

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E
RESPONSABILIDADE CIVIL**

GILBERTO DOS SANTOS JÚNIOR

CONTRATOS CATIVOS

O Código de Defesa do Consumidor como Freio às Abusividades

PORTO ALEGRE

2013

Gilberto dos Santos Júnior

CONTRATOS CATIVOS

O Código de Defesa do Consumidor como Freio às Abusividades

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil, pelo Curso de Especialização em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Profa. Dra. Cristina Stringari Pasqual

Porto Alegre

2013

Gilberto dos Santos Júnior

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil, pelo Curso de Especialização em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Aprovado em ____ de _____ de 2013

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Profa. Dra. Cristina Stringari Pasqual

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa Betina por toda a paciência com os momentos em que estive ausente em nosso cotidiano resultado deste trabalho, e por suportar a bagunça de livros e artigos espalhados.

Agradeço a André Cassel, por todos os momentos em que debatemos o tema de contratos cativos, e pelo empréstimo de referencial teórico que auxiliou na execução do presente trabalho.

Agradeço à Profa. Dra. Cristina Pasqual pelo tempo dedicado à orientação do presente estudo, pela sua paciência na leitura e correção, bem como na orientação do caminho a ser seguido na elaboração do trabalho.

RESUMO

O presente trabalho propõe uma reflexão sobre os limites impostos aos fornecedores na condução dos contratos cativos de longa duração, demonstrando que o Código de Defesa do Consumidor atua como inibidor de práticas que embora muitas vezes previstas contratualmente, desvirtuam da segurança publicizada aos consumidores na busca de que eles vinculem-se a esta relação cativa. Através de alguns elementos essenciais que devem ser observadas tanto na formação da relação contratual, quanto na sua execução, aponta-se a tipificação legal existente no Código de Defesa do Consumidor que poderá ser invocada em situações litigiosas entre os sujeitos dos contratos cativos. Nos contratos cativos de longa duração, que tem sua execução diferida ao longo do tempo, o *pactu sunt servanda* será relativizado, ganhando destaque os princípios da boa-fé objetiva e função social no preenchimento das lacunas existentes nos instrumentos contratuais ou na busca pelo reequilíbrio da posição dos contratantes. O Código de Defesa do Consumidor ao longo de suas disposições apresentará a base legal para que os princípios que devem nortear uma relação de catividade irradiem seus efeitos, tendo-se sempre presente que a medida que o tempo transcorre, o consumidor cativo fica cada vez mais dependente e em situação de fragilidade frente ao fornecedor. Não será possível em muitos casos ao consumidor simplesmente romper a relação entabulada, por ser seu ponto de segurança frente as intempéries que surgem na vida em sociedade, em que o Estado cada vez mais diminui seu tamanho, obrigando o consumidor a buscar a proteção social na iniciativa privada.

Palavras-chave: boa-fé – contratos cativos - abusividade

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A NOVA ESTRUTURA CONTRATUAL DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS	8
2.1 Os Contratos de Massa.....	12
2.2 Contrato de Adesão	13
2.3 Contratos Cativos	18
2.3.1 Características dos Contratos Cativos de Longa Duração	21
2.4 A Boa Fé Objetiva.....	22
2.4.1 Deveres Laterais	30
2.5 Função Social	36
3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO.....	41
3.1 Proteção do Consumidor na Formação do Contrato	41
3.1.1 A Necessidade da Transparência:	42
3.2 A Proteção do Consumidor quando da Execução do Contrato	48
3.2.1 Enfrentamento de Cláusulas Abusivas.....	48
3.2.2 As Cláusulas Abusivas e Contratos Cativos.....	54
3.2.3 Cláusulas de Exclusão ou Limitação da Responsabilidade Contratual	56
3.2.4 Cláusulas de Limitação da Obrigação	60
3.2.5 Cláusulas que Violam Deveres Anexos de Cooperação	62
3.2.6 Cláusulas de Liberação ou Fim de Vínculo	63
3.2.7 Cláusula Barreira.....	71
3.2.8 Cláusulas que Violam Deveres Anexos de Informação.....	73
4 CONCLUSÃO	78
REFERENCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

O tema dos contratos cativos de longa duração se destaca pela sua grande relevância social. O presente trabalho busca analisar este fenômeno contratual e suas principais características, identificando como a normativa legal, em especial o Código de Defesa do Consumidor, atua como “freio e contrapeso” frente às imposições contratuais dos fornecedores, de forma a manter um equilíbrio negocial que permita ao consumidor atingir os fins que o levaram a vincular-se em uma relação de trato sucessivo e “perpétuo”, a exemplo dos contratos de plano de saúde, telefonia e fornecimento de energia elétrica.

Os contratos cativos com suas cláusulas pré-estabelecidas em bloco pelo fornecedor, sem possibilidade de ajustes em seu conteúdo, levam o consumidor a aderir às condições contratuais sem a opção de discutir como o contrato deverá ser conduzido. Desta forma, em muitos casos os contratos cativos vendem a ideia de uma falsa segurança ao aderente, que cumpre com sua prestação econômica, mas no momento em que necessita da cobertura ou prestação do serviço esperado, veem-se enredado numa vasta engenharia de carências, serviços não cobertos ou pré-requisitos quase que impossíveis de serem ultrapassados, sem que tais informações fossem levadas de forma clara a seu conhecimento.

Ao longo do trabalho se revelará que embora presentes contratualmente muitas regras impostas pelos fornecedores são passíveis de relativização ou até mesmo eliminação, havendo amparo legal os ajustes contratuais, de forma que reste preservado o princípio do equilíbrio contratual a reger a relação entre as partes, de forma que seja alcançado a finalidade do contrato, que é a realização dos interesses legítimos das partes, vinculando o contrato a uma função social.

Não raro as circunstâncias que levaram as partes a firmarem o contrato são alteradas em decorrência da dinâmica da vida, contínuas mudanças nos produtos ou nas características dos serviços contratados, cabendo o preenchimento das lacunas que vão surgindo. O presente trabalho tem a intenção de destacar que os operadores do direito encontram no Código de Defesa do Consumidor, em especial, a solução para restabelecer o equilíbrio contratual quando o preenchimento destas lacunas se afasta dos ditames da cooperação, boa-fé e função social.

Uma vez que a contemporaneidade exige a aquisição de certos serviços essenciais e os consumidores são atraídos para uma relação de catividade contratual por uma abordagem dos fornecedores que transmitem a idéia de segurança no futuro se adquiridos determinados produtos e serviços, o trabalho tem o escopo de trazer a lume como tem sido as decisões judiciais que analisam as controvérsias surgidas nestes contratos, analisando se as decisões encontram-se alinhadas com os ideais que revestem a normative do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, se analisará qual a base do negócio cativo de longa duração, de forma a se entender quais os valores que desejam os interessados serem representados, de modo a se verificar como a legislação atua para restabelecer a idéia de vínculo contratual como um processo voltado à satisfação dos interesses das partes

2 A NOVA ESTRUTURA CONTRATUAL DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

Enquanto que o elemento moral que dá suporte ao contrato descontínuo é basicamente a promessa expressa e licitamente comunicada entre as partes, sendo a única norma moral social invocada aquela que determina o cumprimento da promessa, nos contratos relacionais as praticas contratuais estabelecidas é elemento importante para a definição das expectativas legítimas, ou seja, o ethos desenvolvido no interior de determinada comunidade ou grupo vincula os membros no momento da aplicação do direito, no entender de Porto Macedo Jr.¹.

Destaca Bruno Miragem², que a partir da aplicação das cláusulas gerais (a serem aqui exploradas), não se trata de algo exclusivamente destinado a satisfazer os interesses individuais, mas ao indicar-se ao contrato uma função social, ou mesmo determinadas condições em que deva ser celebrado, ou ainda, na obrigação de contratar ou manutenção da contratação, restaria claro que o contrato serve como instrumento de realização de determinadas finalidades econômica ou ético sociais (caso da proteção do consumidor vulnerável nas situações de catividade contratual)

Valendo-se de Porto Macedo Jr.³, vem a lume que nos contratos relacionais as normas de ligação baseadas nos interesses de restituição, expectativas e dependência em razão da confiança, deverão ser expandidos tendo em vista a ampliação da influência dos princípios de cooperação, solidariedade e reconhecimento legal das desigualdades de poder.

Analisa Jorge Cesa Ferreira da Silva⁴ que a relação obrigacional não pode ser visualizada exclusivamente em um só vínculo, ou eventualmente em um dever relativo a este vínculo, mas deve ater-se a um modelo estrutural e unitário, em que internamente haja um conjunto interligado de relações diversas. Para o autor, ganha relevo a ideia do desenvolvimento temporário vinculado a um fim. Deste modo, atingir o fim passa a ser mais relevante do que o rigorismo dos passos

¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

² MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 191.

³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 64-66.

empreendidos para seu atingimento, reduzindo-se assim o rigorismo, formalismo, uma vez que passa a ser relevante a consecução do objetivo finalístico.

Nas palavras de Couto e Silva⁵, “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”.

Já para Jorge Cesa Ferreira da Silva⁶:

[...] a obrigação contempla a integração de uma multiplicidade de direitos, deveres, faculdades, ônus, etc, cuja união supera a mera soma das suas individualidades. Da ideia de processo, por sua vez, retira-se que a obrigação conforma-se às alterações de circunstâncias visando a consecução de seu objetivo finalístico, o adimplemento.

A nova concepção de contrato, como explicitado por Cláudia Lima Marques⁷, é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade importa, mas também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade, buscando-se um equilíbrio contratual, quando então o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade, de forma a proteger determinados interesses sociais, valorizando-se a confiança depositada pelas partes no vínculo, suas expectativa e a boa fé.

Antonio Junqueira de Azevedo⁸ sistematiza como princípios do direito contratual que vêm do século passado, e que giram em torno da autonomia da vontade (a) o princípio da liberdade contratual, determinando que dentro dos limites da lei, as partes convencionam o que é de seu interesse, (b) o princípio da obrigatoriedade, que determina que o contrato faz lei entre as partes e (c) o princípio da relatividade dos efeitos, que determina que o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Todavia, a estes princípios, entende Junqueira que surge a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato, que não excluem os princípios clássicos mas relativizam a teoria contratual.

⁵ SILVA, Clóvis. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 5.

⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.

⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado – Direito da exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Org.). **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: RT, 2004. p. 137-147.

A proteção dos contratantes por intermédio da lei, e sobretudo, de intervenção do juiz, no entender de Bruno Miragem⁹, tem nas cláusulas gerais um decisivo instrumento, tendo o Código Civil de 2002 conferido às cláusulas gerais um lugar de destaque, estabelecendo expressamente o dever de respeito à boa-fé objetiva (artigos 113, 187 e 422), bons costumes (artigos 122 e 1870 e função social dos contratos (421), bem como sua positivação das cláusulas gerais de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor (artigos. 4º e 51, IV).

A ação das cláusulas gerais sobre a eficácia interna do contrato, conforme Bruno Miragem¹⁰ poderia ser visualizada de dois modos, um como uma restrição à liberdade de contratar, uma vez que protegendo os interesses legítimos de uma parte vedam a intenção da outra parte de desconsiderar ou frustrar estes interesses, e outro como um elemento que qualifica o exercício da liberdade de contratar, de forma a que não ficam dissociados os poderes individuais daqueles incorporados pela interpretação e aplicação das cláusulas gerais.

Jorge Cesa Ferreira da Silva¹¹ trabalha a ideia de ocorrido um fato revestido de fonte obrigacional, nasce uma relação jurídica voltada para o adimplemento, que irá se concretizar quando realizado o conjunto dos interesses envolvidos na relação. Não só aqueles interesse vinculados diretamente ou indiretamente à prestação (deveres principais – como, por exemplo, na compra e venda, o dever de transferir a propriedade por uma parte e pagar o preço pela outra parte), representando a alma da obrigação, mas também os deveres que igualmente dizem respeito diretamente à prestação, mas que não configuram qualquer particularidade que as individualize (deveres secundários- como, por exemplo, imputar ao devedor, pelo atraso culposo, o dever de indenizar os prejuízos respectivos, tendo-se claramente um dever relacionado com a prestação objetivo do contrato).

⁹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 183-184.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187.

¹¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69-72

Os deveres secundários, são os destinados a preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita realização da obrigação principal (acessórios da prestação principal) ou então, serem coexistentes com a prestação principal ou ainda substitutivos da prestação, no caso de sua impossibilitação, nas palavras de Almeida Costa.¹²

Outra consequência da aplicação das cláusulas gerais e a renovação da autonomia negocial, como exposto por Bruno Miragem¹³, é a ampliação dos efeitos dos contratos para além dos contratantes, ou quem tenha formalizado vínculo, ainda que seja parte, com uma determinada relação contratual (fiador, avalista, ou promessa de fato de terceiro). Haverá a eficácia externa do contrato, de forma que todo aquele que ainda que não participe da formação do contrato, mas participe de quaisquer consequências de êxito ou frustração do objeto contratual, estará legitimado a demandar e/ou responder em razão da existência do contrato.

Conforme Cláudia Lima Marques¹⁴ a doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes, servindo esta vontade humana como fonte e legitimação da relação jurídica contratual, ao contrário da autoridade da lei. Desta vontade, segundo a mencionada doutrinadora, que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes os instrumentos que assegurem o cumprimento das promessas, adotando a lei uma posição supletiva. Tanto os deveres principais e secundários apresentados trata-se de direitos da prestação. Aliado a trais deveres, encontra-se os deveres laterais de conduta, expressão adotada por Jorge Cesa Ferreira da Silva¹⁵, decorrendo da tradução da palavra alemã *Nebenpflichten*, significando junto a, lateral. Deveres estes que podem nascer antes dos deveres de prestação ou se manifestarem ainda após a solvência destes (casos de responsabilidade pós-contratuais), não se ligando à espécie de obrigação ou ao tipo contratual, mas ao conjunto de circunstâncias

¹² COSTA, Mario Julio de Almeida. **Direito das obrigações**. 5ed. Coimbra, Almedina, 1991, p. 57.

¹³ MIRAGEM, Bruno Nubens Borba. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 189.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

¹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73.

concretas da relação, que passará ser analisado como integrante da ideia do princípio da boa-fé.

2.1 Os Contratos de Massa

Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois sujeitos em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade, configurando um contrato paritário. Conforme Cláudia Marques¹⁶, a figura do contrato paritário estaria presente quando os contratos fossem discutidos individualmente cláusula a cláusula em condições de igualdade e com tempo para tratativas preliminares, o que atualmente faz com que estes contratos existam em número limitado.

A existência deste tipo de contrato em número limitado seria resultado da sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o que fez com que o comércio jurídico tenha se despersonalizado e se desmaterializado, no entender de Adalberto Pasqualotto¹⁷.

Na sociedade atual os contratos são homogêneos em seu conteúdo, mas concluídos com uma série indefinida de contratantes, o que na visão de Cláudia Marques¹⁸, leva a empresa por uma questão de economia, racionalização, praticidade e mesmo de segurança, a predispor antecipadamente um esquema contratual oferecido à simples adesão dos consumidores, havendo a pré-redação de um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais.

Nas relações de massa nem sempre os contratos serão feitos por escrito. Segue esta linha Irti¹⁹, para quem muitos contratos de massa são feitos em silêncio ou sem diálogo, por imagens de coisas, palavras ditadas, e outros símbolos visualizados em meios não perenes e virtuais; por atos existenciais, sem real

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 52

¹⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. Revista dos Tribunais, n. 658, p. 55-72, agos. 1990.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

¹⁹ IRTI, Natalino. Scambi senza Accordo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. N. 2, giug, 1998, ano LII, p. 347 e 364 In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

dialética, pela não presença da outra parte ou por sua representação da outra parte através de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens e números, cartões, senhas, toques e clicks.

Para Oppo²⁰, trata-se de um contrato desumanizado, que beira a autossuficiência do declarado e construído de forma unilateral e prévia no site eletrônico ou máquina autossuficiente da predisposição declarativa formulada por um fornecedor que não mais se conhece, despersonalizado e reconhecido apenas pela marca, símbolo.

2.2 Contrato de Adesão

Resta caracterizado o contrato de adesão, de forma que não há efetiva negociação entre fornecedor e consumidor das cláusulas existentes no contrato, e sim, o consumidor limita-se a aceitar em bloco as cláusulas, uniforme e unilateralmente pré-elaboradas pelas empresa, assumindo um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado, conforme disciplina Enzo Roppo²¹.

Seu elemento essencial é a ausência de uma fase pré-negocial, não havendo um debate prévio das cláusulas contratuais, e sim a predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante, como bem apanha Cláudia Marques²², manifestando o consumidor seu consentimento por simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.

