

ANÁLISE COMPARATIVA DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS CONSUMERITAS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPÉIA

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGAL EFFECTS OF UNFAIR TERMS IN CONTRACTS CONSUMERITAS IN BRAZIL AND THE EUROPEAN UNION

***Maria Laura Lopes Nunes Santos**

**** Luciano Nunes Santos Filho**

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade contribuir com a comunidade acadêmica jurídica, ao apresentar um estudo comparativo das normas de proteção ao consumidor no Brasil e na União Europeia, especialmente no tocante às cláusulas abusivas em contratos consumeristas. Para tanto estudar-se-á a tutela do consumidor com a análise da diretiva 93/13/CEE específica em cláusulas abusivas no âmbito europeu, e no campo interno as cláusulas abusivas constantes no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro e a sua nulidade. Faz-se por fim, a análise comparativa da Diretiva 93/13/CEE com o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Cláusulas abusivas. Consumidor. União Europeia. Direito comunitário.

ABSTRACT

The present work aims to contribute to the legal academic community, in the comparative study of consumer protection regulations in Brazil and the European Union, especially with regard to abusive clauses in consumer's contracts. To this end study will be the European Community law and the protection of the consumer with the analysis of the Directive 93/13/EEC and internally will be analyzed the Consumer Protection the abusive clauses in the article 51 of the Brazilian Consumer Protection and its nullity. Will do as a final point, the comparative analysis of the Directive 93/13/EEC with the article 51 of the Brazilian Consumer Protection Code.

KEYWORDS: Abusive clauses. Consumer. European Union. Community law.

1. INTRODUÇÃO

O processo de globalização vem refletindo essencialmente no desenvolvimento das atividades humanas, principalmente no tocante às relações comerciais. Tal processo elimina obstáculos à livre circulação de mercadorias e promove a integração regional com a formação de blocos econômicos.

Para os consumidores as transformações decorrentes da globalização, representam modificações nas práticas contratuais, no crescimento dos contratos relacionais, com o constante desafio de combater as práticas abusivas.

A crescente capacidade de produção das grandes empresas aliada a seus conhecimentos técnicos e a uma boa assessoria jurídica, acabam por exercer um poder sobre o consumidor e impor-lhe determinadas regras. A atuação intervencionista dos Estados tem por finalidade assegurar aos consumidores a restauração do equilíbrio do contrato originalmente violado.

O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo na legislação da União Europeia no tocante a proteção do consumidor quanto as cláusulas abusivas em relação a do Brasil.

Importante destacar que o estudo comparativo ideal seria a análise do tratamento dado pela legislação de dois blocos econômicos, a União Europeia e o Mercosul, ou de dois países, Brasil e um Estado membro do bloco europeu, no entanto o bloco sul-americano não possui normas próprias, por outro lado os países membros europeus tem seu ordenamento jurídico interno vinculado aos ditames do Direito Comunitário, lá consolidado através das diretivas.

Far-se-á por fim, a análise comparativa da Diretiva 93/13/CEE com o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

A metodologia aplicada é a pesquisa de dados bibliográficos, com preponderância ao método em ação, assim designado por Marc Ancel, no qual se fará uma comparação das legislações do Brasil com a Diretiva 93/13 da União Europeia¹ dando ênfase aos efeitos das cláusulas abusivas em ambas as legislações.

Verificar-se-á as similitudes e divergências das normas, com a finalidade de se saber qual a legislação mais protetiva para o consumidor.

2. TUTELA DO CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA

O consumidor como ator principal da relação comercial na Europa necessita que lhe seja assegurado um conjunto de direitos mínimos. A atuação intervencionista dos Estados, de um modo geral, tem por finalidade assegurar aos consumidores esta segurança, bem como a restauração do equilíbrio nas relações contratuais entre as partes. Tal preocupação teve início

ainda na década de oitenta quando, em Bruxelas, foram elaboradas diretivas sobre direito do consumidor no âmbito do direito privado.

Inicialmente, as diretivas eram todas baseadas no Art. 100 do Tratado de Roma, na versão original de 1957(ANCEL, 1980), que regulava apenas comércio interno, já que não continha nenhuma norma direta que atribuísse às instituições comunitárias uma competência específica em matéria de proteção dos direitos do consumidor. Ressalta-se que, até os anos 70, o termo “consumidor” era utilizado na linguagem comunitária sem nenhum significado técnico ou qualificado.

Contudo, foi apenas em 1986 que a proteção do consumidor se formalizou na União Europeia. O ato único Europeu² introduziu o Art. 100 A (atual Art. 95), em que se reconheceu pela primeira vez a competência da comunidade para intervir no setor da tutela do consumidor. No entanto, a interferência dava-se apenas no âmbito interno, o que impedia a ingerência do direito comunitário na defesa dos consumidores.

Com o Tratado de Maastricht, o direito do consumidor ganhou tutela autônoma e relevância social. A proteção do consumidor deixava de ser mero instrumento para a tutela da concorrência. Introduziu-se no Tratado da Comunidade Europeia uma disposição autônoma sobre política de consumo (art.129-A), porém o objetivo continuava a ser o bom funcionamento do mercado interno, sem desenvolver as normas relativas ao consumidor. Foi, sobretudo no Tratado de Amsterdã, que se enfatizou a defesa dos consumidores, ao lhes assegurar um nível elevado de defesa tornando-se mais nítida a exigência de se harmonizar o direito comunitário e dos Estados-membros, já que aos negociações não se resumiam apenas aos países europeus, os contratos eram transfronteiriços. O Tratado de Amsterdã, em seu art. 153, considera a proteção do consumidor um dos objetivos políticos fundamentais da União Europeia e autoriza os órgãos da União Europeia a legislar sobre o tema(MORAIS, 2007).

O direito do consumidor está contido em vários códigos, estatutos e regulamentos. Em muitas legislações nacionais, algumas normas do direito do consumidor são encontradas no Código Civil; por exemplo, a Alemanha (sobre contratos de viagem), a Holanda (sobre cláusulas abusivas, venda de bens de consumo) e na Áustria e a Itália (sobre cláusulas abusivas). Em âmbito comunitário, uma fragmentação pode causar entraves ao bom funcionamento do mercado interno porque o consumidor, ainda que saiba que será o direito estrangeiro a ser aplicado na sua relação jurídica transfronteiriça, não conhecerá as suas regras e via de consequência poderá ter receio em contratar(MORAIS, 2007).

