vez que esta espécie de cláusula fere os princípios contratuais, desequilibrando a relação contratual.

O Estado fará o controle destas cláusulas abusivas precipuamente através de três formas: administrativa, judicial e legislativa.

O controle administrativo é realizado por intermédio de órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal e é predominantemente preventivo.

O controle administrativo promove a defesa do consumidor por meio de órgãos e entidades espalhadas por todo o país, bem como pela atuação do Ministério Público (MP) e ações públicas ou coletivas.

No que concerne aos órgão e entidades que atuam no controle administrativo, tem-se, em âmbito federal, a Secretaria de Direito Econômico, que conta com um

Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, e uma Comissão Permanente de Proteção e Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, destaca-se o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, que possui legitimidade para atuar na tutela dos consumidores, inclusive mediante o ajuizamento de ações coletivas.

Passando ao âmbito privado, diversas são as instituições constituídas com a finalidade de proteger o consumidor administrativamente, como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC).

Como dito anteriormente, o controle administrativo pode ocorrer através da instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, na forma da Lei nº 7.347/85.

Este controle será concreto quando um órgão ou o interessado provocar a atividade do Ministério Público e abstrato quando este tomar conhecimento da existência de uma cláusula abusiva em um contrato-padrão e acionar o judiciário para tutelar direitos coletivos, não se limitando a um caso em específico.

Pode também se dar este controle nas atividades controladas ou fiscalizadas pela Administração Pública, no qual esta poderá exercer o controle por meio de decretos, portarias ou outros atos administrativos. Estes não possuem força de lei, mas podem influenciar nas decisões do Poder Judiciário.

Desta forma o controle administrativo pode ocorrer com a instauração do inquérito civil, pelo Ministério Público, bem como pela atuação de órgãos próprios estatais, sobre as atividades por eles controladas ou fiscalizadas.

O controle judicial ocorre quando há uma demanda judicial, que pode ser para corrigir ou eliminar as cláusulas consideradas abusivas. Ele poderá ser concreto ou abstrato.

Este controle visa evitar os abusos e as injustiças que possam ocasionar o desequilíbrio contratual. Sendo assim, é facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

É concreto o controle judicial quando uma relação contratual específica é apresentada à apreciação do Poder Judiciário e abstrata quando o Ministério Público promove uma ação requerendo a nulidade da cláusula considerada abusiva que diz

respeito a uma coletividade de contratantes que será abrangida pela manifestação judicial.

No caso de controle judicial abstrato, a decisão que declarar a abusividade da cláusula terá eficácia erga omnes, haja vista que tem como objetivo uma tutela contratual coletiva, já no controle judicial concreto, por se tratar de um controle individual, só terá eficácia entre as partes.

Portanto, o controle judicial é, em regra, considerado o mais adequado, mesmo que seja mais demorado. Entretanto, tal controle é dependente da iniciativa processual do prejudicado, e muitas vezes deixa de apreciar algumas questões devido à inércia do lesado, seja pela ignorância ou pela falta de confiança na conquista, uma vez que o consumidor não possui as mesmas condições do fornecedor, considerado parte mais forte na relação de consumo.

Neste ponto, especial destaque merece a edição da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Súmula 381/STJ – Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

Esse verbete foi editado pelo STJ pelo conflito aparente de dois princípios: a inércia judicial e o dever do estado de promover a defesa do consumidor. Nesse tocante, observa-se que a Corte privilegiou o primeiro em detrimento do segundo. *Data maxima venia*, a doutrina majoritária entende que a edição desta súmula não poderia ter sido mais infeliz, e o verbete merece cancelamento.

A CR/88 estabelece, em seu artigo 5º, XXXII, conforme já dito neste trabalho, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Ao dar efetividade a esse comando constitucional, o CDC crava solenemente que as normas de defesa do consumidor são de ordem pública.

Não restou dúvidas, ao longo do trabalho desenvolvido, que o consumidor é a parte mais fraca da relação e que merece proteção por parte dos órgãos e, inclusive, do estado-juiz. Qualquer cláusula abusiva constante do contrato merece reproche por parte do poder judiciário com a respectiva declaração de nulidade, ainda que não questionada pelo consumidor.

Guglinski, 2013, afirma que:

Em se tratando de defesa do consumidor, isso não é nenhum exagero ou advocacia por parte do juiz que intervém para evitar prejuízos ao consumidor, tendo em vista que em 1985, a 106ª Sessão Plenária da ONU estabeleceu, através da Resolução nº 39/248, o Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, reconhecendo-o como a parte mais fraca na relação de consumo, e tornando-o merecedor de tutela jurídica específica, exemplo este seguido pela legislação consumerista brasileira. No atual contexto

social, a magistratura brasileira tem se empenhado em intervir concretamente nas relações em que estão em jogo direitos conferidos a segmentos sociais vulneráveis, como é o caso dos consumidores, com o fim de realizar efetivamente a justiça social, cumprindo, assim, as diretrizes traçadas pelo Estado Democrático de Direito, em resposta ao individualismo que dominou o pensamento de séculos passados. (GUGLINSKI, 2013, p. 5)

Sendo assim, não há outra conclusão a se chegar senão de que a súmula, numa interpretação sistemática e, por que não, teleológica, é *contra legem* e, conseqüentemente lógico-jurídico, inconstitucional, na medida em que carece de suporte no atual ordenamento jurídico pátrio.