Orlando Gomes²³ relacionou seis modos distintos de caracterizar essa espécie de contrato;

O conceito de contrato de adesão torna-se difícil em razão da controvérsia persistente acerca do seu traço distintivo. Distinguir-se-ia, segundo alguns, por ser oferta a uma coletividade, segundo outros, por ser obra exclusiva de uma das partes, por ter regulamentação complexa, porque preponderante a posição de uma das partes ou não admitir discussão a proposta, havendo

²⁰ OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? Rivista di Diritto Civile, n. 5, ano XLIV, set-out, 1998, p. 525-533. In: MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

²¹ ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988, p. 311-312.

²² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

²³ GOMES, Orlando. Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 128.

quem o explique como o instrumento próprio da prestação dos serviços privados de utilidade pública.

Enquanto não houver a manifestação de vontade do consumidor, o modelo pré-elaborado do contrato de adesão se constitui em oferta geral e potencial, conforme escreve Ana Paula Carvalho²⁴, sendo o consentimento do consumidor, a sua adesão, que provocará a concretização do vínculo contratual entre as partes.

O consumidor, uma vez que nos contratos de adesão tem de aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor, sequer lê completamente o instrumento contratual o qual vai aderir. Todavia, Cláudia Marques²⁵ ressalta que existe um dever de transparência nas relações de consumo, devendo ser oportunizado ao consumidor o conhecimento do conteúdo contratual, devendo a redação do instrumento ser feita de forma a possibilitar a compreensão das cláusulas pelo homem comum.

Orlando Gomes²⁶ restringe o uso da expressão “de adesão” somente para aqueles contratos que, sob certas circunstâncias, não poderiam deixar de ser celebrados pelo aderente, não bastando que a relação jurídicas se estabeleça sem prévia discussão, uma vez que a predominância eventual de uma vontade sobre a outra e ainda a determinação unilateral do contrato não seria novidade. O que caracterizaria o contrato como de adesão seria circunstância de que aquele a quem o contrato é proposto não poderia deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer um interesse, que de outro modo, não teria como ser atendido.

Contudo, como bem apanha Teresa Negreiros²⁷, a definição legal de contrato de adesão em vigor no direito brasileiro é do tipo negativo: define-se o contrato de adesão por aquilo que ele não é, ou seja, um contrato negociado bilateralmente, não trazendo o artigo 54 do CDC, conforme Negreiros, a situação de monopólio e o caráter essencial do produto ou do serviço contratado.

Quanto a interpretação dos contratos de adesão, a regra geral é que se interprete o contrato de adesão, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento. Consta no artigo 423 do Código Civil que

²⁴ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via internet**: Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 64.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

²⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 131.

²⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 367.

“quando houver no contrato de adesão cláusula ambígua ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

Outra linha da interpretação dos contratos de adesão é abordado por Cláudia Marques²⁸ que assinala:

é a da prevalência das cláusulas acertadas individualmente sobre aquelas impressas ou uniformes, o que pressupõe que havendo uma cláusula escrita a mão, esta derive de uma discussão individual, de um acordo de vontades sobre aquele ponto específico da relação contratual, devendo prevalecer e derrogar as outras cláusulas do formulário padrão. Note-se, igualmente, que a inclusão desta cláusula particular não descaracteriza o contrato como de adesão, sendo também indiferente quem fez a última oferta, se o fornecedor, elaborador do formulário, ou o consumidor. Há, porém, que se considerar os usos e costumes locais, sendo assim, se o contrato encontrou-se sempre fisicamente com o fornecedor ou é costume que seja assinado em branco e depois preenchidas as lacunas no formulário, ou se há cláusulas mais favorável no formulário impresso ao consumidor, a cláusula datilografada na cópia do fornecedor não poderá prevalecer, retornando-se a uma interpretação contra preferente também quanto a estas. Assim determina a cláusula geral de interpretação no Código Civil brasileiro de 2002: “art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

A contratação via contrato de adesão obteve sucesso por ser mais rápida e facilitada, racionalizando a transferência de bens de consumo na sociedade, possibilitando também a previsão dos riscos por parte dos fornecedores, e a rapidez de adaptação a novas situações. Por outro lado, sua elaboração prévia e unilateral facilitaria a inclusão de cláusulas abusivas, cláusulas que asseguram vantagens unilaterais e excessivas para o fornecedor que as elabora, na abordagem de Cláudia Marques.²⁹

O código Civil, em seu artigo 424, determina que nos “contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

Desta norma de cunho social, Cláudia Marques³⁰ analisa que se retira dos contratos de adesão a abusividade das relações de consumo onde existiriam contratos de consumo ficto ou ainda aquelas que definirem a passividade ou o silêncio do consumidor como aceitação total das condições negociais.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

Ainda que a necessidade de contratar não integre o núcleo conceitual do contrato de adesão, Teresa Negreiros³¹ considera inegável que ainda que haja divergência acerca dos fatores a serem levados em conta como determinantes da debilidade do aderente, a simples categoria em si e contrato de adesão já seria inequívoca expressão da existência de desigualdade entre os contratantes, tornando-se legítima a imposição de medidas de tutela ao aderente.

A simples contratação por adesão não é um elemento suficiente a determinar a fraqueza ou vulnerabilidade do outro contratante, mas seria relativa, subjetiva e gradual para Fontaine³², para quem a contratação por adesão em geral, é justamente o resultado de um momento de estrutural fraqueza. Para ele, a fraqueza poderia ser inerente às pessoas, pode ser relativa quando o outro é muito forte ou o bem ou serviço desejado é essencial e urgente, comportando graduações subjetivas, comparáveis às graduações subjetivas da minoridade dos consumidores mais desfavorecidos (idosos, crianças, superendividados, doentes, etc..) aos profissionais. Para o autor o tipo contratual ou natureza do contrato são elementos importantes a serem levados em conta.

A mesma perspectiva possui Paulo Luiz Neto Lobo³³:

A legislação sobre os direitos do consumidor e sobre o regime das condições gerais tem essa fonte inspiradora. A desigualdade real entre uma organização econômica e o contratante isolado é um fato que não é lícito ao direito desconhecer, cabendo-lhe reforçar a posição do mais fraco para que o poder do mais forte não se transforme em poder de império, apenas admissível ao Estado [...] O predisponente está numa posição forte porque as condições gerais resultam de uma previsão refletida, alicerçada na experiência de sua atividade organizada e de operações reiterada, ao passo que o aderente realiza normalmente uma operação avulsa, confiante na razoabilidade das condições. Acresce que o aderente duvida, frequentemente, de sua capacidade técnica de entender as fórmulas complicadas que são empregadas. De qualquer modo, mesmo que as compreendesse, só lhe restaria a perspectiva de uma discussão inútil com um empregado ou representante do predisponente, sem poderes para modificações.

³¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370.

³² FONTAINE, Marcel. LA protection de la partie faible, pag. 616-619. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

³³ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 197.

O reconhecimento da desigualdade entre os contratantes leva Gustavo Tepedino³⁴ a defender o contrato de adesão como referência para expansão da aplicação do CDC. Conforme o autor, deve ser utilizado o CDC seja em contratos de adesão (ainda que não se constituam relação de consumo), seja nas circunstâncias contratuais em que haja a identificação pela identidade de ratio, dos pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas.

A identificação de uma relação contratual abrigada sob um contrato de adesão, implica reconhecer a disparidade de poder negocial entre o predisponente e o aderente, implicando dar a este último um tratamento diferenciado, na visão de Teresa Negreiros³⁵. Segue a autora, concluindo que o contrato de adesão constitui uma classe de contratos associada a certo regime de tutela do aderente, tido como contratante vulnerável.

Nesta classe, encontrar-se-ão os contratos cativos de longa duração, que correspondem às relações jurídicas complexas e duradouras. A expressão foi desenvolvida no direito brasileiro por Cláudia Lima Marques³⁶, utilizando-se as expressões longa duração de Ricardo Luiz Lorenzetti e cativos, de Carlos Alberto Gherzi, para representar a posição e catividade dos consumidores em relação a execução do contrato.

São os contratos cativos de longa duração aqueles cujas prestações se alongam no tempo, desenvolvendo seus efeitos em longo prazo, sendo de execução continuada e periódica, de trato sucessivo.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 213.

³⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 375.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 81.

2.3 Contratos Cativos

José Tadeu Neves Xavier³⁷ ensina que a noção dos contratos cativos de longa duração deve ser buscada em dois elementos essenciais que lhe servem de referência: o tempo, que gera a ideia de continuidade ou pelo menos a aptidão para terem uma longa duração e a catividade.

Em obra de sua autoria, Cláudia Marques³⁸ apresenta da seguinte forma os contratos cativos:

“trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais de contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de catividade ou dependência dos clientes, consumidores. Esta posição de dependência, ou como aqui estamos denominando de catividade, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família status, segurança, crédito renovado, escola ou formação universitária certa e qualificada, moradia assegurada ou mesmo saúde no futuro”.

No entender de José Tadeu Neves Xavier³⁹ a catividade deve ser compreendida em dois momentos. Primeiramente, ela seria representativa das técnicas de marketing utilizadas antes da formação do contrato, de forma a convencer o contratante em relação as conveniências da contratação. A empresa que oferta o serviço se coloca como forma de concretização das mais diversas aspirações do indivíduo, assumindo o papel de realizadora de sonhos, de forma a cativar o consumidor, por meio da mensagem de que como sua parceira, o levará a obter a finalidade almejada na contratação. O segundo aspecto apontado por José Tadeu Xavier, seria vislumbrado após a formação do contrato, onde a expressão catividade passa a ser entendida como relação de dependência e fragilidade do consumidor frente ao contrato firmado.

³⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre: v.95, set. 2004, p.140.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

³⁹ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre: v.95, set. 2004, p. 141.

Como exemplo de contratos cativos de longa duração estão presentes as relações banco-cliente, contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, transmissão de informações e lazer por cabo, fornecimento de água, luz e telefone).

Far-se-á necessária a distinção dos contratos cativos de longa duração com os contratos em rede. A rede contratual representa uma técnica de divisão da participação contratual entre várias empresas, de forma a gerar uma relação complexa, na visão de José Tadeu Neves Xavier⁴⁰.

De grande valia o estudo de Ana Lopes Frias⁴¹, que igualmente aborda quando presente a figura dos contratos em rede:

existência da conexão contratual quando vários sujeitos celebram dois ou mais contratos distintos que representam uma estreita vinculação funcional entre si, em razão de sua própria natureza, ou da finalidade que os informa, vinculação esta que é, ou pode ser juridicamente relevante.

No entender de Carlos Konder⁴², a rede contratual está presente quando simultaneamente coexistem vários contratos de um mesmo tipo (contrato marco) ou similares, envolvendo partes distintas, os quais devem estar minimamente coordenados para que todas as partes possam alcançar não somente os benefícios econômicos do contrato do qual são integrantes, mas também os benefícios decorrentes da existência da própria rede. Desta forma, Konder entende que a finalidade supra contratual, o interesse compartilhado existente nestes contratos aparentemente autônomos é o benefício que os integrantes da rede podem usufruir para além daqueles já decorrentes dos contratos individualmente considerados.

Para Lorenzetti⁴³, os contratos em rede tem como busca o compartilhamento equânime de benefícios, custos e riscos que se torna viável mediante a permanência de certo equilíbrio econômico na rede, o que permitiria aos integrantes da rede exigir dos demais a atuação pautada pela manutenção deste

⁴⁰ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre, v.95, set. 2004.

⁴¹ FRIAS, Ana Lopez. **Los Contratos conexos: estudio de supuestos concretos Y ensayo de una construction doctrinal**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1994, p. 273

⁴² KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 128.

⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires-Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999, t.1, pág. 44.

equilíbrio. A causa sistemática imporia outras consequências externas e internas à rede, na visão de Lorenzetti⁴⁴: no âmbito interno, além das obrigações principais, acessórias e os deveres laterais decorrentes da boa-fé referente ao contrato individual, surgem deveres referentes ao sistema, como o dever de colaborar com o funcionamento do sistema e externamente, os efeitos estão ligados a certas prerrogativas que seriam destinados aos clientes dos produto ou serviço oferecido.

Em parecer de José Carlos Barbosa Moreira⁴⁵, se faz presente a denominação de contratos conexos:

“Se não se reconhecer a unidade contratual, não se fugirá, em todo caso, à caracterização dos contratos como conexos, vinculados ou coligados. [...] Acentuam os autores que não é essencial a vinculação externa dos negócios, bastando que as recíprocas prestações tenham sido pactuadas como elementos que se coordenam, na intenção das partes, em vista do fim comum que se quer atingir. Algumas vezes, haverá dependência bilateral, de sorte que cada um dos contratos só existe em função do outro; mas pode haver também dependência unilateral, se um dos contratos pressupõe o outro sem que a recíproca seja verdadeira. [...] Se se recorrer, ainda uma vez uma vez, às luzes da doutrina, ver-se-á que ela sublinha a importância prática da noção de contratos conexos (ou coligados ou vinculados) exatamente na perspectiva da influência que as vicissitudes sofridas por um deles são capazes de exercer sobre o outro.

Cláudia Marques⁴⁶ em artigo de sua autoria utiliza-se do termo contratos conexos para referir-se de maneira abrangente ao gênero que engloba todas as diversas espécies de contratos vinculados entre si:

A conexidade é, pois, o fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário e nasce da especialização das tarefas produtivas, da formação de redes de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes. Na doutrina, distinguem-se três tipos de contratos conexos de acordo com as suas características básicas [...] Grupos de Contratos, contratos vários que incidem de forma paralela e cooperativa para a realização do mesmo fim Cada contrato (por exemplo, contratos com um banco múltiplo popular e um consumidor com conta corrente) tem um objetivo diferente (cartão de extratos, crédito imediato

⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires-Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999, t.1, p. 55.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Unidade ou Pluralidade de Contratos: contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio necessário e litisconsórcio facultativo. Comunhão de interesses, conexão de causas e afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. **Revista dos Tribunais**, v. 817. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2003, p. 757

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 1, Rio de Janeiro; Padma, jan./mar. 2000, p. 43-44.

limitado ao cheque especial, depósito bancário simples) mas concorrem para um mesmo objetivo (conta corrente especial do consumidor) e somente unidos podem prestar adequadamente.

Rede de contratos, em que cada contrato tem sucessivamente por objeto a mesma coisa, o mesmo serviço, o mesmo objeto da prestação. É a estrutura contratual mais usada pelos fornecedores ao organizar as suas cadeias de prestação ao consumidor com fornecedores diretos e indiretos, como no caso de seguro-saúde, também usada nas colaborações entre fornecedores para a produção (e terceirizações) e distribuição no mercado.

Contratos conexos strictu sensu são aqueles contratos autônomos que por visarem à realização de um negócio único (nexo funcional) celebram-se entre as mesmas partes ou entre partes diferentes e vinculam-se por esta finalidade econômica supra contratual comum, identificável seja na causa, no consentimento, no objeto ou nas bases do negócio. Assim, se a finalidade supracontratual comum é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexão ou acessoriedade.

2.3.1 Características dos Contratos Cativos de Longa Duração

Dentre as características dos contratos cativos de longa duração, verifica-se que formalizam relações envolvendo serviços que prometem segurança e qualidade, serviços estes que se protraem no tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua, mantendo sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. Identifica Cláudia Marques⁴⁷, que as expectativas que o contrato de longa duração traz em relação aos contratos de execução imediata, baseia-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças das condições sociais, econômicas e legais na sociedade. Desta forma, a satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor depende da continuação da relação jurídica fonte das obrigações, tornando a capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual essencialmente básica.

Nos contratos cativos, não há a mera divisão da prestação contratual no tempo ou de obrigação divisível, fracionável no tempo e no espaço, mas de obrigações renovadas no tempo que “são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo de dever de prestação, até seu término”, como disciplina Couto e Silva⁴⁸.

O objeto principal dos contratos cativos é um evento futuro, certo ou incerto, sendo a transferência de riscos referente a futura necessidade. Como debatido por

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 87

⁴⁸ COUTO E SILVA, Clóvis. **A Obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 211-212.

Cláudia Lima Marques⁴⁹, para atingir seus objetivos contratuais, os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos, pagando mensalidades e seguindo instruções regulamentadoras usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento contratualmente previsto. Após a atuação da publicidade massiva identificando o status do segurado, de cliente ou de conveniado, e após anos de contribuição do consumidor e após o mesmo atingir determinada idade e cumprir com a totalidade dos requisitos exigidos, não interessa mais ao consumidor desvincular-se do contrato.

Dentro da estrutura dos contratos cativos, verifica-se que além da comutatividade, possuem a estrutura de contratos aleatórios, cuja contraprestação do fornecedor ficará a depender da ocorrência de evento futuro e incerto.

Para melhor solução dos temas enfrentados envolvendo os contratos cativos, imprescindível a compreensão dos dois principais princípios que norteiam na pós modernidade os instrumentos contratuais.