2 Entrada em vigor em 1º de julho de 1987

Com o escopo de suplantar as dificuldades geradas pela diversidade dos direitos internos no tocante ao direito do consumidor, as instituições comunitárias têm adotado diretivas, cuja finalidade é harmonizar as legislações dos Estados-membros, de maneira a garantir o bom funcionamento do mercado interno (Art. 100 A do Tratado) e a assegurar um conjunto de normas mínimas de tutela do consumidor, de sorte que seja alcançado o nível elevado de proteção do consumidor, conforme almeja o Art.153 do Tratado.

Destarte, salvo quando se trata das atribuições exclusivas da Comunidade, as instituições comunitárias atuam de acordo com o princípio da subsidiariedade, de sorte que adotem medidas necessárias a atingir os fins traçados pelo Tratado na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros. O direito comunitário tem interferido preponderantemente no setor do direito privado nacional, modificando normas e introduzindo novos direitos.

3. ANÁLISE DA DIRETIVA 93/13

Uma das formas de se aproximar as legislações dos Estados-membros é a adoção, por parte das instituições comunitárias, e a transposição para o direito interno, das diretivas. A diretiva é um ato legislativo da União Europeia que determina que os Estados-membros alcancem um resultado, sem determinar os meios para atingi-lo, deixando-os com certa dose de flexibilidade quanto às regras a serem adotadas. As diretivas são leis maleáveis, espécie de leis-objetivo, cuja incorporação nos ordenamentos nacionais é flexível quanto ao instrumento, mas obrigatória quanto ao objetivo para os países da União Europeia. A criação desse ato comunitário revela o propósito de proporcionar às instituições comunitárias uma uniformização e aproximação das legislações nacionais(MORAIS, 2007).

A harmonização pressupõe que o direito interno subsiste enquanto tal, devendo, entretanto, modificar-se e adaptar-se em função de certas normas comunitárias no contexto do processo de aproximação das legislações, conforme prevê o Art. 94º do Tratado da Comunidade Europeia. A diretiva não pode modificar por si só o direito nacional e alterar as situações jurídicas, tal efeito somente ocorreria se o Estado destinatário a adotasse na ordem interna e, a partir desse momento, poderia utilizá-la pelos particulares, quando então os tribunais nacionais estariam habilitados a impor(MORAIS, 2007).

Visando à defesa do consumidor, reconhecido como agente vulnerável no mercado integrado, a UE utilizou diretivas para impor regras materiais, objeto do presente estudo, para a sua proteção. Não cabe examinar todas as normas materiais de proteção do consumidor

oriundas dos esforços de harmonização em mais de quarenta anos da Comissão das Comunidades Europeias, hoje União Europeia, pois tal exame já foi realizado pelos doutrinadores consumeristas europeus.

As diretivas concernentes ao direito do consumidor são geralmente diretivas mínimas, respeitando a proteção concedida por cada país. É importante ressaltar que o legislador comunitário, na sua inserção em matéria de direito do consumidor, toma em consideração, na elaboração das diretivas, o motivo do contrato de aquisição, que deve ser estranho à atividade profissional e não a efetiva debilidade do indivíduo em determinada relação contratual.

A pluralidade e divisão dos temas tratados nas diretivas são consideradas pela doutrina atual, como um dos motivos de sucesso do direito comunitário de consumo, já que assim, não constitua barreiras ao livre comércio e a livre circulação de mercadoria e serviços.

Discorre-se no artigo 3º na Diretiva 93/13 a conceituação de cláusula abusiva, na qual assevera ser uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual, que possa gerar um desequilíbrio em detrimento do consumidor e não tenha a observância da boa-fé (ALLEMAR, 2002).

Ao analisar tal conceito, depara-se com a restrição europeia de que apenas os contratos de adesão podem gerar cláusulas abusivas, excluído, desta forma os contratos celebrados entre consumidor e fornecedor em que há a anuência das cláusulas pelas partes contratantes. É importante ressaltar, que o simples fato do contrato ser anuído por ambas as partes, não retira a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

Ao observar o artigo 2º da Diretiva em estudo, atenta-se para a delimitação do que seja consumidor, assegura ser qualquer pessoa singular atue com fins não profissionais³. Pessoa singular, para as legislações europeias, tem o mesmo significado de pessoa física para a legislação brasileira.

Ademais, ainda na exploração do artigo 2º, vê-se que o legislador europeu determinou o elemento teleológico do conceito consumidor, qual seja a atuação com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional. Mais uma vez a legislação restringiu a abrangência de aplicação da Diretiva 93/13, vez que é válida apenas para os consumidores que adquiram produtos ou serviços para uso pessoal.

Quando da conceituação de fornecedor, a Diretiva 93/13 considera como sendo pessoa física (singular) ou jurídica (coletiva), pública ou privada que nos contratos abrangidos, atua no âmbito de sua atividade profissional.

De acordo com o artigo 3º, 2, da Diretiva 93/13, deve-se considerar que a cláusula que não tenha sido objeto de negociação seja sempre redigida previamente pelo fornecedor em que o consumidor não tenha podido influir em seu conteúdo. Reforça o artigo que apenas os contratos de adesão podem ser aplicadas a vedação das cláusulas abusivas:

“o fato de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto do contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão.”

Percebe-se que a Diretiva exige o contrato de adesão para a consideração acerca das cláusulas abusivas.

O artigo 4º determina que o caráter abusivo de uma cláusula, poderá ser avaliado em função da natureza dos bens e serviços que sejam objeto do contrato. Assevera ainda, em seu artigo 5º que os contratos devam ser redigidos de forma clara e compreensível, e em caso de dúvida prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor (ALLEMAR 2002).

A Diretiva propõe que as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos termos, se puder subsistir sem cláusulas abusivas.

De acordo o art.6º, 1, da Diretiva 93/13 que dispõe acerca da vinculação das cláusulas abusivas aos contratos:

“Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.”