O controle legislativo pode ocorrer de duas maneiras, formal ou material. É formal o controle que tem por objetivo assegurar a plena liberdade das partes, mas exige-se o conhecimento das mesmas para que o contrato alcance a sua finalidade.

Já o controle legislativo material consiste na interferência direta do legislador, o qual determina o que pode e o que não pode estar presente no contrato, visando garantir o equilíbrio nas relações contratuais.

No âmbito estadual, cada Estado edita suas próprias leis visando à constituição e estruturação de órgãos voltados à defesa do consumidor. E no âmbito municipal, cada Município também pode editar leis em interesse local visando à estruturação ou criação de órgãos voltados à proteção do consumidor.

Ainda que o controle legislativo não exclua outras formas de controle, ele é muito importante para o direito positivo, tendo em vista que a proibição das cláusulas abusivas advém deste controle.

Embora ainda não muito explorado por grande parte da boa doutrina, como derradeira forma de controle, temos o controle social.

O controle social nada mais é que do que o controle exercido pela população, visto que essa é a maior afetada por todas as cláusulas abusivas nos contratos de adesão.

Não obstante isso, o que tem sido observado é que a população não tem se mostrado interessada em ler os contratos mais detidamente, buscar informações sobre seus direitos, deveres e prerrogativas.

Muitas vezes, a população queda-se inerte, à espera dos poderes constituídos na solução de problemas de fáceis constatação.

Não nos parece ser viável essa atitude. Lembra-se que cabe ao consumidor buscar informações. A inércia não é benéfica e, em última análise, contribui para a manutenção do *status quo*.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde observar durante o desenvolvimento do presente trabalho, o principal grande marco ao surgimento dos contratos de adesão foi a revolução industrial. Com o crescimento exponencial do consumo de bens e serviços, ficou ainda mais patente que o fornecedor ocupava uma posição muito mais privilegiada que o consumidor, parte hipossuficiente na esfera jurídica, psíquica e moral na relação consumerista.

Em virtude disso, surgiu e urgiu a necessidade de intervenção estatal, a fim de proteger a parte vulnerável da relação: o consumidor. Destarte, a intervenção estatal nas relações de consumo surgiu com vistas reequilibrar as relações de consumo. No Brasil, além de outros diplomas, inclusive por meio da própria Constituição Republicana de 1988, foi editado o Código de Defesa do Consumidor no ano de 1990.

Essa codificação, dentre outras diversas inovações trazidas, trouxe tanto proteção aos consumidores quanto limitações a certas práticas de mercado comuns e à mingua do direito até então. Uma das maiores delas e mais relevante ao presente trabalho foi a proteção contra as cláusulas abusivas que por vezes permeiam contratos de adesão.

Como se estudou no presente trabalho, os contratos de adesão são aqueles elaborados unilateralmente pelos fornecedores, não cabendo discussão de cláusulas pelos contratados, devendo estes apenas assinar ou não aquilo proposto. Nesse diapasão, as cláusulas abusivas reinavam.

Cláusulas abusivas são aquelas que, de tão onerosas a uma das partes, torna, muitas vezes, o contrato impossível de ser cumprido em sua totalidade. Com a edição dessas cláusulas, por óbvio o consumidor sempre se encontrará em exponencial desvantagem em relação ao fornecedor.

Como já foi estudado, as cláusulas abusivas ocorrem em todas as searas, mas ainda mais nos contratos de adesão. Uma grande parte dos contratos de adesão são aqueles celebrados com as instituições financeiras, mormente os bancos.

Nessa toada, esse assunto mereceu atenção redobrada no estudo do presente trabalho foi como as cláusulas abusivas se comportam diante dos contratos de empréstimos bancários. Como se sabe, o brasileiro costumeiramente se socorre dos bancos para realizar operações creditícias das mais variadas possíveis.

Os bancos são regulados pelo Banco Central – BACEN e seus modelos de contratos de adesão devem passar pelo crivo e aprovação deste órgão que, dentre outras funções, exerce a respectiva fiscalização do setor.

Não obstante, essa fiscalização prévia dos ajustes que hão de ser celebrados não tem mostrado efetividade máxima para afastar cláusulas abusivas visíveis a olhos nus. Pelo menos é o que se constatou ao longo desse trabalho.

Nesse sentido, relembra-se que existem, ao mínimo, quatro tipos de controle que podem ser exercidos a fim de que cessem o acontecimento de cláusulas abusivas nos contratos dos mais variados, especialmente o bancário, tema deste trabalho: a) controle administrativo; b) controle legislativo; c) controle judicial e d) controle social.