2.4 A Boa Fé Objetiva

Como primeiro princípio a ser analisado, surge o princípio da boa-fé. Aborda Cláudia Lima Marques a importância do princípio da boa-fé para o estudo contratual como a) fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, b) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos e c) na concreção e interpretação dos contratos. Cláudia Marques⁵⁰ sinaliza que;

Como ensinam os doutrinadores europeus, fides significa o hábito de firmeza e coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a fidelidade e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de fidelidade e cooperação nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 181

desperta (confiança). Boa fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Por meio da leitura de Porto Macedo⁵¹, a boa-fé é vista como fonte primária da responsabilidade contratual, com o objetivo e valores da sociedade, como as ideias de justiça distributiva ou bem estar dos indivíduos, que devem ser balanceados ou equilibrados com os interesses privados dos contratos, equilíbrio este, realizado através do conceito de boa-fé.

A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa humana, em substituição à autonomia do indivíduo, como aborda Teresa Negreiros⁵². Para Negreiros, as relações obrigacionais passam a ser encaradas como espaço de cooperação e solidariedade entre as partes, e sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.

Conforme Heloísa Carpena⁵³ a boa fé, embora conceito ético liga-se igualmente a finalidade econômica do contrato, e, embora identificada com o ideal de justiça contratual, no sentido de busca do equilíbrio das prestações, atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica.

Essa noção de confiança é especialmente protegida pelo direito, possuindo valor jurídico. Como exemplos apresentados por Jorge Cesa Ferreira da Silva⁵⁴, o caso dos efeitos atribuídos ao casamento putativo ou da extinção do vínculo obrigacional pelo pagamento a credor putativo, situações em que a confiança legitimamente gerada sobrepõe-se às regras gerais relativas a cada espécie, ou ainda, no direito público, quando se possibilita à Administração revogar ou anular os seus atos, sendo uma regra geral o dever de a Administração anular seus atos ilegais e ou que se mostrem contrários ao interesse público, o que, apesar de

⁵¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 177.

⁵² NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 281-282.

⁵³ CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro, Renovar 2001, p. 74

⁵⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51-52.

assentado em argumento legítimo, poderia gerar efeitos injustos aos administrados, por gerar a confiança de regularidade jurídica.

Tal situação levou a fundamentação na doutrina administrativa do princípio a segurança jurídica, cujo efeito é trazer ao sistema jurídico não uma faculdade de rever-se o ato ilegal quando entender que há prejuízo ao administrado, mas sim, o dever de não rever, desde que tenha havido a conjunção da boa-fé subjetiva do administrado com a tolerância da situação pela administração, por razoável espaço de tempo.

Faz-se indispensável a abordagem da boa-fé, porque do ponto de vista da teoria relacional, a boa-fé assumiria o papel de encorajar a continuidade das relações contratuais e sob a forma de cláusula geral, recebeu expressa consagração no CDC, no artigo 521, IV. Disciplina Porto Macedo Jr⁵⁵, que as normas de integração não seriam apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança, mas também a reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a restituição e a confiança, etc...Como elementos a evidenciar a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional, ela supre a incompletude dos contratos, limites da capacidade de previsão humana, justos e ameaças à solidariedade, tornando juridicamente protegido o conceito de confiança.

À boa-fé foi então conduzida uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, encontrando na confiança um de seus mais importantes fundamentos, como alardeado por Jorge Cesa Ferreira da Silva. Segue o doutrinador⁵⁶ demonstrando que foi entendida como contrária a boa-fé a conduta do sujeito que antes de concretizados o vínculo obrigacional rompe injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas a ponto de gerar na outra parte a fundada expectativa de conclusão das negociações (*culpa in contrahendo*), ainda a conduta do sujeito que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação fazendo uso de algum direito subjetivo a que, presumivelmente, havia renunciado (*venire contra factum proprium*). Seriam todas estas condutas contrárias a boa-fé, e contrárias à noção de confiança.

⁵⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 185.

⁵⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 48-49

Nesta linha Judith Martins Costa, ao afirmar que

A ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé. O seu efeito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal.⁵⁷

A *culpa in contrahendo* veio a tona em 1861, por Rudolf von Jhering. Em estudo, Jhering⁵⁸ explica que a não imputação de responsabilidade por danos e custos, derivados de contrato nulo, conduz a situações de injustiça. Utilizando-se do contrato de compra e venda romana, analisou Jhering o contrato que concluído tem sua nulidade decretada por uma falha do vendedor, uma vez que inexistente uma qualidade que ele deveria contratualmente garantir, sendo esta falha desconhecida por parte do comprador. Em linha geral, ao comprador ajuizaria uma ação de indenização exigindo ou a conclusão do negócio, ou a não realização das despesas e outros custos necessários para a celebração do contrato, sendo o dano imputado ao vendedor porque deveria ter conhecimento da nulidade e não o evitou. Desta forma, ainda que houvesse a nulidade contratual, poderiam emergir efeitos. Ainda que o contrato tivesse como escopo fundamental seu cumprimento, haverias escopos acessórios. E quando pela nulidade se frustrasse o escopo principal, os acessórios não ficariam atingidos, devendo à parte que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deveria indenizar a outra pelo interesse contratual negativo.

No domínio contratual, cada vez menos, há entre as partes um conhecimento que legitime uma confiança particular, defende Menezes Cordeiro⁵⁹. A confiança derivaria da crença da operatividade da instrumentação jurídica, cabendo então, em falar-se em confiança no Direito. As situações de confiança tuteladas de forma explícita, por disposições legais a tanto dirigidas, constituiriam para o doutrinador, um reduto seguro onde o princípio teria acolhimento. A dogmática colocaria em primeiro plano, a distinção entre as previsões de confiança

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.460-461.

⁵⁸ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 528-530.

⁵⁹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1243-1244.

objeto de disposição específica e as que provenham de institutos gerais, informados por conceitos indeterminados. No primeiro caso, estaria uma série de dispositivos criados sob a égide da boa fé subjetiva, e no segundo caso, ocorreriam aplicações variadas da boa-fé objetiva, quando avultaria aspectos atinentes ao dever de atuação de boa-fé e certos tipos regulativos de exercícios inadmissíveis de direitos, com destaque para o *venire contra factum proprium*, a *supsessio* e a *surrectio*.

Para Menezes Cordeiro⁶⁰, há *venire factum proprium* quando:

uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue. A pessoa que manifeste a intenção de não praticar determinado acto, e depois, o pratique, pode ser condenada, em certas circunstâncias, ainda quando o acto em causa seja permitido, por integrar o conteúdo de um direito subjetivo.

Tratando-se de relação contratual, Miragem⁶¹ informa que é identificada na boa-fé a fonte de deveres jurídicos implícitos não expressamente convencionados pelas partes, mas que se impõem sua observância como deveres laterais ou anexos, como o dever de confiança, lealdade e colaboração para que haja o correto adimplemento do contrato. A aplicação da boa-fé, no entender do doutrinador, objetiva poder fazer com que surja distintas consequências jurídicas na relação obrigacional, como os deveres jurídicos, limitações e proibições, direitos subjetivos ou potestativos próprios, bem como sua supressão, nulidade de disposições específicas bem como o sentido e significado do contrato desde uma interpretação conforme a boa-fé.

A boa-fé objetiva cria deveres anexos para as partes contratantes independente de manifestação de vontade destas. São deveres de cuidado, deveres de informação, deveres de colaboração e cooperação, deveres de sigilo, entre outros. Esses deveres se violados geram o dever de indenizar. Isso porque a

⁶⁰ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 747.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 214.

boa-fé determina que as partes ajam com lealdade umas com as outras, respeitando os objetivos da relação obrigacional. Conforme Judith Martins Costa⁶²,

Quer-se com isso afirmar que pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos de sujeição; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título. Uma vez ocorridas, todas estas “vicissitudes” e os efeitos jurídicos delas resultantes devem ser reconduzidos ao conceito, completando-o ou formando-o para que torne concretamente geral, isto é, para que seja verdadeiramente dotado de uma unidade – vale repetir -, a “unidade do todo articulado que contém em si a diferença” e ,por isso, seja unitário do ponto de vista estrutural e funcional, bem como total em relação ao seu conteúdo.

A função criadora de deveres da *boa-fé* estabelece responsabilidades na fase pré-negocial. São requisitos da responsabilidade pré contratual: a criação de uma legítima expectativa de que o negócio irá se realizar, a ciência da outra parte dessa legítima expectativa, o rompimento dessa negociação e a geração de dano. Segundo Judith Martins Costa⁶³, para haver responsabilidade pré-contratual deve haver:

A existência de negociações, qualquer que seja a sua forma, antecedentes a um contrato; a prática de atos tendentes a despertar, na contraparte, a confiança legítima que o contrato seria concluído; a efetiva confiança, da contraparte; a existência de dano decorrente da quebra desta confiança, por terem sido infringidos deveres jurídicos que a tutelam; e, no caso da ruptura das negociações, que esta tenha sido injusta ou injustificada.(...)
Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais (anexos), que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento - em suma, deveres que decorrem da *boa-fé* objetiva como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela de seus interesses.

Referente a relação obrigacional, a *boa-fé* objetiva desenvolveria uma eficácia que inicia desde o início das negociações entabuladas entre as partes, passando pelo desenvolvimento do vínculo e atingindo os deveres pós contratuais. O

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.393.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.485-487

princípio da boa-fé valida juridicamente relações que não poderiam ser consideradas juridicamente perfeitas, como é o caso das relações contratuais de fato ou atos existenciais, tratadas por Couto e Silva⁶⁴ como relações decorrentes de práticas comuns e reiteradas da vida em sociedade, tal como a compra e venda realizada por crianças, o transporte em ônibus ou taxis, formalmente negócios jurídicos, mas que não seria materialmente justificável indagar-se sobre a validade da relação.

Dado o caráter normativo do princípio da boa-fé, defende Jorge Cesa Ferreira da Silva⁶⁵ que através da aplicação da boa-fé objetiva, surgem deveres obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade, não necessitando os deveres serem declarados pelas partes, ou serem ainda, desprezados, mas ainda assim, participarão do conteúdo jurídico da relação, da mesma forma que participa deste contexto toda normatividade legal, em sentido estrito, não declarada ou desejada pelas partes.

É o caso do terceiro que coopera com o devedor no inadimplemento contratual, sendo reconhecida a incidência de um abuso de direito. Nesta linha, Teresa Negreiros⁶⁶:

à luz da nova principiologia contratual, a função social e o abuso de direito constituem fundamento para a responsabilização do terceiro que, ciente da existência de relação contratual anterior, não obstante contrata com o devedor obrigação incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida por este.

Judith Costa Martins⁶⁷ traz que:

Os deveres de correção e de boa-fé como requisito da conduta, constituem um dos pontos cardeais da disciplina convencional e legal de cada particular relação obrigacional, seja no que concerne às obrigações principais, seja no que concerne às obrigações colaterais de cooperação e proteção dos recíprocos interesses econômicos; daí decorre que a mera inércia consciente e voluntária, que seja obstáculo à satisfação do direito da contraparte, repercutindo negativamente no regulamento negocial e legal dos interesses (contratuais), contrasta com os aludidos deveres de correção e boa-fé, e pode configurar inadimplemento. Tal ocorre quando há o reconhecimento da existência de deveres anexos decorrentes da boa-fé, e

⁶⁴ SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 91-92.

⁶⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54.

⁶⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 249.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 441.

com a explícita distinção entre tais deveres anexos e as obrigações principais, afirmando-se a existência de deveres autônomos, não previstos expressamente pelas partes, mas que resultam necessários para a plena realização do programa contratual, ainda que não identificados pelo texto literal do contrato.

Quanto ao princípio da boa-fé, vai além Miragem⁶⁸:

Em matéria de obrigações de responsabilidade civil em sentido estrito, a boa-fé objetiva e, no caso, sua violação podem ser a fonte da relação obrigacional, ao tempo que também configura princípio informador da relação obrigacional desde que constituída. Por outro lado, a boa-fé ao servir de fonte para a existência de deveres laterais ou anexos igualmente estende a proteção jurídica da relação obrigacional para além dos termos expressamente pactuados, indicando deveres próprios ao interesse das partes na melhor satisfação do objeto da obrigação, assim como impondo o respeito ao patrimônio e à pessoa de credor e devedor, razão pela qual se distinguem em deveres de proteção, deveres de cooperação e deveres de informação e esclarecimento.” A ofensa a tais deveres importa inadimplemento da obrigação e seus efeitos, como de regra o dever de responder pelos prejuízos decorrentes do descumprimento pela imputação do consequente dever de indenizar, cujo aparecimento pode se dar mesmo antes (culpa in contrahendo e responsabilidade pré-negocial) ou depois (culpa post pactum finitum) da celebração e execução do negócio obrigacional.

Jorge Cesa Ferreira Silva ressalta ser importante haver a percepção de que o princípio jurídico da boa-fé distingue-se de outras figuras próximas e que podem apresentar-se como mitigadores de rigores formais, como os bons costumes, equidade e hermenêutica integradora do negócio jurídico. Escreve o autor⁶⁹ que:

Os bons costumes delimitam, exteriormente à relação, o campo da autonomia privada, restringindo a permissão de produção e fixação de efeitos jurídicos, mas não prescrevem o efeito ou a conduta a ser seguida. A boa-fé, por sua vez, prescreve uma forma de atuação das partes, determinando, por si, efeitos e indicando condutas. Em resumo, os bons costumes afastam efeitos; a boa-fé os cria. No que toca à equidade, importa perceber que esta é sempre voltada para o particular, o específico caso concreto, afastando-se portanto, de preocupações generalizantes. A equidade, assim, não tem conteúdo prescritivo. Nisso distingue-se da boa-fé, que, dotada de tal conteúdo, generaliza-se, alargando para outros casos os deveres descobertos sobre o seu manto semântico. Já da hermenêutica integradora, a boa-fé muitas vezes é dificilmente distinguível. Contudo, é fundamental ter-se em mente que a boa-fé, como determinante de um padrão de conduta, impõe deveres independentemente da vontade das

⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 215.

⁶⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47-48

partes, limitando, dessa forma, a abrangência da autonomia privada. As normas decorrentes da boa-fé, portanto, integram o negócio, mesmo que não expressamente. Por sua vez, a hermenêutica integradora se refere à explicitação da vontade das partes quando da constituição do negócio, restringindo-se os limites da autonomia privada.

2.4.1 Deveres Laterais

Em dezembro de 1911, na Alemanha, uma compradora vai até uma determinada loja, e após realizar algumas compras e decidir-se pela compra de um tapete de linóleo, é encaminhada pelo funcionário da loja até o setor específico dos tapetes. Lá, por ato negligente do empregado, a compradora sofre um acidente com dois rolos de linóleo que se soltam. Decidiu-se o tribunal alemão pelo dever de indenizar a compradora, ao entender existente um conjunto de deveres de cuidado, semelhante às relações contratuais, que teriam sido violados.

Decorrente deste caso, a doutrina passou a preocupar-se com o estudo destes deveres, de forma a conferir-lhe uma fundamentação jurídica. Coube a Heinrich Stoll a tarefa de sistematizar e conferir fundamentação jurídica aos deveres laterais. No entender de Jorge Cesa Ferreira da Silva⁷⁰, Stoll sinaliza que toda relação obrigacional implica uma duplicidade de interesses. Num primeiro plano, as partes estariam vinculadas visando o objeto da prestação, sendo o resultado da forma como atua o devedor a obtenção do cumprimento da obrigação, havendo um interesse positivo: que seria fazer algo para que determinado resultado seja atingido. Em um segundo plano, Stoll indica que haveria outro interesse. Nas palavras de Jorge Cesa Ferreira da Silva, Stoll defendia que toda relação expõe a pessoa ou os seus bens às atividades da outra parte, que poderá provocar danos aos bens ou então colocá-los em perigo. Haveria então, a incidência da boa fé, que regularia o comportamento das partes através da criação de uma série de deveres que tenham por objetivo evitar a existência de situações que possam acarretar danos. Estes deveres veiculariam um interesse negativo, que seria fazer algo que evitasse que determinado resultado fosse atingido, seriam os deveres de proteção.

⁷⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 79.

A distinção entre os deveres de prestação dos deveres de proteção para Stoll⁷¹ se apresentaria da seguinte forma: a) enquanto os deveres de prestação diriam respeito aos interesses do credor da prestação os deveres de proteção veiculariam os interesses de ambos os sujeitos da relação, a ser obtido através da preservação da pessoa e dos patrimônios de ambos os sujeitos. Enquanto os deveres de prestação fundamentar-se-iam na vontade das partes, os deveres de proteção fundamentar-se-iam na boa-fé.

Seguia Stoll afirmando que os deveres de prestação poderiam ser violados por não se alcançar os objetivos pretendidos pelas partes, enquanto que os deveres de proteção seriam violados tendo-se o interesse prejudicado ou posto em perigo. Entendia Stoll que seriam deveres laterais aqueles cujo interesse se voltasse exclusivamente para a manutenção de um estado de coisas, excluindo-se os deveres que não fossem diretamente voltados à realização da prestação, ainda que incidissem para permitir o melhor adimplemento.