No que tange á tal vinculação, em 15 de março de 2012, foi publicado a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a interpretação da Diretiva 93/13, por meio de uma ação, os demandantes Jana Pereničová e Vladislav Perenič no processo principal pediram ao órgão jurisdicional de reenvio que declarasse a nulidade do contrato de crédito que celebraram com a SOS financ spol.s r.o., estabelecimento não bancário que concede créditos ao consumo com base em contratos estandardizados. (<http://eur-lex.europa.eu/2012>)⁴

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0453:PT:HTML>. 14.04.2012 as 15:41

Nos termos do contrato, a SOS concedeu aos demandantes no processo principal um crédito de 150 000 SKK (4 979 euros) que devia ser reembolsado em 32 depósitos mensais de 6 000 SKK (199 euros) aos quais acresce um trigésimo terceiro depósito igual ao montante do crédito concedido. Por conseguinte, os demandantes no processo principal devem reembolsar um montante de 342 000 SKK (11 352 euros). Decorre da decisão de reenvio que o contrato em causa no processo principal contém várias cláusulas desfavoráveis aos demandantes no processo principal.

O órgão jurisdicional de reenvio determina que a declaração de nulidade desse contrato de crédito a curto prazo no seu todo, devido ao caráter abusivo de algumas das suas cláusulas, é mais vantajosa para os demandantes no processo principal do que a manutenção da validade das cláusulas não abusivas do referido contrato. Com efeito, no primeiro caso, os consumidores em causa ficariam obrigados a pagar apenas os juros de mora, à taxa de 9%, e não a totalidade das despesas relativas ao crédito concedido, que são muito mais elevadas do que esses juros.

Por considerar que a resolução do processo depende da interpretação das disposições pertinentes do direito da União, o Okresný súd Prešov (Tribunal da Circunscrição de Prešov) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

- 1) O objetivo de proteção do consumidor, no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13[...], permite concluir que, no caso de serem identificadas cláusulas contratuais abusivas, o contrato não vincula, na totalidade, o consumidor, quando isso seja mais favorável a este último?

A fim de responder a esta questão, a decisão remonta a título de preliminar que o sistema de proteção instituído pela Diretiva 93/13 assenta na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade face ao profissional, quer no que toca ao poder negocial quer ao nível de informação, situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o conteúdo destas (acórdãos de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Colet., p. I-10421, n.º 25; de 4 de junho de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Colet., p. I-4713, n.º 22; e de 6 de outubro de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Colet., p. I-9579, n.º 29).

Em razão dessa situação de inferioridade, determina a decisão que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 obriga os Estados-Membros a prever que as cláusulas abusivas “*nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais [...] não vinculem o consumidor*”. Como resulta da jurisprudência, trata-se de uma disposição imperativa que pretende substituir

o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e obrigações dos contratantes por um equilíbrio real suscetível de restabelecer a igualdade entre estes últimos (v. acórdãos Mostaza Claro, já referido, n.º 36; Asturcom Telecomunicaciones, já referido, n.º 30; e de 9 de novembro de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, ainda não publicado na Coletânea, n.º 47).

A sentença assevera, ainda que quanto aos efeitos da constatação do caráter abusivo das cláusulas contratuais na validade do contrato em causa, importa sublinhar que, em conformidade com o disposto no artigo 6.º, n.º 1, *in fine*, da Diretiva 93/13, o referido contrato continua a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.

Defende que neste contexto, os órgãos jurisdicionais nacionais que constatarem o caráter abusivo das cláusulas contratuais têm a obrigação, por força do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, por um lado, de retirar todas as consequências daí decorrentes de acordo com o direito nacional, de forma a que o consumidor não fique vinculado pelas referidas cláusulas (v. acórdão Asturcom Telecomunicaciones, já referido, n.ºs 58 e 59, e despacho de 16 de novembro de 2010, Pohotovost', C-76/10, ainda não publicado na Coletânea, n.º 62), e, por outro, de apreciar se o contrato em causa pode subsistir sem essas cláusulas abusivas (v. despacho Pohotovost', já referido, n.º 61).

Quanto aos critérios que permitem apreciar se um contrato pode efetivamente subsistir sem as cláusulas abusivas, delibera o Tribunal que importa notar que tanto a redação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 como as exigências relativas à segurança jurídica das atividades económicas militam a favor de uma abordagem objetiva na interpretação dessa disposição.

Por conseguinte, afirma que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 não pode ser interpretado no sentido de que, na apreciação da questão de saber se um contrato que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz se pode basear unicamente no caráter eventualmente vantajoso, para o consumidor, da anulação do referido contrato no seu todo.

Assim sendo, importa, contudo salientar que a Diretiva 93/13 procedeu apenas a uma harmonização parcial e mínima das legislações nacionais relativas às cláusulas abusivas, reconhecendo ao mesmo tempo aos Estados-Membros a possibilidade de assegurar ao consumidor um nível de proteção mais elevado do que aquele que a diretiva prevê. Assim, o artigo 8.º da referida diretiva prevê expressamente a possibilidade de os Estados-Membros “*adotar[em] ou manter[em], no domínio regido pela [...] diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para*

o consumidor” (v. acórdão de 3 de junho de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, Colet., p. I-4785, n^{os} 28 e 29).

Por conseguinte, a Diretiva 93/13 não se opõe a que um Estado-Membro preveja, no respeito do direito da União, uma regulamentação nacional que permita declarar nulo no seu todo um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor que contém uma ou várias cláusulas abusivas quando se afigurar que tal assegura uma melhor proteção do consumidor.

Atendendo a estas considerações, determina o Tribunal que o artigo 6^o, n^o 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que, na apreciação da questão de saber se um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz não se pode basear unicamente no caráter eventualmente vantajoso para uma das partes, neste caso o consumidor, da anulação do contrato em causa no seu todo. A referida diretiva não se opõe, contudo, a que um Estado-Membro preveja, no respeito do direito da União, que um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas seja nulo no seu todo quando se afigurar que tal assegura uma melhor proteção do consumidor.

O artigo 6.^o, n.^o 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretado no sentido de que, na apreciação da questão de saber se um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz não se pode basear unicamente no caráter eventualmente vantajoso para uma das partes, neste caso o consumidor, da anulação do contrato em causa no seu todo. A referida diretiva não se opõe, contudo, a que um Estado-Membro preveja, no respeito do direito da União, que um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas seja nulo no seu todo quando se afigurar que tal assegura uma melhor proteção do consumidor.

Percebe-se que a Diretiva não prevê expressamente a nulidade da cláusula abusiva, mas deve o juiz analisar o caso concreto para a sua possível anulação.