O primeiro, controle administrativo, diz respeito aos órgãos criados e mantidos pelo poder público ou até mesmo pelos particulares aptos a fiscalizarem tanto previamente quanto concomitantemente e, até mesmo, posteriormente, a elaboração, aprovação e celebração de contratos de adesão.

Os órgãos administrativos possuem vital importância na defesa dos direitos dos consumidores, na medida que agregam pessoas que são treinadas e possuem o *know how* necessários para detectar e determinar refazimentos de contratos e cláusulas potencialmente lesivas à sua função social.

Não obstante ser uma das mais importantes, muitas das vezes se mostra falha e ineficiente, não correspondendo aos anseios pelas quais foram instituídas.

Prosseguindo, importante notar que também existe o controle legislativo. Esse controle é feito pelos órgãos do poder legislativo quando da feitura de leis. Nessa toada, importante lembrar que o art. 24, VIII, afirma que cabe concorrentemente à

União, aos estados e ao Distrito Federal legislarem sobre a responsabilidade por dano ao consumidor.

Sendo assim, frise-se que cabe aos entes federativos maiores concorrentemente protegerem o consumidor. Como exemplo de controle legislativo podemos citar a própria edição e sanção do Código de Defesa do Consumidor, bem como suas alterações ao longo dos seus 28 anos de existência.

Esse controle também não se mostra muito atuante e concomitante, na medida em que é a mais morosa por depender de aprovação de lei para que entre em vigor.

Quanto ao controle judicial, esse controle é aquele exercido pelo poder judicial seja federal ou estadual. É exercido de duas formas: a) em concreto e; b) em abstrato.

O controle judicial em concreto ocorre quando um consumidor, concretamente, após a celebração de um contrato, observa uma cláusula abusiva e ingressa no judiciário buscando a extirpação desta do mundo jurídico.

Nesse caso, o controle judicial terá efeito entre as partes da lide judicial e não atingirá outras pessoas que estejam na mesma situação como, por exemplo, outros consumidores que também tenham assinado aquele contrato de adesão e se encontrem em situação análoga. Destarte, essas outras pessoas também deverão procurar o judiciário para verem guardados seus direitos.

Por sua vez, o controle judicial em abstrato é aquele exercido majoritadamente pelo *Parquet* quando este está em defesa não de seus direitos, mas de direitos coletivos. Nesse caso, a sentença judicial valerá a todos que se encontrem em situação jurídica análoga, tendo, assim, efeitos *erga omnes*.

Nessa toada, uma vez que o poder judiciário se posicione, por exemplo, pela nulidade de uma cláusula abusiva, esta deve ser retirada do ordenamento jurídico de todo aquele grupo de consumidores que se submetem ao contrato em análise.

Por fim, quanto a esse ponto, importante lembrar a edição da súmula 381 do STJ, que vedou ao magistrado o conhecimento, de ofício, de cláusula abusiva em contratos bancários. Conforme exposto no item que a matéria foi abordada, a edição desta súmula não poderia ter sido mais infeliz, e o verbete merece cancelamento.

Esse comando judicial não se coaduna com o atual ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que numa interpretação sistemática e, por que não, teleológica, é *contra legem* e, consectário lógico-jurídico, inconstitucional.

Por derradeiro, mas não menos importante, tem-se o controle social. Esse controle, que se opina ser o mais relevante, é aquele exercido pela própria sociedade enquanto consumidora. Esse controle é o mais difícil de ser feito e depende da própria população.

Muito se fala hodiernamente do conceito do “homem médio”, que nada mais é que do que aquela pessoa mediana, quase que um equilíbrio do comportamento humano. Importante notar que o conceito de homem médio varia de sociedade para sociedade.

Quanto mais desenvolvida uma sociedade, mais se eleva a expectativa do conhecimento que um homem médio é capaz de ter. Sendo assim, entende-se que o homem médio consumerista brasileiro ainda se encontra em um nível abaixo do esperado, na medida em que este não procura se informar de seus direitos, não busca conhecer o que está contratando e nem mesmo ler o contrato que está assinando.

A busca de uma sociedade mais crítica, que não aceita se submeter a cláusulas nitidamente abusivas é o que se espera cada vez mais. Essa, sim, é uma forma genuína de driblar essas máculas que se observa diuturnamente na seara consumerista brasileira, sem ter que esperar pacientemente as outras formas de controle, *de per si*, agirem em prol do consumidor.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Rosa Maria de; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado – 6ª Edição 2008 – Ampliada e Atualizada**. 6ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil**. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo, 1934.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 15. Ed. São Paulo, Atlas SA, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV – Contratos – Teoria Geral**. 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo – 2008.

GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas Abusivas no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 6. Editora Impetus. Niterói, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 3 – Contratos e Atos Unilaterais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo - 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 3 Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Vol. 3 - Dos Contratos e Das Declarações unilaterais da vontade**. 25ª edição - Ed. Saraiva. São Paulo - 1997.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2º edição. Editora Método. São Paulo - 2008.