Jorge Cesa Ferreira da Silva aponta que a doutrina posterior alargou a concepção dos deveres laterais, incluindo entre eles todo um conjunto de deveres que tenham uma relação com a prestação, ainda que de forma indireta ou qualitativa. Como exemplo, Jorge Cesa Ferreira da Silva⁷², escreve que seria o caso do vendedor da máquina com relação às informações destinadas à sua melhor utilização, ou do tomador de empréstimo com relação às informações relativas às consequências econômicas advindas do mútuo. Segue Jorge Cesa Ferreira da Silva atestando que o alargamento da concepção dos deveres laterais, levou ao alargamento da noção de inadimplemento, em oposição a ideia de distinção concebida por Stoll, que em caso de descumprimento de deveres de prestação entendia aplicável a regra geral contratual e em se tratando de dever de proteção, propunha a aplicação da regra geral extracontratual (quem alega deve prova).

Desta forma, o adimplemento abarcaria, para Jorge Cesa Ferreira da Silva⁷³, todos os interesses envolvidos na obrigação, estendendo-se, portanto, dos deveres

⁷¹ STOLL, Heinrich. Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Archiv für die civilistische Praxis. Tübingen :JCB Mohr, n. 136, 1932, pág. 288-301. In: SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 80.

⁷² SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81-82

⁷³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82

de prestação aos deveres de comportamento (deveres laterais), reunindo tantos os deveres de proteção formulados por Stoll quanto os deveres indiretamente vinculados à prestação.

Quanto a natureza obrigacional dos deveres laterais, Pedro Romano Martinez⁷⁴ posiciona-se contrário à contratualidade dos deveres de proteção, sustentando que os danos às pessoas das partes e aos seus patrimônios seriam delituais. Menezes Cordeiro⁷⁵ se alinha a esta ideia defendendo que os deveres laterais não são decorrentes do contrato, o que faria com que havendo dano à pessoa ou ao patrimônio de uma das partes decorrente da relação contratual, a proteção jurídica deveria ser buscada valendo-se da responsabilização aquiliana.

Jorge Cesa Ferreira da Silva⁷⁶ critica este entendimento, afirmando que este raciocínio está pautado pela busca incansável da imposição da vinculação direta entre o dever contratual, e a respectiva responsabilidade civil contratual, e a atribuição, por imposição lógica, da responsabilidade aquiliana àquilo que não está no contrato, vinculação que embora desejável em sentido genérico, sucumbiria frequentemente na prática, os interesses protegidos seriam visualizados particularizadamente e nos limites do caso. Segue o autor, ponderando que Almeida Costa, ao abordar a solução do concurso de regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual havia apontado para o princípio da consunção, segundo o qual a responsabilidade contratual consumiria o regime da responsabilidade extracontratual.

Escreveu Almeida Costa⁷⁷

A posição adaptada acautela devidamente todos os interesses atendíveis do lesado, sem sacrifício injusto da posição do responsável: apresenta-se correcta no plano da justiça material e também encarada de um ângulo sistemático. Só não se aplicará em face de preceito contrário da lei. Esta terá de ser a regra. O que não invalida que, diante de situações concretas, se lhe introduzam possíveis desvios, em homenagem à solução substancialmente mais justa.

⁷⁴ MARTINEZ, Pedro Nuno Tavares Romano Soares. **Cumprimento defeituoso**: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 1994, p. 266 –271.

⁷⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 639

⁷⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84-85.

⁷⁷ COSTA, Mário Julio de Almeida. **Direito das obrigações**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 442.

Desta forma, para Jorge Cesa Ferreira da Silva⁷⁸, a contratualidade dos deveres laterais não pode ser tratada como um problema de responsabilidade civil, devendo o alargamento deste campo fundamentando-se em elementos determinantes do caso concreto levado à análise judicial. A abordagem da natureza obrigacional ou contratual dos deveres laterais, para Jorge Cesa Ferreira da Silva, deverá sustentar-se na análise do fenômeno contratual na sua totalidade, não sendo a responsabilidade civil o único elemento a ser considerado. O autor, todavia, chama a atenção de que não defende a separação da obrigação da responsabilidade, nem que a alocação obrigacional dos deveres laterais não venha a provocar mudanças na aplicação da responsabilidade civil, ou ainda, que a responsabilização civil não seja o principal efeito do inadimplemento contratual.

Pensando na execução de um contrato em que uma das partes, por sua conduta negligente, não só impõe um dano à outra como também demonstra uma potencialidade de produzir novo danos, escreve Jorge Cesa Ferreira da Silva⁷⁹:

A proteção dos bens jurídicos da parte que sofre o dano pode estar aberta, indubitavelmente, pela via da responsabilidade aquiliana. Contudo, entendido o dano, bem como a conduta da parte como extracontratuais, terá o contratante lesado duas opções: ou manter o contrato e ajuizar, a cada dano provocado, nova ação reparatória, ou resolver/resilir o contrato. Neste último caso, porém, tendo em vista a inexistência de fundamento contratual, terá de arcar com todas as consequências decorrentes dessa opção (pagar a indenização correspondente, ou valor fixado em cláusula pena, ou o valor relativo a prévio aviso, etc.). Entendido, entretanto, como descumprimento de dever contratual lateral de proteção, o dano provocado bem como a conduta negligente consubstanciarão inadimplemento, abrindo-se a via da ação resolutória cumulada com indenização. No que toca à exceção de contrato não cumprido, vale lembrar-se que, em se tratando de deveres extracontratuais, encontra-se fechada essa via. O contratante, então, que sofresse danos ao seu patrimônio pela atuação culposa da outra parte na execução do contrato, teria que cumprir religiosamente com seus pagamentos, mas, ao mesmo tempo, teria que ajuizar pedido reparatório, talvez, ironicamente, concomitantemente com pedido cautelar para reter o pagamento para garantir futura execução. Entendido como contratual, poderá ele opor a exceção do contrato não cumprido, evitando demais transtornos.

Indica Benatti⁸⁰ que a noção de inadimplemento independe da ocorrência do dano. Desta forma, ainda que o devedor não causasse dano, se ao longo da

⁷⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85-86.

⁷⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87-88.

relação contratual se mostrasse negligente quanto às expectativas da outra parte, ainda que afastada a pretensão à responsabilização civil, ao credor não se poderia negar o direito à resolução contratual. Tal raciocínio leva a sustentação da contratualidade dos deveres laterais, aí incluídos os deveres de proteção, devido à atuação do princípio da boa-fé como regra de incidência da normatividade obrigacional entre as partes.

Para Jorge Cesa Ferreira da Silva⁸¹:

a questão deixa de ser a identidade de tais deveres, mas sim os limites da contratualidade dos deveres que não diretamente se vinculam à realização da prestação primária ou secundária. Em outras palavras, a questão se desloca para o estabelecimento dos contornos dos limites contratuais (ou, de forma mais ampla, obrigacionais), a fim de evitar um exagerado alargamento dos deveres abrangidos pelo vínculo.

Nestes termos, todos aqueles deveres que possam ser relacionados como necessários à execução do contrato, passam a ser obrigacionais. E independentemente do meio utilizado para veicular a norma (lei, negócio jurídico ou boa-fé), eles decorrem do princípio da boa-fé, especialmente seu vetor confiança. Como exemplo, o artigo 23 da Lei 8.245/91, IV, que determina ao locatário o dever de comunicar ao locador eventuais perturbações de terceiros. Embora a norma seja veiculada pela Lei, ela decorre do princípio da boa-fé, ao imputar deveres de informação aos partícipes da relação. Ainda que tal inciso fosse retirada do texto legal, não se poderia afirmar que a norma deixaria de existir no sistema, no entender de Jorge Cesa Ferreira da Silva⁸². Isto faz com que a boa-fé atue sobre qualquer obrigação, surgindo os deveres laterais em qualquer espécie de relação obrigacional, seja ela decorrente de dano ou negócio jurídico.

Sobre os deveres laterais Antunes Varela⁸³ assevera:

diferentes dos deveres primários ou secundários de prestação são os deveres de conduta que, não interessando directamente à prestação principal, nem dando origem à qualquer ação autónoma de cumprimento [...] são todavia essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Trata-se de um dever que não respeita

⁸⁰ BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di doveri di protezione. **RTDPCiv.**, Milano: Giuffrè, 1965, p. 1342. In: SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87

⁸¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 88

⁸² SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.

⁸³ VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 124-129.

directamente, nem à preparação nem a perfeita (correcta) realização da prestação debitóri (principal). Mas que interessa ao regular desenvolvimento da relação [...] nos termos em que ela deve processar-se entre os contraentes que agem honestamente de boa-fé nas suas relações recíprocas.

Quanto a questão das fontes dos deveres laterais, elucidativa para melhor compreensão estudo de Jorge Cesa Ferreira da Silva⁸⁴:

Quando se afirma que os deveres laterais possuem fontes normativas e fáticas diversas dos deveres de prestação, tem-se uma decorrência desta distinção ora focalizada. No que toca à fonte normativa, já foi visto que os deveres laterais fundam-se preponderantemente no princípio da boa-fé, especialmente no vetor confiança, quando este não e destina a impor uma dada prestação, mas a impedir que danos venham a ser provocados à pessoa ou aos bens da outra parte, ou a determinar que o adimplemento se dê da forma qualitativa e objetivamente mais satisfativa aos interesses do credor e de forma menos onerosa ao devedor. Já no que toca à fonte fática, pode-se perceber que os deveres da prestação possuem como suporte concreto o momento genético do contrato, ou seja, o momento em que as duas vontades se conjugam.(...) Eles não tem por base, assim, as declarações de vontade gênese do contrato, mas as atuações das partes (inclusive eventualmente declarativas de vontade superveniente) e o conjunto de circunstâncias, mesmo que decorrentes de terceiros, envolvidas na relação.

Daí a importância do artigo 46 do CDC, que deve ser rigorosamente cumprido pelo fornecedor, conforme destaca Cláudia Lima Marques⁸⁵. Para ela, se o fornecedor descumprir o novo dever de oportunizar ao consumidor ter pleno conhecimento do conteúdo do contrato, como sanção será desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, ainda que formalizado o consenso. Desta forma, o contrato não terá seu efeito mínimo que é vincular as partes, tornando o contrato de consumo ineficaz, como que inexistente por força do artigo 46, enquanto a oferta, por força do artigo 340 do Código Civil continua a obrigar o fornecedor.

⁸⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 95-96.

⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 662

2.5 Função Social

Conforme Bruno Miragem⁸⁶, a função social dos contratos tem sido reconhecida como fonte para o reconhecimento de novos efeitos aos contratos, se revelando como geração de efeitos a outros sujeitos que não os contratantes, mas possuindo eficácia igualmente perante terceiros.

Antonio Junqueira de Azevedo⁸⁷ em parecer de sua lavra, abordou a flexibilização do clássico princípio da relatividade dos contratos frente ao princípio da função social. O parecer foi lavrado para posicionar-se no caso em que a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga sofria prejuízos criados por distribuidoras de combustíveis que assediavam postos revendedores, identificados com a bandeira Ipiranga, para comercializarem produtos de petróleo que não os da Companhia Ipiranga. Entendeu Junqueira que o princípio da função social trata-se de preceito destinado a integrar os contratos em uma ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas. Aceita a ideia da função social, Junqueira entendeu que não se tiraria a ilação de que os terceiros são partes do contrato, mas era evidente que os terceiros não poderiam se comportar como se o contrato não existisse. Estariam as distribuidoras que vendem combustíveis a postos sem a bandeira Ipiranga, quebrando a exclusividade contratualmente assegurada, estariam a cometer ato ilícito, sendo solidariamente responsáveis pelas consequências do inadimplemento contratual praticado pelos postos Ipiranga.

A função social para Bruno Miragem⁸⁸, não apenas determina a geração de efeitos independentes da boa-fé, mas também qualifica o sentido e o resultado da aplicação deste princípio. Essa função qualificadora exercida pela função social

⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 196.

⁸⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado – Direito da exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: RT, 2004. p. 137-147.

⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. IN: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197.

sobre a boa-fé não determinaria a criação de deveres distintos, mas se trataria de uma distinção de intensidade quanto aos deveres jurídicos ou aos limites já estabelecidos pela boa-fé, como os deveres de colaboração, lealdade e respeito às expectativas legítimas. Desta forma, a função social (afeita aos interesses da sociedade) colocar-se-ia como princípio qualificador da boa-fé (afeita aos interesses das partes).

O princípio da função social encontra-se em nossa legislação pela criação do artigo 421 do Código Civil, quando traz em sua redação que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, mas também a dimensão social do direito está presente no artigo 5º da LICC e artigo 1º do CDC.

Bruno Miragem⁸⁹ afirma que da norma do artigo 421 do Código Civil se retiram dois aspectos característicos do seu significado. Primeiro, que se configuraria um limite à liberdade de contratar, e segundo, determinaria ao direito de contratar a natureza de um direito-função. Segue Miragem, na afirmativa de que a previsão de uma finalidade social do direito de contratar assumiria diferentes possibilidades de interpretação, podendo abranger desde a garantia de acesso ao contrato, quanto o direito de sua manutenção, bem como um controle de mérito e conteúdo do objeto contratado, de modo a adaptá-lo aos padrões sociais de justo em matéria contratual.

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. No entender de Paulo Netto Lobo⁹⁰ não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes.

A função social do contrato, positivado infraconstitucionalmente através do artigo 421 do Código Civil, parte da premissa de que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que interessa só as partes contratantes,

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. IN: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 201.

⁹⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 191.

impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas, como bem define Teresa Negreiros⁹¹.

Para Miragem⁹², é possível identificar certas linhas de interpretação com fundamento na origem da função social:

a premissa básica função social do contrato introduz as noções de igualdade contratual e, por conseguinte, de equilíbrio contratual, presentes no direito do consumidor, no regime geral do direito civil. A inteligência destes fenômenos, contudo, requer que se distinga entre a presunção de desigualdade do consumidor no regime do Código de Defesa do Consumidor e o regime geral do Código Civil. Nesse último, não há que se reconhecer, a priori, a desigualdade entre as partes, mas será admitido, com fundamento no princípio da função social do contrato, que o juiz identifique no caso, e de acordo com as regras ordinárias sobre ônus da prova e do princípio processual do dispositivo, situações típicas de desigualdade e desequilíbrio.

Da mesma forma, a circulação de riquezas por si se pode identificar como integrante do macroconceito de função social do contrato. A partir disto, qualquer um que sofra os efeitos econômicos do contrato, tendo suas consequências percebidas como prejuízos na sua esfera patrimonial, poderá ter sua pretensão de ressarcimento reconhecida, quando for o caso, perante os que deram causa ao fenômeno.

Conforme Jorge Cesa Ferreira da Silva⁹³, a intangibilidade do conteúdo do contrato não mais desfruta do status de princípio ordenador da disciplina contratual, tornando a convicção sobre a intrínseca justiça do procedimento contratual inconciliável com a consagração de remédios jurídicos que permitem a revisão judicial de cláusulas contratuais, a garantir a plenitude da função social do contrato.

Bruno Miragem⁹⁴ defende que a função social do contrato estaria fundamentando as hipóteses de revisão ou renegociação do pactuado, considerando não somente o princípio da equivalência das prestações, mas também a relevância social que determinados contratos assumem na sociedade. Desta forma, Bruno Miragem defende que a função social do contrato irá flexibilizar

⁹¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

⁹² MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. IN: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207-208.

⁹³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 299

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. IN: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 209.

o princípio da relatividade, que ao incidir sobre os pactos reconhece que o contrato irradia seus efeitos somente para as partes à ele vinculadas. A função social, no entender de Miragem, possibilitará que a eficácia do contrato igualmente irradie seus efeitos em relação a terceiros, a quem se opõe à existência e conteúdo do ajuste.

Nesta linha, Fernando Noronha⁹⁵;

Efetivamente, se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim é que não só a violação de contrato por terceiro pode gerar responsabilidade civil deste (como quando terceiro destrói a coisa que devia ser prestada, ou na figura da indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados (o instituto da fraude contra terceiros, é exemplo típico).

Entende Luis Renato Ferreira da Silva⁹⁶, como critério limitador da expansão contratual o seu desenvolvimento útil e justo, de forma que o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa, importando ver as partes em equilíbrio, adotando este norte objetivado pelo contrato. Esta justiça passará a ser o elemento protetor nas relações contratuais, sendo o limitador dos excessos prejudiciais às partes.