Depreende-se no artigo 5^o da Diretiva 93/13, regras gerais dos contratos. Impõe-se que estes devam ser redigidos em termos claros e compreensíveis, no qual o consumidor deva ter efetivamente a oportunidade de tomar conhecimento de todas as declarações e que, em caso de dúvida deve prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor (ALLEMAR 2002).

A Diretiva 93/13 em seu artigo 6^o, 2, determina que os Estados-Membros deverão tomar as medidas necessárias para que o consumidor não seja privado de sua proteção

concedida pela Diretiva pelo fato de terem escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato(ALLEMAR 2002).

Assevera o artigo 7º que os Estados-Membros devem providenciar meios para que os interesses dos consumidores sejam protegidos(ALLEMAR 2002). Estes termos incluem disposições que habilitam pessoas ou organizações que tem interesses na defesa do consumidor, a proporem aos Tribunais ou órgãos administrativos, demandas para se pôr termo a utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados. Tais demandas poderão ser interpostas individualmente ou conjuntamente.

Ressalta-se que a Diretiva em seu anexo apresenta o rol exemplificativo das cláusulas abusivas, da alínea “a” à “q” em que determina: excluir ou limitar a responsabilidade legal do profissional em caso de morte de um consumidor ou danos corporais que tenha sofrido; excluir ou limitar de forma inadequada os direitos legais do consumidor; prever compromisso vinculativo por parte do consumidor, quando a execução das prestações do profissional está sujeita a uma condição cuja a realização depende apenas da sua vontade; permitir o profissional reter montantes pagos pelo consumidor; impor ao consumidor indenização desproporcional caso este não cumpra o contrato; autorizar o profissional a por termo a um contrato de duração indeterminada sem um pré-aviso; renovar automaticamente um contrato de duração determinada sem a comunicação ao consumidor; declarar verificada a adesão do consumidor a cláusulas que este não teve efetivamente oportunidade de conhecer antes; autorizar o profissional de alterar unilateralmente o contrato; prever que o preço dos bens na data da entrega; facultar ao profissional o direito de decidir se a coisa entregue ou o serviço está em conformidade com as disposições do contrato; obrigar que o consumidor cumpra as obrigações, mesmo que o fornecedor não as tenha cumprido; prever a possibilidade de cessão da posição contratual por parte do profissional se esse fato for suscetível de originar uma diminuição das garantias para o consumidor, sem que esse tenha dado o seu acordo; suprir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais(ALLEMAR 2002).

A Diretiva apresenta um rol bastante diversificado, mas trata-se apenas de exemplificações, cabendo a análise do caso concreto para aferição de uma cláusula abusiva no contrato.

4. A ANÁLISE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DO CDC

A intervenção estatal fez com que o contrato passasse a ser dirigido, no seu conteúdo por meio de leis que impõem ou proíbem certas condutas. O dirigismo contratual resultou na

limitação da liberdade contratual com o fim precípua de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes e realizar a proteção do consumidor.

Partindo-se do pressuposto que o fornecedor é detentor do poder econômico, insere-se nos contratos ofertados ao público mais cláusulas representativas de seus interesses do que dos interesses dos aderentes. O efeito disso é o desequilíbrio na posição jurídica das partes, ora implicando desigualdades significativas entre direitos e deveres, ora importando desvantagem econômica exagerada, sempre em prejuízo do consumidor.(SILVA, 2003).

Para Hélène Bricks, todas as cláusulas abusivas tem sempre o mesmo fim, a melhoria da situação do contratante, já que o contratado redige de forma unilateral o contrato, mediante atenuação de suas obrigações e o reforço da outra parte. Por efeito, tem em comum o fato de causarem desequilíbrio de direitos por causa da falta de reciprocidade das estipulações.(BRICKS, 1977).

A vedação à imposição de cláusula em desfavor do consumidor decorre do sistema de regulação da relação de consumo, que por imposição da política das relações de consumo adotada, estabelece que as relações devem ser feitas de forma harmoniosa e transparente, observando os princípios da boa-fé e do equilíbrio entre os contratantes.

O Código de Defesa do consumidor não define nem fornece conceito de cláusula abusiva, tendo sido reservada a doutrina tal incumbência, que entende estar baseado no conceito de abuso de direito dado pelo art. 187 do Código Civil. O dispositivo legal apenas apresenta, em seu art. 51, um rol de cláusulas contratuais consideradas abusivas e consequentemente nulas(DENSA, 2008).

A cláusula abusiva é um tipo aberto cujo preenchimento tem de ser feito pelo juiz quando da apreciação do caso concreto, já que o rol apresentado no CDC é meramente exemplificativo.

Na interpretação literal do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor observa-se que o legislador ao dispor: “*São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais ao fornecimento de produtos e serviços...*” que a expressão “entre outras” sinaliza para uma idéia de inclusão. Isso permite afirmar o caráter exemplificativo do elenco legal de cláusulas abusivas(SOARES 2007).

Ao analisar as disposições do Código de Defesa do Consumidor acerca das cláusulas abusivas no âmbito das relações de consumo, percebe-se que não há qualquer distinção entre contratos de adesão ou contratos individualizados. A proteção legal alcança toda e qualquer relação de consumo na qual se verifiquem imposições unilaterais por parte do fornecedor. Demanda-se no caso de contratos individualizados, a valoração no caso concreto, a partir de

adoção dos critérios de análise global dos contratos, de seu contexto, circunstância, objeto e natureza(DIAS, 2008). Diante de uma cláusula abusiva, a lei brasileira fulmina a nulidade absoluta das tais disposições, ainda que tenha havido negociações entre as partes. Ressalta-se sua nulidade não decorre apenas de contratos de adesão, mas de contratos individualizados(CARPENHA, 2008).

Ademais, a vedação de cláusulas abusivas atinge a qualquer relação de consumo, em que se tenha consumidor de uma lado, podendo ser pessoa física ou jurídica e fornecedor do outro.

Analisa-se as cláusulas contratuais vedadas pelo Código em seu art. 51(ALMEIDA, 2010):

1ª) Cláusula de não indenizar (art. 51, I): as clausulas que prevêem estipulação de não indenizar o consumidor, bem como que implique renúncia ou disposição de direitos, são consideradas abusivas e consequentemente, nula de pleno direito.

2ª)Impedimento de reembolso (art. 51, II): são consideradas abusivas as cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga.