Outro aspecto relevante da função social do contrato é trabalhado por Miragem⁹⁷

e diz respeito ao duplo sentido da proteção contratual, que na dogmática tradicional privilegiava quase que exclusivamente os interesses do credor, sob os auspícios da denominada tutela jurídica do crédito. O novo direito dos contratos, sob a luz do princípio da função social, amplia a proteção legal aos contratantes de modo a abranger não apenas os legítimos interesses do credor, como também determinará que se leve em consideração, em alguma medida, os interesses do devedor de boa-fé, que esteja comprometido com o adimplemento da obrigação assumida.

⁹⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

⁹⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: Do código Civil ao Código de Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 38.

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. IN: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 213.

Nelson Konder⁹⁸ afirma haver uma funcionalização do contrato, efeito do exercício da liberdade contratual, e que, se esta liberdade contratual deva ser exercida em razão e nos limites da função a ela atribuída pelo ordenamento, o contrato, permanece vinculado àquela finalidade e será tutelado em sua razão e nos limites, agora como fato jurídico constituído. Para o doutrinador, o regulamento negociavelmente estabelecido ente as partes deve ser condizente com certos valores reputados socialmente relevantes e aqueles positivados no ordenamento por meio dos princípios constitucionais.

Conforme Luis Renato Ferreira da Silva⁹⁹, no momento em que se perde a comutatividade que a relação contratual pressupõe para manter-se justa, faz-se mister uma revisão dos seus termos para que não se privilegie o desfazimento. Ficando um contrato muito desproporcional na relação entre prestação e contraprestação, tornando-se excessivamente oneroso para alguma das partes, certamente haverá o inadimplemento.

Nesta linha, passa-se a verificar se a jurisprudência encontra-se alinhada com a doutrina até aqui detalhada nos casos concretos que chegam ao judiciário.

⁹⁸ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 46-47.

⁹⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2006, p. 165.

3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor tem como fim justamente reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e dando maior transparência às relações contratuais no mercado brasileiro, a teor de seu artigo 4º. E para alcançar esse equilíbrio de forças nas relações contratuais, o CDC opta para regular alguns aspectos da formação e da execução do contrato, impondo novos deveres para o fornecedor e assegurando novos direitos para o consumidor.

A aplicação destes preceitos encontra-se devidamente amparado pela legislação, devendo ser observadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor na solução dos conflitos envolvendo os contratos cativos.

3.1 Proteção do Consumidor na Formação do Contrato

Os direitos só podem ser desenvolvidos em pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo. Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor consagra um novo microsistema de direitos e deveres inerentes à relações de consumo, garantindo proteção ao consumidor não somente na execução do contrato, mas criando regras e normas desde o momento da formação contratual. Desta forma, se faz presente os novos deveres impostos aos fornecedores, em especial os deveres anexos de informar, cooperar, de tratar com lealdade e com cuidado o consumidor no momento de formação dos contratos, fazendo com que somente através desta observância poderá o consumidor alcançar uma vontade realmente refletida, autônoma e racional.

A boa-fé assim concretizada significará transparência obrigatória em relação ao parceiro contratual, conforme defendido por Cláudia Lima Marques¹⁰⁰, permitindo ao parceiro contratual mais fraco as condições necessárias para a formação e uma vontade liberta e racional, de forma a assegurar informação, segurança nas contratações à distância, proteção contra as pressões dos métodos de venda usuais e tempo para reflexão como objetivos legais.

¹⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 591.

Para Cláudia Lima Marques¹⁰¹, o Código de Defesa do Consumidor procura valorizar o momento da formação do contrato de consumo, analisando a qualidade da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que a sua simples manifestação, de forma que somente a vontade realmente livre e informada será legítima, tendo o poder de ditar a formação e por consequência os efeitos dos contratos entre os consumidores e fornecedores. Em complemento, deverá ser examinada a conduta negocial do fornecedor, valorando-a e controlando-a, dependendo da presença de abusividade ou não na conduta a formação do vínculo e a interpretação e quais as obrigações o consumidor estará vinculado.

3.1.1 A Necessidade da Transparência:

Na formação dos contratos, e terá grande relevância na análise dos contratos cativos, o artigo 4º do CDC impõe como norteador a aplicação da transparência, de forma a que se estabeleça uma relação contratual menos danosa. Desta forma, se faz necessária informações claras e corretas sobre os produtos e sob as condições dos contratos a serem firmados, ainda que na fase pré-contratual..

O princípio da transparência, conforme Cláudia Lima Marques, regulará as manifestações do fornecedor que tentam atrair o consumidor para a relação contratual, de forma que desperte a motivação no público alvo em adquirir os produtos usufruir dos serviços ofertados. Desta forma, estará o CDC regulando a oferta, de forma a garantir a seriedade e veracidade dessas manifestações, de forma que se estabeleça a noção de oferta contratual. Para a doutrinadora¹⁰²:

Institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não poderia suportar ou que simplesmente não deseja. Assim, também, adquirindo um produto sem ter informações claras e precisas sobre suas qualidades e características, pode adquirir um produto que não é adequado ao que pretende ou que não possui as qualidades que o fornecedor afirma ter, ensejando, mais facilmente o desfazimento do vínculo contratual.

¹⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 592-593.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 745-746

A exigência da transparência no mercado acaba por inverter os papéis tradicionais: aquele que necessitava informar-se, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio (o consumidor) passa a ser detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6, III), enquanto que o fornecedor passa a ter o dever de informação de forma ativa, havendo uma inversão de papéis (arts. 46, 512, IV e 54) do CDC. Desta forma, o ideal de transparência seria uma pré-condição para que o consumidor possa manifestar sua vontade e realize o fim que suas expectativas legítimas buscam, levado pelas informações que lhe foram alcançadas sobre o produto ou serviço, levando-o a estabelecer uma relação de cativeiro com o fornecedor¹⁰³.

Cláudia Lima Marques¹⁰⁴ com maestria bem apanha a importância do princípio da transparência, que poderá auxiliar na solução de questões envolvendo os contratos cativos:

O princípio da transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato. É mais do que simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato (arts. 30, 33, 35, 46 e 54) ou se falha, representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido (arts. 18, 20 e 35). Tal princípio concretiza a ideia de reequilíbrio de forças nas relações de consumo, em especial na conclusão de contratos de consumo, imposto pelo CDC como forma de alcançar a almejada justiça contratual.

Nesta linha a jurisprudência:

CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE FRAÇÃO IDEAL. TIME-SHARING. TEMPO COMPARTILHADO. VÍCIO DO CONSENTIMENTO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. DESCUMPRIMENTO DO PROMETIDO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. ARTIGOS 6º, IV, 37, 46 E 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Demonstrado que o contrato particular de promessa de compra e venda de fração ideal foi firmado diante do induzimento em erro do comprador, diante de falsa promessa ou omissão sobre dificuldades, agravada pela forte pressão exercida quando da assinatura da avença por propaganda exagerada e apelativa, tem direito o comprador à rescisão do pacto com a devolução das parcelas pagas, a teor de dispositivos legais previstos no Código de Defesa do Consumidor. APELAÇÃO IMPROVIDA¹⁰⁵.

¹⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 747-749.

¹⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 749-751

¹⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70001471523, da Décima Sétima Câmara Cível. Apelante: Goettert Empreendimentos Turísticos Ltda. Apelado: Iraqi Marlene Sehn e Dercio Miguel Sehn. Relator: Elaine Harzheim Macedo. Porto Alegre. Julgado em 03 de outubro de 2000 Disponível em: <tjrs.jus.br>. Acesso em: 5 de junho de 2013.

AGRAVO INTERNO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. COBERTURA NEGADA. EMISSÃO DE NOTA PROMISSÓRIA. PROTESTO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS. CAUÇÃO. DESNECESSIDADE. A caução é medida que se destina à garantia de cumprimento da obrigação, podendo ser dispensada quando a verossimilhança aponta para a ausência de débito a ensejar o protesto. Em tendo a nota promissória sido assinada em momento de forte emoção e pressão, em virtude da necessidade de realização de procedimento cirúrgico, cuja cobertura foi negada pela operadora de plano de saúde, a sustação dos efeitos do protesto dispensam a prestação de caução. RECURSO DESPROVIDO¹⁰⁶.

Como reflexo do princípio da transparência tem-se o dever de informar imposto ao fornecedor pelo CDC, em seu artigo 31:

Artigo 31. A oferta e apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras e precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

A exemplificar o reflexo deste artigo, decisão do STJ ao tratar da publicidade em contrato de seguro de assistência médico-hospitalar.

Seguro de assistência médico-hospitalar –Plano de assistência integral (cobertura total), assim nominado no contrato. As expressões assistência integral e cobertura total” são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido¹⁰⁷.

Embora não seja o tema do presente estudo, merece menção o efeito da publicidade, que em muitas vezes, age na contramão do dever de transparência, por levando o consumidor a um mundo irreal, levando-o a imaginar-se em uma realidade virtual que irá valorizá-lo frente a seus pares, subtraindo do consumidor, a real informação de que ele necessita para uma tomada decisória.

Maria de Fátima Vieira Severiano¹⁰⁸ observa que;

¹⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo nº 70042085126, da Quinta Câmara Cível. Agravante: Circulo Operario Caxiense Agravado: Lucia Maria Bosa Monteiro e Leonildo Bosa Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho. Porto Alegre. Julgado em: 18 de maio de 2011. Disponível em: <tjrs.jus.br>. Acesso em: 5 de junho de 2013.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 26.456-2/SE. Quarta Turma. Relator : Min. Ari Pargendler. Local : Brasília, Julgado em :13 de agosto de 2001. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 06 de junho de 2013.

¹⁰⁸ SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. **Narcisismo e publicidade**: uma análise psicossocial dos ideais do consumo na contemporaneidade. São Paulo, Annablume, 2001, p. 171.

não se vende o produto em si, tampouco as qualidades intrínsecas do produto. Vende-se tudo, menos o produto. Vendem-se imagens, marcas, arquétipos, magia, símbolos, arte, desejos, códigos culturais, emoções, diferenças, estilo, etc. Ou seja, não se vende o que, de fato, se quer vender. Daí talvez a natureza ambígua de sua finalidade: é que o seu próprio objeto tornou-se imaterial, puro signo, apesar da finalidade última, seu ponto máximo a ser alcançado, ser bastante concreto: a compra de um produto em si.

Importante verificar nos contratos cativos, a aplicação do artigo 46 do CDC, que dispõe:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores [...] se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Os contratos cativos, enquadrados como contratos de adesão, tem suas cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, impossibilitando que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Todavia, conforme o artigo 54 do CDC, o contrato deve ser redigido em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor, sob pena de aplicação do artigo 46 do CDC, que não obriga o consumidor ao contrato firmado.

Nesta esteira:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PREPARO. INSUFICIÊNCIA. COMPLEMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESERÇÃO AFASTADA. SEGURO SAÚDE. TRATAMENTO DE AIDS. CLÁUSULA RESTRITIVA. ABUSIVIDADE. FALTA DE DESTAQUE. CDC, ART. 54, § 4º.

I. Não se configura a deserção do recurso se as custas foram recolhidas em parte, possível a sua complementação **a posteriori**. Precedentes.

II. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça está firmado o entendimento de que a cláusula de exclusão de tratamento de AIDS é nula, por abusiva, e mais ainda quando sequer atendeu ao requisito no art. 54, parágrafo 4º, do CDC, de ser redigida com destaque, de modo a permitir ao segurado a sua devida compreensão.

III. Recurso especial não conhecido.¹⁰⁹

Apelação cível. Seguros. Ação de cobrança. Seguro de bem imóvel. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguros. Inexistência da caracterização do agravamento do risco. Não pode a seguradora se escusar da cobertura contratual se não comprovou que o imóvel incendiado estava desabilitado no momento do sinistro, tampouco que

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 258007/SP**. Relator. Min. Aldir Passarinho Jr. Local: Brasília, Julgado em: 17 de setembro de 2002. Disponível em <stj.jus.br>. Acesso em: 06 de junho de 2013.

a segurada agiu com má-fé e tinha plena ciência da cláusula restritiva de seu direito. Manutenção do dever de indenizar. Apelo não provido.¹¹⁰

Percebe-se da leitura jurisprudencial que esta vai ao encontro do propagado por Cláudia Lima Marques¹¹¹, que atesta que aceita a proposta através de publicidade, seu conteúdo passará a integrar o contrato firmado com o consumidor, como se fosse uma cláusula extra, não escrita, mas cujo cumprimento poderá ser exigido ainda que de forma litigiosa, formando o conteúdo publicitário o conteúdo invisível do contrato, ou então se escrita mas não integrando o corpo contratual, sendo promessa de qualidade, preço, prestabilidade etc, passando a ser vinculativa para quem a fizer veicular ou utilizar.

Entretanto, este dever muitas vezes é sonogado, valendo-se o fornecedor de que seu público bombardeado, nas palavras de Zygmunt Bauman¹¹², de todos os lados por sugestões de que precisam se equipar com ou outro produto fornecido se quiserem ter a capacidade de alcançar manter a posição social que desejam ou desempenhar suas funções sociais, são facilmente manipulados em sua tomada de decisão.

É defendido que a realização do Direito deve ser comprometida com uma ética viva, devendo esta ética ser estimulada pela criação e cultivo de princípios jurídicos com ela comprometidos, como a da proteção da confiança, boa-fé objetiva e da função social. Transportadas essas ideias para o campo da publicidade, a preocupação com a ética deveria ser uma constante, acompanhando os anúncios publicitários em todas as suas fases, garantindo o desempenho de sua função sem excessos, permitindo uma mensagem transparente aos consumidores, uma vez que influencia a tomada de decisões, o que pode levar o consumidor a decidir ou não livremente a aquisição de um bem¹¹³.

¹¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70053732483, Sexta Câmara Cível. Apelante: Santander Brasil Seguros S.A. Apelado: Sergio Delmar Figueiredo. Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 31/07/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 16 de agosto de 2013.

¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 777.

¹¹² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 74.

¹¹³ XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: O valor da ética no controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: n.81, 2012, p. 130.

O CDC se encarrega de fornecer o arcabouço legal, regulando a publicidade os seus artigos 36 a 38, dando especial destaque para a publicidade enganosa e abusiva. Tal entedimento merece atenção na solução de conflitos envolvendo os contratos cativos de longa duração, principalmente no que se refere a publicidade enganosa. Uma vez que a ocorrência de publicidade, seja por qualquer modo, ainda que por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços ou que deixe de informar sobre dado essencial do produto, merecerá reparos, uma vez que ao buscar uma relação que prolongue-se no tempo, o consumidor busca justamente alcançar a “idéia vendida”, não podendo ser surpreendido quando encontra-se “às portas” de alcançar os interesses legitimamente despertados nele, por barreiras contratuais que nunca lhe foram levadas ao conhecimento.

Cláudia Lima Marques¹¹⁴ indica que a publicidade pode vir a perturbar a ordem e harmonia do mercado, podendo violar direitos de informação, sendo portanto, nociva no processo de reflexão e tomada decisória, podendo causar sérios danos econômicos aos consumidores que confiaram nas informações veiculadas na publicidade, devendo em face disto, a publicidade seguir certos parâmetros éticos, de transparência e lealdade.

A situação do consumidor perante a pressão consumerista é bem definida por Fábio Konder Comparato¹¹⁵:

O consumidor, vítima de sua própria incapacidade crítica ou suscetibilidade emocional, dócil objeto da exploração de uma publicidade obsessora e obsidional, passa a responder ao reflexo condicionado da palavra mágica, sem resistência. Comprar um objeto ou paga por um serviço, não porque a sua marca atesta a boa qualidade, mas simplesmente porque ela evoca todo um reino de fantasia ou devaneio de atração irresistível.

¹¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, vol. 10, 1994, p. 18.

¹¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, n. 15-16, jul/set 1974, p. 40.

Como melhor solução, há de se valer do ensinamento de José Tadeu Neves Xavier¹¹⁶, para quem as empresas devem buscar técnicas que sustentem as características de seus produtos, sustentem as características de suas mercadorias em sua essência, pela sua funcionalidade, adequação tecnológica e conforto que trazem ao consumidor.

3.2 A Proteção do Consumidor quando da Execução do Contrato

Conforme José Tadeu Neves Xavier¹¹⁷ em muitas situações o surgimento de novas realidades sociais durante a vida do contrato poderá causar dificuldades de manutenção do pacto, exigindo redobrada atenção das partes a fim de evitar a ocorrência de desequilíbrio no contexto da relação contratual.

O primeiro instrumento para assegurar a equidade, a justiça contratual, está para Cláudia Lima Marques¹¹⁸ no artigo 47 do CDC, que instituiu como princípio geral a interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais, estando o artigo 47 iluminado pelo princípio da boa-fé, positivado no artigo 4, III do CDC, devendo a interpretação de todo o contrato de consumo, e em especial os cativos de longa duração, ser feito à luz desta boa-fé objetiva e do mandamento constitucional de promoção dos interesse dos consumidores.

3.2.1 Enfrentamento de Cláusulas Abusivas

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) reduz o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, impondo normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato e garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual.

Passa-se pelas características gerais das cláusulas abusivas, demonstrando que o CDC absteve-se de uma definição legal, mas a indicia em casos expressos (art. 53), ou deixando-a para determinação através da jurisprudência através de

¹¹⁶ XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: O valor da ética no controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 81, 2012, p. 131.

¹¹⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre: v.95, set. 2004, p. 144.

¹¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 903

cláusulas gerais (art. 51, IV) ou presumindo tal abusividade em alguns casos e práticas (arts. 39 e 51), e como estariam presentes nos contratos de plano de saúde, merecendo o rechaço da ordem legal. Deve ser traçado um paralelo entre a abusividade detectada em algumas cláusulas contratuais e a figura do abuso de direito.

Para definição da abusividade, é possível buscar respaldo em obra de Cláudia Lima Marques¹¹⁹:

[...] dois caminhos podem ser seguidos: uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais com a figura do abuso de direito, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado das finalidades sociais de um poder (direito) concedido a um agente; ou uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com paradigmas modernos, como a boa-fé objetiva ou a antiga figura da lesão enorme, como se seu elemento principal fosse o resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave sofrido objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido no contrato.

O abuso de direito, para Cláudia Lima Marques¹²⁰ pressupõe a existência do direito, logo a atividade inicial é lícita, pois aquele que usa seu direito não prejudica em princípio outros, todavia, o titular do direito ultrapassaria os limites ou deturparia a finalidade do direito que lhe foi concedido. A reação do direito seria o de negar efeitos àquela vontade declarada através do exercício abusivo de um direito, com a desconsideração prática do direito assim exercido, a invalidade e ineficácia da cláusula e a sanção do abuso, havendo o reequilíbrio da situação assegurando a volta ao *statu quo ante*.

A finalidade do contrato é a realização dos interesses legítimos das partes, conforme defendido por Heloísa Carpena¹²¹. Seria este o standard introduzido pelo CDC, vinculando o contrato a uma função social, sendo o objeto da tutela a proteção da confiança, visando a realização das legítimas expectativas das partes contratantes. Desta forma, para Carpena, o intervencionismo não teria a intenção de afastar a noção de liberdade contratual, mas garantir e preservar a principal função do contrato, que seria servir de instrumento de segurança das expectativas,

¹¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 935.

¹²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 937.

¹²¹ CARPENA, Heloísa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 115.

não servindo o contrato, somente a finalidades econômicas e individuais, mas se prestando a finalidades sociais e morais, de forma a preocupar-se com os efeitos provocados na sociedade.

O legislador brasileiro, afirma Cláudia Lima Marques¹²², preferiu instituir uma lista no artigo 51 do CDC, sancionando todas as cláusulas ali descritas com a nulidade absoluta, praticamente escondendo a norma ou cláusula geral no inciso IV do artigo 51, complementado pelo disposto no § 1º deste artigo. Teria então a doutrina concluído que a nulidade dos artigos 51 e 43 seria uma nulidade cominada de absoluta, como indicaria o artigo 1º do CDC e reforça o art. 7, caput deste diploma legal. Isto seria resultado por se tratar de um sistema de proteção ao consumidor, havendo interesse público na proteção (art. 5, XXXII da CF/88 e art. 48 do ADCT) de seus direitos contra abusos contratuais.

A lista de cláusulas abusivas previstas no artigo 51 do CDC é exemplificativa, devendo ser observado que pelo artigo 51, § 2º, a nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes, conforme se observa da análise jurisprudencial:

AGRAVO. APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE NOVO HAMBURGO - IPASEM. PACIENTE COM NEOPLASIA MAMÁRIA, SEQUELAS DE AVC, TROMBOSE PROFUNDA E ÚLCERAS. NECESSIDADE DE HOME-CARE. MANUTENÇÃO. RESPONSABILIDADE DO DEMANDADO. SÚMULA 302 DO STJ. LAUDO DO DMJ. O direito à saúde é assegurado a todo cidadão por força do art. 196 da Constituição Federal. O Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Novo Hamburgo - IPASEM possui o dever de prestar assistência médico-hospitalar a seus beneficiários, na forma da Lei Municipal nº 154/92. Demonstrada a necessidade de manutenção de serviço de "home care" à paciente, portadora de neoplasia mamária, sequelas de AVC, trombose profunda e úlceras, dentre outras enfermidades, devidamente atestadas, deve a autarquia arcar com os custos respectivos, mantendo a cobertura, não podendo impor limitação temporal, observado o grave estado da demandante. "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado." (Súmula 302 do STJ). Precedentes do TJRS. Existência de laudo clínico do DMJ confirmando a necessidade de internação domiciliar. Agravo desprovido.¹²³

¹²² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 942.

¹²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo nº 70055497879, da Vigésima Segunda Câmara Cível. Agravante: Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Novo Hamburgo Agravado: Lory Lustoza. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre. Julgado em: 08 de agosto de 2013. Disponível em: tjrs.jus.br>. Acesso em: 5 de junho de 2013.

Na situação acima exposta, a agravante, funcionária pública municipal carecia de internação domiciliar, mas alegava o Fundo de assistência aos funcionários que a paciente necessitava de assistência domiciliária e não de internação domiciliar. Alegava ainda o Instituto, que o segurado deveria pagar na íntegra as despesas relativas à internação domiciliar, valendo-se de uma resolução aplicável ao contrato.

Ao analisar a situação, o desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro se manifestou no sentido de que a conduta da instituição requerida não se justificaria na medida em que todos os laudos médicos apontavam a necessidade da manutenção do serviço até então prestado, mormente quando a paciente registra idade avançada e saúde extremamente comprometida. Justificava o Instituto a obrigatoriedade da inscrição no plano de saúde, com o respectivo desconto compulsório, o que foi rechaçado pelo Desembargador por estar a desbordar do texto constitucional, uma vez que o art. 149, § 1º, da Constituição Federal, não permite que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam instituir contribuição cobrada de seus servidores para o custeio de assistência à saúde, uma vez que há previsão expressa apenas de cobrança de contribuição para o custeio de regime previdenciário, observada a redação dada pela EC 41/03, como também não permitia o parágrafo único do mesmo artigo, em face do disposto da EC 20/98, posteriormente modificado pela EC 41/03. Assim, restou afastada a restrição de que a autarquia efetuasse cobrança compulsória dos segurados, visando ao custeio de assistência à saúde, uma vez que o ente público não tem competência para tanto. Desta forma, restou derrubada a cláusula que impedia os efeitos dos contratos, qual seja, a necessidade de pagamento por parte do segurado para cobertura do IPASEM, mas restou garantido os efeitos buscados quando da contratação: a garantia de segurança ao aderente.

APELAÇÃO. VENDA CASADA. SERVIÇOS DE INTERNET E DE TV A CABO POR ASSINATURA. 1.Incidência do Código de Defesa do Consumidor no caso concreto, embora celebradas as avenças por pessoas jurídicas, mas expostas às práticas previstas no diploma legal, porque consumidora final (art.29). 2.Restou configurada prática abusiva da NET ao vincular obrigatoriamente a contratação do serviço de TV a cabo como condição para a contratação do serviço de internet VIRTUA, que era o que realmente interessava aos demandantes. Essa prática, expressamente vedada pelo artigo 39, I do Código Consumerista, configura-se como vedação coerente com o disposto no artigo 6º., inc. II, que estatui ser um

dos direitos básicos do consumidor a liberdade de escolha nas contratações. Havendo abusividade na contratação, é de ser reconhecida a invalidade da cláusula que impôs a contratação complementar do serviço de TV a cabo para escritório de advocacia, como condição para a disponibilidade do serviço VIRTUA (art. 51, IV). Sentença mantida. Apelo improvido¹²⁴.

A integração, no entender de Cláudia Lima Marques¹²⁵, seria a dos efeitos do negócio, recorrendo o juiz a normas supletivas ou dispositivas do ordenamento jurídico, sendo entretanto, as nulidades absolutas do artigo 51 do CDC, caracterizadas por não serem sanáveis pelo magistrado, passando a relação contratual naquele aspecto, a ser regida pela lei. Entretanto, esta modificação, chamada redução de eficácia originada na doutrina alemã, que prevê a ineficácia de uma cláusula abusiva e não sua nulidade absoluta, só poderia ocorrer se a cláusula não se enquadrasse no artigo 512 como cláusula abusiva. Enquadrada, defende Cláudia Lima Marques que seria hipótese:

de o juiz recorrer, no caso de nulidade da cláusula, não só à lei supletiva, mas ao próprio contrato, interpretando a vontade das partes para praticamente criar uma nova cláusula válida. Note-se que, pelo artigo 47 do CDC, uma interpretação integrativa, em que o juiz procurar retirar das outras cláusulas e do contexto do contrato a disposição que falta, poderia ser considerada pró-consumidor, e portanto, adaptada ao sistema do CDC [...] De um lado, é direito do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas (art. 6º, IV), proteção esta que está assegurada pelas regras dos arts. 30 a 54, incluindo as regras específicas sobre a nulidade absoluta das cláusulas abusivas. De outro, institui o art. 6º, em seu inciso V, uma exceção no sistema, reconhecendo o direito do consumidor de requerer ao Judiciário a modificação de um tipo de cláusula contratual específica, a do preço ou de outra prestação a cargo do consumidor, sempre que se consubstanciarem circunstâncias especiais, não previstas.

A norma insculpida no artigo sexto não exige que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, exige apenas a quebra da base objetiva do negócio, destruindo a equivalência entre prestações, desaparecendo assim, o fim essencial do contrato.

¹²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70017649484, Décima Segunda Câmara Cível. Apelante: Net Sul Comunicações Ltda. Apelado: Naxus Projetos em Sistemas de Informação Ltda. Relator: Orlando Heemann Júnior. Porto Alegre. Julgado em 28/06/2007, Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 5 de junho de 2013.

¹²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 946-947

Alinha-se a tal entendimento Bruno Miragem¹²⁶, para quem a noção de imprevisibilidade se vincula, por força da função social dos contratos, não a um dever geral de reconhecimento do que seja previsível, mas ao contrário, pela avaliação concreta, do indivíduo, sobre suas condições de prever ou não o fato que ensejará o desequilíbrio.

Para Bruno Miragem¹²⁷, sobretudo nos contratos cativos de longa duração, nos quais se assinala uma relação de dependência fática ou presumida do consumidor em relação ao contrato, surge uma autêntica obrigação de renegociar este contrato, de forma que tanto consumidor quanto fornecedor que não deixa de usufruir as vantagens do contrato reequilibrado, devendo ser retirado somente o se configurar como desvantagem exagerada.

Desta forma, como bem apanha Cláudia Lima Marques¹²⁸, a declaração ex officio da nulidade das cláusulas abusivas possuem como elementos a) a natureza de ordem pública (sendo imperativas, de interesse social e indisponíveis aos privados); b) a natureza de caráter absoluto que é prevista nas normas do CDC (arts. 24, 25, 52, 53 e 54); c) a função social dos contratos de consumo, pois se a cláusula abusiva serve à função individual dos fornecedores, não pode ser de acordo com a função social dos contratos aproveitar-se desta nulidade absoluta.

Observa Bruno Miragem¹²⁹:

a determinação da lei como de ordem pública, revela um status diferenciado à norma que ao expressar espécie de ordem pública de proteção em razão da vulnerabilidade reconhecida ao consumidor, embora não a torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um caráter preferencial. De outra parte, na medida em que realiza o conteúdo de um direito fundamental, de matriz constitucional, retira da esfera de autonomia privada das partes a possibilidade de derogá-la (norma imperativa).

Desta forma, a nulidade das cláusulas abusivas previstas no CDC são absolutas, sendo regra imperativa e indisponível, não podendo ser sanada pelas partes nem pela passagem do tempo, devendo ser declaradas ex officio pelos magistrados.

¹²⁶ MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 56, p.22-45, out./dez. 2005. p. 43.

¹²⁷ MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 56, p.22-45, out./dez. 2005. pág. 44.

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 955.

¹²⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 45.

3.2.2 As Cláusulas Abusivas e Contratos Cativos

A abusividade nas cláusulas encontra-se na violação de um dever de conduta imposto pela boa-fé ou através da autorização contratual para uma prática que viole a boa-fé objetiva. Desta forma, as cláusulas que violam deveres principais de prestação ou deveres impostos pelo CDC, violam deveres de cooperação, violam deveres anexos de informação ou que violam deveres anexos de cuidados, enquadram-se como cláusulas abusivas, como propagado por Cláudia Lima Marques¹³⁰.

Desta forma, da análise dos artigos 51 e 53 ficariam proibidas, sob pena de nulidade, três espécies de cláusulas, que passam a ser analisadas: as que impossibilitem, exonerem ou atenuem ou impliquem em renúncia dos novos direitos do consumidor instituídos pelo CDC, as que criam determinadas vantagens unilaterais ao fornecedor e as cláusulas surpresas, não ficando à margem a cláusula geral de boa-fé e equilíbrio do inciso IV do artigo 51 do CDC.

O inciso IV do art.51 do CDC combinado com o §1º deste artigo, para Cláudia Lima Marques, constituiria no sistema do CDC, a cláusula geral proibitória da utilização das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. A autora¹³¹ vai além:

O inciso IV, [...] proíbe de maneira geral todas as disposições que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. As expressões utilizadas, boa-fé e equidade, são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao Juiz - caberá portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, escondida no inciso IV do art. 51, a almejada justiça e equidade contratual. [...] o CDC, ao coibir a quebra da equivalência contratual e considerar abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, está a resgatar a figura da lesão enorme e a exigir um dado objetivo de equilíbrio entre as prestações.

Estes critérios servem para proteção das legítimas expectativas criadas pelos diversos tipos de contrato, sendo de grande valia na aplicação nos contratos cativos de longa duração. Como debatido por Cláudia Lima Marques¹³², reduzindo a jurisprudência o grau de disponibilidade dos direitos oriundos dos contratos,

¹³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 962.

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 972

¹³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 974.

obteve-se a determinação de que um núcleo mínimo deve ser mantido, por estarem incluídos na natureza do contrato, valendo-se do artigo 51, inciso I e III do § 1º que proíbe cláusulas que asseguram vantagens excessivas para o fornecedor e são excessivamente onerosas para o consumidor, tomando-se por base a natureza do contrato.

Nesta linha, segue Bruno Miragem¹³³, ao afirmar que a função social do contrato introduz as noções de igualdade contratual, e por conseguinte, de equilíbrio contratual, o que estaria fundamentando as hipóteses de revisão ou mesmo de renegociação do pactuado em consideração ao princípio da equivalência das prestações, mas igualmente em razão da relevância social que possuem determinados contratos na sociedade contemporânea, como os contratos cativos de longa duração.

Como exemplos, a vedação de que em um contrato bancário o consumidor proprietário dos valores depositados tenha de pagar para movimentar estes valores através de boleto bancário, uma vez que estaria incluído na natureza normal do contrato de depósito o acesso aos valores depositados, por não haver transferência de propriedade, ou ainda, cláusula de plano de saúde que permite mudar a forma de atendimento em hospital não credenciado, limitando a tabela antes não existente, ou em contrato de estacionamento em que o fornecedor se exonera pelo ressarcimento dos danos causados por incêndio.

A consideração da abusividade deste tipo de cláusula está em que sua existência impossibilitariam o consumidor de atingir o esperado com o contrato que firmou, desprotegendo as suas expectativas legítimas, os seus interesses básicos, quando aceitou obrigar-se.

Esta norma geral positivada no CDC conduziu a jurisprudência a examinar o conteúdo de todos os contratos de consumo, para decretar a nulidade absoluta das cláusulas conflitantes com os critérios de boa-fé e equilíbrio nos contratos entre consumidores e fornecedores. Passa-se a partir deste momento, a realizar-se a análise das cláusulas identificadas como abusivas pela jurisprudência.

¹³³ MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 56, p.22-45, out./dez. 2005. pág. 32-33.

3.2.3 Cláusulas de Exclusão ou Limitação da Responsabilidade Contratual

Já foi visto que a abusividade das cláusulas do contrato de consumo, e em especial dos contratos cativos de longa duração, seria a violação de um dever de conduta imposto pela boa-fé ou que autorizem contratualmente uma prática abusiva que viole a boa-fé objetiva.

Estas cláusulas regulam e limitam ora a realização ora a frustração da finalidade do contrato, regulando ora o cumprimento, ora o efeito do descumprimento das obrigações assumidas.