3ª) Transferência de responsabilidade (art.51, III): o código disciplinou a questão da responsabilidade do fornecedor pelo fato e vício do produto ou serviço. Nessa esteira, não poderia permitir que, mediante cláusula contratual, essa responsabilidade fosse transferida a terceiros, burlando o sistema protetivo e dificultando o ressarcimento.

4ª) Cláusulas iníquas, abusivas e exageradas (art. 51, IV): objetivando preservar a dignidade do consumidor e o equilíbrio contratual, a lei vedou cláusulas iníquas, perversas, injustas, cruéis, contrarias a equidade e abusivas que desrespeitam valores éticos da sociedade, bem como as que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. O próprio Código cuida de exprimir o entendimento do que seja vantagem exagerada, assim entendida a que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, a que restringe direitos ou obrigações e a que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor.

5ª) ônus da prova (art. 51, VI): diante da fragilidade do consumidor, a lei assegurou, em seu favor, a inversão do ônus da prova. Para dar efetividade a tal direito, o Código proibiu o ajuste de cláusulas que determine a inversão do ônus da prova a favor do fornecedor.

6ª) Arbitragem (art.51, VII): ninguém é obrigado a se submeter ao juízo arbitral, se assim, não desejar. Entende-se, dessa forma, que o Código tenha buscado coibir a utilização compulsória de arbitragem.

7ª) Imposição de representante (art.51, VIII): é proibido o fornecedor impor um representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico em nome do consumidor, que restará vulnerável e submetido ao poderio econômico daquele.

8ª) Inversão de papéis (art. 51, IX): a lei proíbe cláusulas que deixem o fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor.

9ª) Variação unilateral de preços e cancelamento ou modificação do contrato (art.51, X, XI e XIII): o acordo realizado deve apresentar os preços e todas as condições do contrato, portanto qualquer alteração realizada apenas pelo fornecedor deve ser vedada.

10ª) Ressarcimento de custos (art.51, XII): não poderá o fornecedor repassar os custos de cobrança ao consumidor.

11ª) Violação de norma ambientais (art.51, XIV): a lei impede que ambos os contratantes estipulem cláusulas que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais.

12ª) Desconformidade com o sistema protetivo (art.51, XV): as lei de proteção ao consumidor devem ser cumpridas integralmente.

13ª) Benfeitorias necessárias (art.51, XVI): São necessárias as benfeitorias que visam a conservação da coisa. Ao realizá-las o consumidor extrai do seu patrimônio recursos para a preservação do bem que será devolvido ao fornecedor e que, não fosse pela sua diligência, acabaria deteriorando ou depreciado. Permitir que o fornecedor, valendo-se da sua supremacia, imponha renúncia ao direito de indenização de tais benfeitorias, equivale a cancelar o enriquecimento ilícito, prática incondizente com a legislação consumerista.

A multa de mora e liquidação antecipada, apesar de não estarem elencadas no art. 51 do CDC, e sim no art. 52, constituem cláusula abusiva na medida em que o Código estatui que a multa de mora não será superior a 2% do valor da prestação e que o consumidor poderá liquidar antecipadamente o débito, com redução proporcional dos juros e demais acréscimos. Será abusiva a cláusula que impeça o uso de tal faculdade ou imponha percentual superior ao limite legal(OLIVEIRA, 2009).

O controle das cláusulas abusivas destina-se a concretizar os ditames legais voltados para a garantia da harmonia nas relações de consumo e para a proteção do consumidor. Tal controle pode ser visualizado por vários ângulos: controle abstrato, concreto, interno, externo, antecipado, posterior, legislativo, administrativo e judicial.

O controle concreto é consequência de um caso específico de relação de consumo já concluída. O interno será aquele realizado pelo próprio consumidor, por meio de mecanismos colocados a sua disposição. Já o antecipado é efetuado antes da celebração do contrato, normalmente exercido na via administrativa.

O controle posterior das cláusulas abusivas ocorre após a celebração do contrato. O legislativo adquire extrema importância em sistemas jurídicos como o nosso, em que a lei possui papel predominante em relação as demais fontes de direito. Já o controle judicial realizado pelos Tribunais e o administrativo, representado pela instauração de inquérito civil.

4.1 As cláusulas abusivas acrescidas

Cumpra esclarecer que o rol constante no CDC é apenas exemplificativo, razão pela qual poderá o juiz decretar a nulidade de cláusulas contratuais que não estejam descritas no referido artigo. Tanto é assim que o art. 56 do Decreto n.2.181, de 20.03.1997, determina que a Secretaria de Direito Econômico (SDE) divulgue, anualmente, elenco complementar de cláusulas contratuais abusivas. Esse elenco, meramente exemplificativo, tem o objetivo de orientar os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

As portarias de nº 4/98 e nº 3/99 da Secretaria de Direito Econômico (SDE) elenca as hipóteses de nulidade de cláusulas contratuais, com a finalidade de nortear as relações de consumo dos anos de 1998 e 1999.(SCHIMITT , 2010):

Portarias nº 4/98 e 3/99 da Secretaria de Direito Econômico considera abusivas as seguintes cláusulas:

1. Determinem aumentos de prestações nos contratos de planos e seguros de saúde, firmados anteriormente à Lei 9.656/98, por mudanças de faixas etárias sem previsão expressa e definida;
2. Imponham, em contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei nº 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica;
3. Permitam ao fornecedor de serviço essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta, sem autorização expressa do consumidor, a cobrança de outros serviços. Excetuam-se os casos em que a prestadora do serviço essencial informe e disponibilize gratuitamente ao consumidor a opção de bloqueio prévio da cobrança ou utilização dos serviços de valor adicionado;
4. Estabeleçam prazos de carência para cancelamento do contrato de cartão de crédito;
5. Imponham o pagamento antecipado referente a períodos superiores há 30 dias pela prestação de serviços educacionais ou similares;
6. Estabeleçam, nos contratos de prestação de serviços educacionais, a vinculação à aquisição de outros produtos ou serviços;
7. Estabeleçam que o consumidor reconheça que o contrato acompanhado do extrato demonstrativo da conta corrente bancária constitui título executivo extrajudicial, para os fins do artigo 585, II, do Código de Processo Civil;
8. Estipulem o reconhecimento, pelo consumidor, de que os valores lançados no extrato da conta corrente ou na fatura do cartão de crédito constituem dívida líquida, certa e exigível;
9. Estabeleçam a cobrança de juros capitalizados mensalmente;