As cláusulas de exclusão da responsabilidade contratual e extracontratual, são contrárias a normas do CDC, devendo ter sua nulidade absoluta declarada ex officio. Nos termos do art. 25 do CDC, fica vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista na seção sobre vícios do produto ou serviço (Seção III) seja nas seções sobre fato do produto ou serviço, ao impor a noção de defeito superando a noção de culpa e impondo uma qualidade/segurança mínima (Seção II) e sobre a qualidade dos produtos e serviços, prevenção e reparação de danos, que superando a ideia de culpa ou de caso fortuito, impõe deveres de informação sobre a periculosidade e mesmo o dever de reparar ou substituir os produtos (Seção I). O dever de indenizar imputada pelo CDC ao fornecedor nestas seções não pode ser afastada por cláusula contratual, tendo a proibição do artigo 25 sido complementado com a norma do artigo 51, I, norma geral sobre cláusulas abusivas que combate as cláusulas que exonerem a responsabilidade por vícios de qualquer natureza ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.¹³⁴

Outro exemplo seria a cláusula que exonerar o fornecedor do dever de informar do artigo 33 do CDC (vendas a distância) ou exonerá-lo da responsabilidade pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, imposta de forma expressa como responsabilidade solidária no artigo 34, o que a tomaria por causa abusiva no sentido do artigo 51, I do CDC.

A exemplificar, a demanda em que o autor celebrou contrato de compra e venda de uma motocicleta Suzuki GSXR1000, junto à concessionária autorizada Godzuki da de fabricante de motos Suzuki. Transcorrido 60 dias, não foi cumprida

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 981-982.

a obrigação de entrega do bem. O autor moveu a ação contra a concessionária Godzuki e a fábrica J. Toledo da Amazonia, que produzia as motos. Em contestação, a empresa J. Toledo alegava ser a única representante das motocicletas Suzuki no Brasil, tendo a concessionária Godzuki sido fechada. Referia a empresa J. Toledo possuir atividade distinta da segunda demandada uma vez que fabricava e comercializava as motocicletas, enquanto a Godzuki comercializava motocicletas usadas e novas. Alegou que a Godzuki nunca foi sua representante comercial, apenas concessionária, não havendo o que se falar em responsabilidade solidária entre as rés, sendo a concessionária a única responsável por seus atos.

A solução conferida em sede judicial foi de que se tratando de matéria consumerista, a interpretação a ser dada à situação em exame deve ser em favor do consumidor, e que a cadeia de fornecedores de produtos perante o consumidor enseja a responsabilidade solidária, com a ré J. Toledo da Amazônia Indústria e Comércio de Veículos LTDA sendo igualmente responsável pelo danos causados ao autor, uma vez que fabricante e distribuidora do produto objeto do contrato de compra e venda com a concessionária. Entendeu ainda o julgador que a ré J. Toledo da Amazônia Indústria e Comércio de Veículos LTDA, ao deparar-se com fatos semelhantes ao dos autos, enviou à concessionária Godzuki, primeira demandada, o comunicado onde lhe fora informado que procederia a rescisão do contrato de concessão comercial por justa causa, pelo que se depreende, inúmeras foram as reclamações movidas por consumidores em face da concessionária, ora ré, quanto à aquisição de motocicletas e demora ou não na entrega destas. Da situação resultou a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA DE VEÍCULO. NÃO ENTREGA. FORNECEDOR. SOLIDARIEDADE. DANO MORAL. Os fornecedores respondem de modo solidário, em face de dano causado ao consumidor pelos seus prepostos ou representantes, a teor do art. 34 do CDC. Na espécie, o consumidor pagou pelo veículo, que não foi entregue. O dano material deve ser comprovado. No caso, o valor pago deve ser restituído. A violação do direito da personalidade motiva a reparação do dano moral. O dano moral deve ser estabelecido com razoabilidade, de modo a servir de lenitivo ao sofrimento da vítima. Apelação da ré não provida. Adesivo do autor provido¹³⁵.

¹³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70047169248, Décima Câmara Cível. Apelante: J. Toledo da Amazonia Industria e Comerciod e Veiculos Ltda. Apelado: Fernando

Em outro julgado, a fundamentação igualmente se alinhou com o artigo 34 do CDC, demonstrando um entendimento pacificado. Na ocasião, houve um pedido de rescisão contratual pela autora, posteriormente cancelado, tendo a empresa demandante optado por permanecer vinculada à operadora de telefonia. Entretanto houve geração e uma multa contratual por erro sistêmico da ré, pagamento do qual se obrigou a empresa intermediadora da venda dos planos, em que os representantes da vendedora reconheceram o equívoco e assumiram a obrigação de pagar o valor da cláusula penal, que ocorreu, entretanto, apenas parcialmente, gerando cobrança nas contas mensais regularmente adimplidos.

Na solução da lide, o desembargador relator valeu-se do ensinamento de Bruno Miragem¹³⁶:

O parágrafo único do art. 7º traz a regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e serviços. Aqui a ideia geral é o direito de ressarcimento da vítima consumidor (art. 6º, IV, c/c art. 17 do CDC), uma vez que o microsistema do CDC geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independente de culpa (art. 12, 13, 14, 18, 20 do CDC). O CDC permite assim a visualização da cadeia de fornecimento através da imposição da solidariedade entre os fornecedores. [...] **Segundo o parágrafo único do art. 7º, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo**, disposição que vem repetida no art. 25, § 1º.

O parágrafo único do art. 7º traz a regra geral sobre a solidariedade na cadeia de fornecedores de produtos e serviços. [...] **O CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço [...]** A consequência da norma do art. 34 é que os deveres do boa-fé, de cuidado, de cooperação, de informação, de transparência, de respeito à confiança depositada pelos consumidores serão imputados a todos estes fornecedores diretos, indiretos, principais ou auxiliares, e caberá a escolha, contra quem acionar ou a quem reclamar, somente ao consumidor.

A decisão analisada resultou na seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA E REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. TELEFONIA. COBRANÇA INDEVIDA MULTA RESCISÓRIA. RESPONSABILIDADE DA FORNECEDORA PELOS ATOS DE SEUS REPRESENTANTES AUTÔNOMOS. A cobrança indevida da multa rescisória é questão incontroversa nos autos, na falta de insurgência especificada da ré a respeito do tema, em sua defesa. Ainda que a cobrança tenha decorrido de erro da intermediadora de vendas do

Carlos Moi. Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 01/08/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 5 de junho de 2013.

¹³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 314 e p. 708 In Apelação Cível Nº 70047169248, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 01/08/2013.

plano de telefonia, a requerida responde solidariamente por tal ato, nos termos dos arts. 7º, parágrafo único, e 34, do Código de Defesa do Consumidor. Reforma da sentença, no ponto. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO. [...] Desnecessidade de que haja comprovação de má-fé do credor. Precedentes desta Corte. Sentença modificada, no tópico. SUSPENSÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO¹³⁷.

Em que pese as decisões colacionadas, não veda o CDC as cláusulas de limitação de responsabilidade contratual, uma vez que o próprio artigo 51, I, em sua segunda fase, prevê a validade da cláusula de limitação da responsabilidade entre pessoas jurídicas, enquanto o artigo 54, § 4º do CDC indica dever de destaque na redação de contratos de adesão contendo cláusulas que limitem direitos dos consumidores.

Outra possibilidade de inclusão de cláusulas limitativas da responsabilidade do fornecedor autorizadas pelo CDC encontra amparo no artigo 18, em seus parágrafos 1º e 2º, devendo imperativamente, estar convencionada em separado por meio de manifestação expressa do consumidor, exigindo que se chame a atenção ara tal cláusula, não se aceitando, simplesmente, o negrito.

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REPETIÇÃO SIMPLES DOS VALORES PAGOS A MAIOR. EXAME E TRATAMENTO OFTALMOLÓGICO. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. DEVER DE INFORMAR. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DECENAL. [...] 2.O contrato de seguro ou plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte da seguradora. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. [...] 4.A cláusula contratual que determina o acréscimo na mensalidade após o beneficiário completar 70 anos não indica os critérios utilizados para determinar o reajuste em valor tão vultoso, aumento que se implementou em apenas um mês, rompendo com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC, inviabilizando a continuidade dos contratos a segurados nessa faixa etária. 5.O consumidor tem o direito de prever qual será a amplitude do aumento dos preços, que deve ser realizado de forma eqüitativa entre os contraentes, em especial nos contratos de prestações sucessivas, como é o caso dos autos. Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC, reconhece-se a impropriedade do aumento da mensalidade por implemento de idade. [...] Da cobertura do exame e do tratamento oftalmológico 8.Não há qualquer referência expressa no contrato entabulado entre as partes de exclusão de cobertura do exame de tomografia de coerência óptica, bem como da terapia anti-angiogênica intra-vítrea. 9.Restrições de direito devem

¹³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70055045215, Décima Câmara Cível. Apelante: Claudino Lunardelli. Apelado: Tim Celular S.A. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 01/08/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 22 de setembro de 2013.

estar expressas, legíveis e claras no contrato, o que não ocorreu no caso em tela, em afronta ao dever de informar consagrado na legislação consumerista. Ressalte-se que a vedação de cobertura não consta taxativamente no contrato, e cláusulas restritivas de direito não dão margem a interpretações extensivas. 10.A omissão no contrato quanto à exclusão de cobertura deve ser interpretada de forma favorável ao consumidor, uma vez que a negativa do apelante não se pautou em determinação contratual. Inteligência do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor¹³⁸.

A tendência atual, como sinaliza Cláudia Lima Marques¹³⁹

é de considerar os deveres anexos incluídos entre as obrigações contratuais pactuadas, constituindo assim, uma garantia legal e indisponível de segurança e adequação mínima, de uma boa-fé standard na prestação do serviço ou no fornecimento do produto. Se violado este novo conteúdo contratual, não pode o fornecedor se desresponsabilizar por previsão contratual expressa a respeito. [...] Neste caso a base para a declaração de abusividade e da ilicitude da cláusulas de irresponsabilidade eventualmente presente na relação contratual básica pode ser tanto a fonte constitucional e o artigo 6, VI do CDC, quanto seu artigo 51, I ou IV, este a cláusula geral de boa fé do Código.

Assim, a cláusula que impõe uma forma especial para o exercício dos direitos do consumidor, forma não prevista em lei, para Cláudia Lima Marques¹⁴⁰ é limitativa da responsabilidade do fornecedor, uma vez que este só responderá se o consumidor seguir exatamente a forma prevista no texto contratual. Na falta de previsão expressa, estas cláusulas devem ser consideradas ofensivas aos ditames da boa-fé, acarretando desvantagem excessiva para o consumidor, devendo ser invocado o artigo 51, IV do CDC.

3.2.4 Cláusulas de Limitação da Obrigação

Uma vez que há a necessidade de manutenção do sinalagma durante todo o período de desempenho dos efeitos da relação contratual, haverá de ser enfrentada a problemática ocasionada pela incorporação de novas tecnologias e o custo de manutenção nos contratos cativos de longa duração. A inserção de novas tecnologias, mais modernas e refinadas, poderá ensejar o aumento das

¹³⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70055097638, Quinta Câmara Cível. Apelante: Valmir Dasso Fernandes e Nancy Maria Lemelle Fernandes. Apelado: UNIMED Porto Alegre – Soc. Coop. Trabalho Medico Ltda. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/07/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 14 de agosto de 2013.

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 986.

¹⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 988.

contraprestações e se o consumidor deverá se sujeitar a este aumento. Quanto a tal situação, se manifesta Ricardo Lorenzetti¹⁴¹:

planteado el conflicto, el derecho debe responder tratando de lograr la adaptabilidad de los cambios en una relacion de equivalencia. Ello significa que tratandose de un vínculo contractual y de base conmutativa, es preciso que esas modificaciones no alteren la relación de cambio. Por ello, deben ser incorporados preservando la relación de equivalência deseñada en la celebracion del contrato.

Para o mencionado autor, se a troca é tal que altera a causa do negócio porque estaria a afetar a qualidade, comprometendo de modo substancial o objeto do contrato, estaremos diante de uma abusividade. Entende Lorenzetti que haveria de ser verificado através do contratante médio, se este sujeito seria levado a contratar com base nos acréscimos tecnológicos, uma vez que estes acréscimos é que definiriam se o objeto perseguido pelo consumidor seria alcançado.

José Tadeu Neves Xavier¹⁴² entende que a inserção de novas tecnologias não poderia representar por si só, motivo justo para aplicação de reajustes que elevassem excessivamente o valor contratado. Para o doutrinador, há de ser analisado a necessidade de manutenção do sinalagma funcional da relação contratual. O dever de atualização tecnológica do objeto contratado exigiria do fornecedor que mantenha apegado a busca constante de modernização do objeto do contrato, uma vez que faria parte da expectativa criada no momento da contratação e por consequência, estaria a integrar o contrato.

Estas cláusulas são muito presentes em contratos de planos e seguro-saúde e de assistência médico hospitalar, limitando a prestação dos serviços em relação a determinadas doenças ou espécies de doenças, seja a determinados dias de internação, número de consultas, espécies de consultas.

O conteúdo dos contratos deverá sempre representar o resultado da combinação de vontades que possibilita a formação do vínculo negocial, devendo o conteúdo do contrato ser claramente conhecido pelas partes, de forma a possibilitar que haja a projeção das expectativas negociais para o futuro com razoável grau de

¹⁴¹ LORENZETTI, Ricardo. El objeto y las prestaciones en contratos de larga duracion: a propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministros y asistencia. **Suplemento La Ley**, ano LXI, n. 167, p. 02.

¹⁴² XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre: v.95, set. 2004, p. 146

segurança, no entender de José Tadeu Neves Xavier¹⁴³. Para o doutrinador, a dinâmica dos contratos desta natureza possibilita a realização de certas mutabilidades, desde que respeitada a manutenção do equilíbrio contratual. Já a inserção de cláusulas contratuais possibilitando a alteração unilateral das condições de contratação, estaria em desacordo com a função socioeconômica do contrato, pois tornaria alguém vinculado a um contrato que não representaria os legítimos interesses negociais, devendo ser repudiada com fundamento no princípio da boa-fé.

Neste sentido Luis Renato Ferreira da Silva¹⁴⁴:

dentre os efeitos supramencionados, interessa no caso das cláusulas abusivas, ver-se a eficácia negativa da incidência da boa-fé, ou seja, a imposição de limites. As várias modalidades de limitação possíveis fundam-se na proibição genética de abuso de uma posição jurídica. Agindo de boa-fé, um contratante não poderia abusar de uma determinada situação fática que o colocasse em superioridade manifesta frente a outro contratante.

Para José Tadeu Neves Xavier¹⁴⁵ a garantia da manutenção da comutatividade do contrato estaria na exposição de seu texto de critérios objetivos para eventuais alterações de conteúdo, o que levaria a que as modificações fossem mantidas como resultado da combinação de vontades dos contratantes, não prejudicando a engenharia do contrato.

3.2.5 Cláusulas que Violam Deveres Anexos de Cooperação

A cooperação se faz ausente quando ao consumidor é obrigado a enfrentar a obstrução ao acesso à prestação contratual (com reabertura de carências, desconsideração do cumprimento substancial pelo atraso de apenas uma prestação) que o impede de alcançar suas legítimas expectativas e interesses quando estabeleceu uma relação de catividade, sendo o consumidor forçado a um distrato ficto induzindo ao fim do vínculo pela criação de barreiras contratuais, nas palavras de Cláudia Marques¹⁴⁶.

¹⁴³ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre: v.95, set. 2004, p. 147

¹⁴⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cláusulas Abusivas: natureza do vício e decretação de ofício, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: vol. 23-24, pág. 127

¹⁴⁵ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre: v.95, set. 2004, p. 147.

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1064.

Passa-se agora, a verificar algumas cláusulas que merecem preocupação, uma vez que suas existências configuram uma séria ameaça aos objetivos perseguidos principalmente nos contratos cativos de longa duração, por irem minando a força do consumidor ao passar do tempo, fazendo com que ele não logre alcançar o objetivo almejado.

3.2.6 Cláusulas de Liberação ou Fim de Vínculo

O sistema resolutório clássico tem como modelo os contratos comutativos imediatos, em que inadimplente uma das partes, a tendência da ciência do direito é autorizar a outra parte a extinguir o contrato ou denunciá-lo por graves motivos, fazendo com que as coisas retornem ao estado anterior, e como defende Cláudia Lima Marques¹⁴⁷, apoiado na idéia de que não se pode obrigar alguém a manter vínculos contratuais que não mais lhe convêm por culpa ou inadimplência do outro, a manter vínculos contratuais eternos.

Todavia, nos contratos cativos de longa duração, há o envolvimento da expectativa de proteção dos riscos da sociedade moderna, a busca da expectativa de segurança e conforto para o consumidor e sua família. Neste tipo de contrato, Cláudia Lima Marques¹⁴⁸ sinaliza que resta inadequado o sistema de liberdade de resolução porque a retroatividade não tornará as coisas como eram já que o risco já ocorreu, estando presente outra fase da vida, como nos casos do contrato de seguro-saúde ou de aposentadoria privada, o que faria com que a liberação do vínculo seria uma penalidade em si para a parte mais vulnerável da relação.