10. Imponha, em contratos de consórcios, o pagamento de percentual a título de taxa de administração futura, pelos consorciados desistentes ou excluídos;
11. Estabeçam, nos contratos de prestação de serviços educacionais e similares, multa moratória superior a 2% (dois por cento);
12. Exijam a assinatura de duplicatas, letras de câmbio, notas promissórias ou quaisquer outros títulos de crédito em branco;
13. Subtraíam ao consumidor, nos contratos de seguro, o recebimento de valor inferior ao contratado na apólice.
14. Prevejam em contratos de arrendamento mercantil (leasing) a exigência, a título de indenização, do pagamento das parcelas vincendas, no caso de restituição do bem;
15. Estabeçam, em contrato de arrendamento mercantil (leasing), a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem;⁵

Por meio da Portaria nº 3/2001 foram divulgadas dezesseis cláusulas abusivas, sendo estas que: estipule presunção de conhecimento por parte do consumidor de fatos novos não previstos em contrato; estabeleça restrições ao direito do consumidor de questionar nas esferas administrativa e judicial possível lesões decorrentes de contrato por ele assinado; 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; estabeleça cumulação de multa rescisória e perda do valor das arras; estipule a utilização expressa ou não, de juros capitalizados nos contratos civis; autorize, em virtude de inadimplemento, o não-fornecimento ao consumidor de informações de posse do fornecedor, tais como: histórico escolar, registros médicos, e demais do gênero; autorize o envio do nome do consumidor e/ou seus garantes a cadastros de consumidores (SPC, SERASA, etc.), enquanto houver discussão em juízo relativa à relação de consumo; considere, nos contratos bancários, financeiros e de cartões de crédito, o silêncio do consumidor, pessoa física, como aceitação tácita dos valores cobrados, das informações prestadas nos extratos ou aceitação de modificações de índices ou de quaisquer alterações contratuais; permita à instituição bancária retirar da conta corrente do consumidor ou cobrar restituição deste dos valores usados por terceiros, que de forma ilícita estejam de posse de seus cartões bancários ou cheques, após comunicação de roubo, furto ou desaparecimento suspeito ou requisição de bloqueio ou final de conta; Exclua, nos contratos de seguro de vida, a cobertura de evento decorrente de doença preexistente, salvo as hipóteses em que a seguradora comprove que o consumidor tinha conhecimento da referida doença à época da contratação; Limite temporalmente, nos contratos de seguro de responsabilidade civil, a cobertura apenas às reclamações realizadas durante a vigência do contrato, e não ao evento ou

⁵ http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/PORTARIAS/PORTSDE4_98.PDF. acesso 15.04.2012 às 23:26

sinistro ocorrido durante a vigência; Preveja, nos contratos de seguro de automóvel, o ressarcimento pelo valor de mercado, se inferior ao previsto no contrato; Impeça o consumidor de acionar, em caso de erro médico, diretamente a operadora ou cooperativa que organiza ou administra o plano privado de assistência à saúde; Estabeleça, no contrato de venda e compra de imóvel, a incidência de juros antes da entrega das chaves; Preveja, no contrato de promessa de venda e compra de imóvel, que o adquirente autorize ao incorporador alienante constituir hipoteca do terreno e de suas acessões (unidades construídas) para garantir dívida da empresa incorporadora, realizada para financiamento de obras; Vede, nos serviços educacionais, em face de desistência pelo consumidor, a restituição de valor pago a título de pagamento antecipado de mensalidade.

E finalmente a Portaria nº5/2002, divulgou o elenco com mais cinco novas cláusulas(SCHIMITT , 2010). Quais sejam: autorizar o envio do nome do consumidor, e/ou seus garantes, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovada notificação prévia; impor ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor; autorizar o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor; impor em contratos de seguro-saúde, firmados anteriormente à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, limite temporal para internação hospitalar; prescrever, em contrato de plano de saúde ou seguro-saúde, a não cobertura de doenças de notificação compulsória.

Reconhece-se a vedação de cláusulas abusivas nos contratos consumeristas pela lei brasileira. A proteção pelo Código de Defesa do Consumidor é ampla no sentido de abarcar todos os consumidores, sendo este pessoas físicas ou jurídicas bem como aplicação a todos os contratos celebrados na âmbito da relação de consumo, podendo ser de adesão ou até mesmo contratos individualizados.

5. A ANÁLISE COMPARATIVA DA DIRETIVA 93/13 DA CEE COM O ART. 51 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DO BRASIL

O Código de Defesa do Consumidor no Brasil não conceitua cláusula abusiva, tendo sido reservada à doutrina tal incumbência. Na União Europeia, o legislador fez uma opção diferente, dando uma longa redação no art. 3º da Diretiva 93/13 CEE, que regula a matéria de cláusula abusiva, definido que cláusula abusiva é uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação e, cria em detrimento do consumidor um desequilíbrio entre direitos e obrigação(ANDRADE, 2007).

A proposta inicial da Diretiva do Conselho da Comunidade Européia (1992) concernente às cláusulas abusivas nos contratos consumeristas, definiu-as tanto para os contratos de adesão como para os contratos negociados e apresentou uma lista não exaustiva de cláusulas consideradas abusivas, quando não tenham sido objeto de uma negociação individual, além disso, indicou algumas que, de qualquer modo, sempre serão consideradas abusivas.

A Diretiva finalmente aprovada, de nº 93/13, de 5 de abril de 1993, deixou de se referir expressamente aos contratos negociados. É de se lamentar a redução da incidência da Diretiva, o que evidencia-se que a principal preocupação da Comunidade é a de regular a concorrência, ao fixar os limites de atuação das empresas nos contratos massificados, e não propriamente de promover a defesa do consumidor, dando prevalência ao aspecto econômico da relação.

Pelo conceito apresentado pela Diretiva combinado com o número 2 do artigo 3º, perceber-se-á a presença de cláusulas abusivas somente nos contratos de adesão, naquele em que as partes negociam livremente, dever-se-á observar o caso concreto, em sendo a cláusula objeto de negociação individual, ainda assim poderá ser objeto de aplicação à Diretiva, desde que a apreciação global do contrato revelar que apesar disso, se trata de um contrato de adesão.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor não faz nenhuma menção acerca de aplicação das cláusulas abusivas apenas aos contratos de adesão. O dispositivo determina, tão somente, a nulidade das cláusulas abusivas e posteriormente apresenta um rol exemplificativo. Em nenhum momento, referiu-se a restrição de sua aplicação aos contratos de adesão. Defende-se que o consumidor é vulnerável em qualquer situação, seja nos contratos de adesão, seja nos contratos individualizados (CARPENA, 2008).

Em nenhuma situação, a lei indica que está protegendo o consumidor apenas quando participante de um contrato de adesão. Isso significaria limitar ao extremo o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, que existe para regular a relação de consumo em geral.

Sempre que a cláusula, ainda que negociada, significar desvantagem exagerada para o consumidor, presente estará o abuso. Quer me parecer que o efeito do novo Código - talvez o mais benéfico - foi exatamente o de oxigenar o nosso Direito das Obrigações, e assim permitir a aplicação dos seus princípios a todos os contratos, não só aos derivados da relação de consumo e, menos ainda, apenas aos contratos de adesão.

A vedação das cláusulas abusivas aos contratos de consumo, na legislação brasileira, decorre da existência de relação jurídica de consumo, que se confirma, com a presença de consumidor, fornecedor, produto ou serviço, e não da necessidade de um contrato de adesão.

Percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor trata do contrato de adesão de forma pontual, sem, no entanto, generalizar a sua aplicação à todo o Código. Portanto, no que cabe ao conteúdo da aplicação das cláusulas abusivas, a Lei brasileira é mais protetiva, na medida em que abrangem tantos os contratos de adesão e contratos individuais. Enquanto, a Diretiva 93/13 somente alcança os contratos de adesão (DENSA,2009).

Assim, depara-se com a restrição europeia de que apenas os contratos de adesão podem gerar cláusulas abusivas, excluído desta forma os contratos celebrados entre consumidor e fornecedor em que há a anuência das cláusulas pelas partes contratantes. É importante ressaltar, que o simples fato do contrato ser anuído por ambas as partes, não retira a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Nota-se que a legislação europeia, apesar de mais avançada, no que tange a conceituação de cláusula abusiva, é mais restritiva no quesito abrangência contratual(FILHO CAVALIERI, 2010) .

No tocante a relação de consumo no Código de Defesa do Consumidor, a Lei em seu art. 2º define consumidor como sendo qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada que adquire ou utiliza produto como destinatário final da mercadoria. Percebe-se que a legislação considera consumidor tanto a pessoa física como a jurídica.

A doutrina faz a ressalva, somente quanto a destinação do produto. Pois de acordo com o CDC, o consumidor deve ser destinatário final da mercadoria. Para a corrente finalista, somente será considerado consumidor aquele que utiliza o produto para uso pessoa, já a corrente maximalista, mais abrangente, considera consumidor qualquer pessoa que retira o produto da cadeia produtiva, pouco importando a sua destinação (FILHO CAVALIERI, 2010).

Diferentemente do que ocorre na Diretiva 93/13 da CEE, ao observar o artigo 2º da Diretiva em estudo, atenta-se para a delimitação de que seja consumidor, *“qualquer pessoa singular atue com fins não profissionais”* (FILHO CAVALIERI, 2010). Pessoa singular, para as legislações europeias, tem o mesmo significado de pessoa física para a legislação brasileira. Assim, assevera-se ser consumidor apenas pessoa física (singular), excluindo dessa forma o consumidor pessoa jurídica. (AMARAL JÚNIOR,2009).

Quanto aos sujeitos, a proteção da legislação brasileira é mais abrangente, na medida em que a legislação europeia somente protege o consumidor pessoa física, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a proteção alcança tanto pessoa física quanto a pessoa jurídica.

Ambas as legislações apresentam, um rol exemplificativo de cláusulas contratuais consideradas abusivas(DENSA,2009). A lei brasileira fulmina a nulidade absoluta das tais disposições(CARPENA, 2008) já a Diretiva prevê apenas a sua “não incidência” sobre cláusulas que descrevem o objeto principal do contrato(ALLEMAR, 2002).

Em 15 de março de 2012, foi publicada a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a interpretação da Diretiva 93/13 no art.6º, I que prevê que as cláusulas abusivas de um contrato, não vinculam o consumidor. No caso, o Tribunal Eslovaco pretendia saber segundo a interpretação do Tribunal de Justiça - se a diretiva permitia a nulidade total dos contratos de consumo que tenham uma cláusula abusiva.

Pela a decisão, o artigo 6º, nº 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretada no sentido de que, na apreciação da questão de saber se um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz não se pode basear unicamente no caráter eventualmente vantajoso para uma das partes, neste caso o consumidor, da anulação do contrato em causa no seu todo.

A diretiva não se opõe, contudo, a que um Estado-Membro preveja, no respeito do direito da União, que um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas seja nulo no seu todo quando se afigurar que tal assegura uma melhor proteção do consumidor.

Ainda na análise da Diretiva 93/13, percebe-se que o dispositivo apresenta regras gerais dos contratos, determinando que estes devam ser redigidos em termos claros e compreensíveis, no qual o consumidor deva ter efetivamente a oportunidade de tomar conhecimento de todas as cláusulas e que, em caso de dúvida deve prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor(ALLEMAR,2002).

As determinações europeias acima aventadas encontraram-se dispostas no Código de Defesa do Consumidor, porém não na seção referente a cláusula abusiva, mas no corpo do texto legal, a dizer nos artigos 46, 47 e art. 54 do CDC.

O artigo 46 do Código dispõe que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo. Determina, ainda, em seu art. 47 que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.⁶

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE.

⁶ VADE MECUM RT. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P.2045

Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão." Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato. Recurso não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. REsp 319707 / SP DJ 28/04/2003 p. 198 RECURSO ESPECIAL 2001/0047428-4 Ministra NANCY ANDRIGHI⁷.

Já o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, amplia a proteção ao consumidor, quando comparado a Diretiva 93/13, na medida em que impõe ao contratante a utilização do tamanho da fonte, que não poderá ser inferior a 12, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. Fato este não previsto na Diretiva 93/13 da CEE.

A Diretiva 93/13 tem uma previsão de cunho internacional, na medida em que determina que os consumidores não serão privados de suas proteções pelo fato de terem escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato (ALLEMAR, 2002). Situação esta não prevista no Código de Defesa do Consumidor, já que no Brasil a solução de conflitos de lei, utiliza-se a Lei de Introdução do Código Civil (LICC).

Assevera o artigo 7º que os Estados-Membros devem habilitar pessoas ou organizações que tem interesses na defesa do consumidor, a propor aos Tribunais ou órgãos administrativos, demandas para se pôr termo a utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados. Tais demandas poderão ser interpostas individualmente ou conjuntamente.

Em relação ao juízo, o Código de Defesa do Consumidor no Brasil, prevê também duas maneiras para o consumidor se defender: por meio de ação individual, ajuizada pelo consumidor individualmente considerado ou por meio de ação coletiva, ajuizada por qualquer legitimado do art. 82, ou seja, as partes interessadas, o Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, os órgãos da administração, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados na defesa dos interesses dos consumidores, e associações legalmente constituídas há pelo menos um ano. No caso da pré-constituição da associação, esta poderá ser dispensada quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

6. CONCLUSÃO

O processo de globalização tem como consequência a abertura dos mercados, a formação de blocos econômicos regionais, a quebra de barreiras alfandegárias e a intensificação das relações comerciais.

A globalização e a regionalização oferecem às grandes corporações transacionais amplos mercados interiores unificados, ampliando a escala das atividades econômicas e promovendo a centralização de capitais.

Essas transformações do mundo globalizado representam profundas modificações nas práticas contratuais. As práticas abusivas e o crescimento dos contratos relacionais têm colocado os consumidores numa posição de progressiva vulnerabilidade.

Na ausência de uma política internacional comum, cada Estado vem protegendo distintamente seus consumidores, o que tem provocado um verdadeiro desnível no grau de proteção encontrado nos países, causando distorções e provocando desequilíbrio nas relações.

Na União Europeia as normas comunitárias são integradas ao ordenamento jurídico dos Estados-membro sem que sejam necessárias medidas nacionais de recepção, prevalecendo o princípio da primazia do direito comunitário e da subsidiariedade do direito interno.

A Diretiva 93/13/CEE traz nas suas disposições normas de proteção ao consumidor, especialmente no tocante às cláusulas abusivas. Sobre consumidor, dispõe a diretiva ser qualquer pessoa física atuando com fins não profissionais, e que uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual que possa gerar um desequilíbrio em detrimento do consumidor e não tenha a observância da boa-fé configura uma cláusula abusiva.

No Brasil, a proteção ao consumidor está consagrada no art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988 e consolidada na Lei 8.078, de 11 de agosto de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, regulando todas as relações de consumo nos ramos do direito público e privado.

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu art. 2º, a definição de consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final da mercadoria. Entende-se por destinação final, de acordo com corrente doutrinária finalista, majoritária no Brasil, como a aquisição de um bem ou utilização de um serviço que satisfaça a necessidade pessoal do adquirente.

Importante ressaltar que a legislação consumerista brasileira também não faz qualquer distinção entre contratos de adesão e contratos individualizados, a proteção legal alcança todas as relações de consumo onde se verifique a imposição unilateral de cláusulas por parte do fornecedor. Tem-se o consumidor como parte vulnerável da relação de consumo.

Analizados os sistemas de proteção do consumidor na relação de consumo pela legislação brasileira e pela legislação europeia, destaca-se algumas similitudes e divergências.

Quanto às divergências, a legislação brasileira é aplicada aos consumidores pessoas físicas e jurídicas, aos contratos de adesão e contratos individualizados, bem como há previsão de nulidade de pleno de direito, quando da ocorrência de cláusulas abusivas. Diferentemente, do que ocorre na norma europeia, que delimita seu âmbito de aplicação, aos consumidores pessoas físicas, aos contratos somente de adesão e a previsão de nulidade das cláusulas, quando analisado o caso concreto. Ainda no tocante as divergências, salienta-se a obrigatoriedade da fonte tamanho doze para os contratos celebrados entre as partes, mas tal imposição não é observada na Diretiva 93/13.

No aspecto de similitudes, ambas as normas preveem a interpretação favorável ao consumidor, bem como a defesa de seus direitos, por meio de ações individuais ou coletivas, estas últimas a serem proposta por entidades de interesse na defesa do consumidor.

Diante do exposto, tem-se que diante de cláusulas abusivas em contratos consumeristas o ordenamento jurídico brasileiro é mais protetivo ao consumidor em relação ao tratamento dispensado pela legislação europeia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEMAR, Aguinaldo. **Legislação de Consumo no âmbito da ONU e da União Européia**. Curitiba: Juruá, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2ed., Revista dos Tribunais, 2000.

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. **Mercosul e União Européia**. Curitiba: Juruá, 2ª edição, 2001.

ALLEMAR, Aguinaldo. **Legislação de Consumo no âmbito da Onu e da União Européia**. Curitiba: Juruá, 2002.

AMARAL JÚNIOR. Alberto do. **Direito do Comércio Internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado**. Tradução: Prof. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico**. São Paulo: Riddel, 2010

BRICKS, Hélène. **Les clauses abusive**. Paris: Faculté de droit et des sciences économiques, 1977. Em www.erudit.org/revue/cd/1986/.../042767ar.pdf. acesso 09.04.2012 as 9:01

CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p 103

CASELLA, Paulo Borba. **União Européia – Instituições e Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTR, 2002

CAVALIERI FILHO, Sergio. **A proteção contratual do Consumidor na Execução do Contrato e na Fase Pós-contratual**. São Paulo: Atlas, 2008. P. 4-5

DENSA, Roberta, **Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. São Paulo: Renovar, 1993

DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Um estudo das clausulas abusivas no CDC e no CC de 2002**, in Revista de Direito Privado 32/189.

GARCIA, Leornado de Medeiros. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

LIMA, Eduardo Weiss Martins de Lima. **Proteção do Consumidor Brasileiro no Comercio Eletrônico Internacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

LOCATELLI, Liliana. **Proteção ao Consumidor & Comércio Internacional**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAIS, Fabíola. **Aproximação do Direito Contratual dos Estados-Membros da União Européia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Clausula Abusiva nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2010.p.95

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Clausulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. P.77

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007. P.67

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=clausula+abusiva+contratos+ades%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11. 13. 04.2012 as 20:44.

http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/PORTARIAS/PORTSDE4_98.PDF.

acesso 15.04.2012 às 23:26