Na visão de Cláudia Lima Marques¹⁴⁹, ao elaborar cláusulas resolutórias, o fornecedor está limitado pelo artigo 54, §2º do CDC pelo qual tais cláusulas só serão permitidas se alternativas, cabendo a escolha ao consumidor e não ao fornecedor de serviços. Desta forma, nos contratos cativos, o CDC impede a rescisão mesmo com causa, pelo fornecedor, transferindo a decisão para o consumidor que poderia optar pelo aumento das prestações, pela sanção de seu

¹⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1093.

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1093.

¹⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1095

inadimplemento ou até mesmo por alguma modificação de seu plano para adaptá-lo às novas circunstâncias, mas optando, ao mesmo tempo, pela manutenção da relação jurídica de consumo. Tal decisão, para a autora, decorre de que os contratos cativos de longa duração, de execução sucessiva e protraída, traz expectativas baseadas na confiança, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, uma vez que a satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor depende da continuação da relação jurídica, fonte das obrigações.

É o caso, para Cláudia Lima Marques¹⁵⁰, dos contratos de planos de saúde, em que há a preocupação de que não poderá haver cláusulas que permitam a rescisão unilateral ou por qualquer modo subtraia sua eficácia ou validade, além das situações previstas em lei, de forma que nas relações contratuais de longa duração, reconhece-se os interesses, objetivos e expectativas legítimas dos consumidores, que os levaram a se vincular e a pagar durante anos os prêmios dos seguros-saúde, e que poderiam vir a ser frustrados se permitidas cláusulas resolutórias/rescisórias unilaterais.

A Lei 9.656/1998, que trata dos planos de saúde, revela esta preocupação em seu artigo 13, onde consta a previsão automática da renovação dos contratos, estabelecendo um prazo mínimo de vigência, vedando expressamente a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, nos últimos 12 (doze) meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência (artigo 13, parágrafo único, II), sendo vedada ainda a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular (art. 13, parágrafo único, III).

Alerta Cláudia Lima Marques¹⁵¹ que nas situações em que o fornecedor envia correspondência ao consumidor comunicando a mudança de planos, a extinção de um plano, o aumento nas contribuições, a mudança no índice de cálculo e especifica que o consumidor deve assinar o comunicado para extinguir com seu contrato anterior, sob pena de perder tudo o que pagou e ter de enfrentar

¹⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1097.

¹⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1098.

novas carências de planos concorrentes ou ficar vinculado a novo plano com novas condições impostas unilateralmente, não está presente o consenso, sendo um distrato contrário a boa-fé, fraudando a lei ao afastar a aplicação das normas do CDC que garantem a indisponibilidade dos novos direitos do consumidor, permitindo a variação unilateral do conteúdo do contrato, das prestações e do preço.

Conforme Cláudia Marques¹⁵², o tempo deve ser entendido nas relações de consumo como a favor do consumidor, pois, se está adimplindo o seu contrato de consumo cativo e de longa duração ano após ano, deverá ser protegido de forma especial. Entende a autora que não podendo unilateralmente rescindi-lo, por proibição expressa dos parágrafos do art. 54 do CDC, tem direito a renová-lo, mesmo idoso.

Para Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁵³, todos os contratos assinados por consumidores, ainda que anteriores a vigência do CDC, terão de ser analisados à luz do CDC, por serem contratos diferidos e de execução continuada, implicando em prestação de serviços contínuos, que se propagam no tempo. Soma-se a isto, que o CDC seria aplicável porque havendo a identificação de cláusulas abusivas, nunca poderia ser consideradas como representação do ato jurídico perfeito.

Nesta linha as decisões:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. CANCELAMENTO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO CONTRATO COMO ANTERIORMENTE PACTUADO. 1.O contrato de seguro tem o objetivo de garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer à condição suspensiva, consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco. Em contrapartida a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado. Inteligência do art. 757 do Código Civil. 2.Igualmente, é elemento essencial deste tipo de pacto a boa-fé, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas, nos termos do art. 422 da atual legislação civil. [...]. 5. O litígio em exame versa sobre o reconhecimento da ilegalidade da não renovação da apólice de seguro, bem como da abusividade da cláusula que prevê a resolução unilateral por parte da seguradora. Situações precitadas que rompem com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC. 6.A estabilidade das cláusulas

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 682.

¹⁵³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: n. 49, jan/março, 2005, p. 126-129.

contratuais a que está submetido o consumidor deve ser respeitada, em especial nos contratos de prestações sucessivas, como é o caso dos autos. Inteligência do artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC. 7.O seguro constitui pacto de trato sucessivo e não temporário, o que implica certa continuidade nesta relação jurídica cativa. Se mantidas as mesmas condições da época da contratação, as suas disposições não devem ser alteradas unilateralmente pela seguradora. Inteligência do art. 801, § 2º, do Código Civil 8.A comunicação tempestiva não é o único requisito a ser preenchido para não se efetivar a renovação do pacto. Como visto anteriormente, a correspondência com os novos termos de contratação ao consumidor é abusiva, não merecendo qualquer consideração as informações nela contida, acerca da extinção dos contratos. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria.¹⁵⁴

No julgado em questão, a seguradora cancelara pacto securitário (ainda que tenha oferecido nova contratação), firmado há mais de 10 anos por impossibilidade de renovação em face de nova regulamentação.

Entendeu o Relator, Desembargador Jorge Luiz do Canto, que quando a seguradora emite a apólice de seguro, onde consigna um valor para o capital indenizatório, ela passa a garantir os riscos até àquele montante, sendo o valor do prêmio calculado tomando-se por base o capital indenizatório, de sorte que há uma proporcionalidade entre o que é cobrado do segurado e o que deverá ser indenizado, em caso de ocorrência do sinistro. A correspondência enviada à parte segurada dando conta do cancelamento do contrato, rompeu com o equilíbrio contratual, no entender do eminente Desembargador, ante a possibilidade de rescisão unilateral do pacto, caso não fosse aceita a nova condição para a avença, desassistindo a parte segurada e a justa expectativa de prosseguir com o segurado contratado, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC.

Conforme se verifica na gênese dos contratos cativos de longa duração, a estabilidade das cláusulas contratuais a que está submetido o consumidor deve ser respeitada, em especial nos contratos de prestações sucessivas. Como o seguro constitui pacto de trato sucessivo e não temporário implica certa continuidade nesta relação jurídica cativa. Logo, se mantidas as mesmas condições da época da contratação, as suas disposições não devem ser alteradas unilateralmente pela ré,

¹⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 70055088009**, do Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Embargante: Prtevisul Seguradora S.A. Embargado: Maria Aparecida Basso Morandi. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre. Julgado em 05/07/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br>. Acesso em: 17 de setembro de 2013.

exceto se durante o período de contratação haja a ocorrência de fatos não previsíveis, com o condão de modificar significativamente o equilíbrio contratual.

Citou o Desembargador Jorge Luiz do Canto, relator dos embargos infringentes, Cláudia Lima Marques para solucionar a demanda proposta:

As expressões utilizadas, boa-fé e equidade, são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao juiz; caberá, portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, escondida no inciso IV do art. 51, a almejada justiça e equidade contratual. Segundo renomados autores, o CDC ao coibir a quebra da equivalência contratual e considerar abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em “desvantagem exagerada” está a resgatar a figura da lesão enorme e a exigir um dado objetivo de equilíbrio entre as prestações. Parece-nos que a norma do inciso IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que é completada pelo disposto no art. 1º do mesmo art. 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificadamente nos outros incisos do art. 51.

Mesmo a existência do não pagamento do prêmio securitário, bem como à ausência de depósito dos referidos valores, poderia resultar no cancelamento do contrato de seguro, mas pelo inadimplemento do prêmio, desde que cumpridas as formalidades legais exigidas, com a notificação da parte segurada para purgar a mora, medidas que devem ser tomadas no Juízo *a quo*.

Em outra decisão, em situação em que a operadora de saúde desejava romper unilateralmente o contrato com seu segurado, tal intenção sofreu oposição judicial, que se valeu da idéia de segurança buscada na celebração de contratos cativos de longa duração.

APELAÇÕES CÍVEIS. PLANO DE SAUDE. RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO. ABUSIVIDADE. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI 9.656/98. MANUTENÇÃO DO PACTO. SINISTRALIDADE. CLÁUSULA QUE ESTABELECE VARIAÇÃO SOMENTE EM FAVOR DA OPERADORA. VIOLAÇÃO DA EQUIDADE E BOA-FÉ. Julgamento conjunto das apelações nº. 70049758295 e 70049758188 Dos documentos juntados com o recurso de apelação 1.A juntada de provas com as razões recursais não é admissível, em regra, no sistema processual civil brasileiro, o que só é possível na hipótese de documento novo, que não é o caso dos autos. 2.A par disso, não se vislumbra justa causa para aceitar a juntada e exame dos documentos trazidos ao feito pela parte apelante, pois não se enquadram nas hipóteses de incidência do art. 397 do CPC, sendo apresentados extemporaneamente, pois não houve impedimento legal para tanto ou sequer foram aqueles produzidos após a sentença prolatada. Mérito dos recursos em exame 3.O contrato de seguro ou plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte da seguradora. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 4.Há perfeita incidência normativa

do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes aos planos ou seguros de saúde, como aquele avençado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro médico ofertada pela demandada, consubstanciada no pagamento dos procedimentos clínicos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço. Inteligência do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em lume o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. 5.A rescisão unilateral por parte da operadora de plano de saúde rompe com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC. 6.A estabilidade das cláusulas contratuais a que está submetido o consumidor deve ser respeitada, em especial nos contratos de prestações sucessivas, como é o caso dos autos. Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC. 7.O contrato de plano de saúde constitui pacto de trato sucessivo e não temporário o que implica certa continuidade nesta relação jurídica cativa. Se mantidas as mesmas condições da época da contratação, as suas disposições não devem ser alteradas unilateralmente pela operadora, exceto se durante o período de contratação haja a ocorrência de fatos não previsíveis, com o condão de modificar significativamente o equilíbrio contratual. 8.Com o dirigismo contratual os contratos cativos ganham uma normatização protetiva ao aderente, consumidor ou não, que no plano fático por muitas vezes é colocado em situação de desvantagem em detrimento da operadora do plano de saúde. Esta é a razão de ser do disposto no art. 13 da Lei 9.656/98, que deve ser interpretado de forma a impossibilitar a rescisão do pacto pela operadora sem a ocorrência de fatos extraordinários. 9.A ré não comprovou qualquer fato extraordinário que tenha tornado o contrato demasiadamente oneroso, nos termos dos artigos 478 e 479 do Código Civil¹⁵⁵.

Cláudia Lima Marques¹⁵⁶ chama a atenção que se aplica as renovações a exigência de boa-fé na conduta atual dos fornecedores de serviços e produtos, protegendo a jurisprudência a renovação, seja impedindo a prática de forçar a migração para novos planos ou contratos novos e desvantajosos para o consumidor, seja aplicando a boa-fé a proteger a confiança dos consumidores, vinculados e cativos aos contratos de trato sucessivo.

Conclui-se que os textos legais procuram o equilíbrio contratual através da manutenção do vínculo, evitando-se o rompimento unilateral por vontade do fornecedor, uma vez que estaria impedida a consecução da finalidade do contrato, e sim, privilegiando soluções alternativas e consensuais, à escolha do consumidor e segundo os princípios do equilíbrio e da boa-fé.

¹⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70049758295, Quinta Câmara Cível. Apelante: UNIMED Pelotas – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Apelado: Assoc. Ex. Funcionarios Cia Telefonica Melhoramentos Resistencia AEF. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/10/2012. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 5 de junho de 2013.

¹⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 7685-687

A lógica presente nos contratos cativos, pode ser obtida da análise dos contratos de plano de saúde, realizado por Cláudia Lima Marques¹⁵⁷, mas extensivas aos demais contratos de longa duração:

o consumidor, após pagar anos e anos, após atingir determinada idade, após ligar-se e acostumar-se a determinada seguradora ou empresa, raramente fará uso desse direito, pois seu interesse é justamente o de manutenção do vínculo, de segurança futura. Este direito extintivo não deve ser permitido indistintamente ao fornecedor que atua neste campo econômico, pois é de seu risco profissional ter de manter um plano de saúde que lançou no mercado, ter de manter o vínculo contratual com o indivíduo que pagou contribuições durante anos para os seus serviços e talvez nem as tenha utilizado, em razão de sua boa saúde e pouca idade. O CDC já menciona que a escolha entre a resolução e a indenização de sanção deve ser exclusivamente do consumidor, nos contratos massificados (art. 54, §2º).

As cláusulas de cancelamento permitem uma vantagem excessiva do fornecedor, que durante anos embolsa a contraprestação dos consumidores e depois libera-se da vinculação contratual, justamente quando o consumidor mais necessitava da prestação contratual, ofendendo-se o artigo 51, IV, § 1º, II do CDC.

A jurisprudência identificou a abusividade destas cláusulas:

- Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação.
- O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.
 - Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.
 - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.
 - O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.
 - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de

¹⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1102.

saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso.

- Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade¹⁵⁸.

Em se tratando de relações contratuais cativas, destaca Cláudia Lima Marques¹⁵⁹ que a perda da condição de contratante, sem culpa ou vontade própria, é nesse tipo de contrato impeditiva da realização do verdadeiro objetivo contratual do consumidor, pois suas expectativas legítimas não eram apenas conseguir, no caso de seguro-saúde, cobertura de riscos no passado, enquanto não necessitasse de tratamento médico-hospitalar, mas de regra, sua expectativa legítima era conseguir cobertura desses riscos no futuro, quando já mais velho e menos atrativo para o mercado dela necessitasse.

Desta forma, as cláusulas que possibilitam a rescisão unilateral, a resolução unilateral por inadimplemento do devedor, o cancelamento, a modificação ou a não renovação do contrato anualmente distrato e outras que permitem a extinção do vínculo contratual, trazem grande potencial abusivo nos contratos cativos. Ainda que tradicionalmente válidas, vem sendo rechaçadas pela jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Banco. Devolução indevida de cheque. Dano moral. - O banco que recusa o pagamento de cheque sob a indevida alegação de falta de fundos está obrigado a reparar o dano moral sofrido pelo correntista. A existência do dano decorre de juízo da experiência, fundado no que normalmente ocorre em tais situações.

- A alegação de que cláusula contratual autorizava o cancelamento do cheque especial independentemente de aviso ficou superada com a verificação do fato de que não houve tal rescisão. De qualquer forma, tem o correntista o direito de ser informado da extinção do contrato de cheque especial, diante da gravidade dos efeitos que decorrem da emissão de novos cheques pelo cliente, que confiava na continuidade do contrato.
- O CDC incide sobre o contrato bancário de conta corrente com cheque especial.¹⁶⁰

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 989.380/RS, Terceira Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 06.11.2008. <stj.jus.br>. Acesso em: 06 de junho de 2013.

¹⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1105.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 302.653/MG. Quarta Turma, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em. 04.08.2001 <stj.jus.br>. Acesso em: 06 de junho de 2013.

Observa-se que ainda que previstas contratualmente, poderá o Judiciário rechaçar as cláusulas que venham a ferir a boa-fé e a lealdade que deve pautar as relações entre as partes.

3.2.7 Cláusula Barreira

Merece destaque na análise dos contratos cativos as cláusulas –barreira, que trazem em si o abuso nas relações contratuais de consumo por serem prejudiciais ao consumidor. Define Cláudia Lima Marques¹⁶¹ estas cláusulas como

presentes em muitos contratos de longa duração [...] que, ao estabelecerem as condições para o exercício dos direitos do consumidor ou para o cumprimento dos deveres contratuais, principais ou anexos, do consumidor ou do fornecedor, impõe tantas dificuldades e exigências que, além de constituírem verdadeiras cláusulas-surpresa, podem ser chamadas de cláusulas barreiras ou de impeditivas do exercício de direitos e deveres contratuais. [...] A barreira ou a tentativa de impedir a prestação pode voltar-se para a prestação do próprio fornecedor, quando o contrato prevê que esta só será exigível após determinadas e múltiplas autorizações, papéis, provas, sem justificativa plausível, apenas para dificultar ou desencorajar o consumidor a fazer valer sua própria (e principal) pretensão. Ao impor estas práticas comerciais ou estas cláusulas contratuais, procura o fornecedor exonerar-se de seu dever anexo de cooperar durante a execução do contrato, em outras palavras, exonerar-se de suas obrigações contratuais acessórias, conforme a boa-fé. Cooperar, [...] é agir com lealdade, é não obstruir ou impedir, é pensar de maneira refletida também nos interesses (legítimos) do parceiro contratual.

A exemplificar tal prática, houve o seguinte enfrentamento pelo Tribunal de Justiça do RS, em que cláusula de contrato de seguro saúde exigia para não incidência de novo prazo carencial o pagamento em dia das mensalidades, e que não pode ser cumprido uma vez que o segurado estava hospitalizado no dia do vencimento de uma das parcelas mas retomou os pagamentos assim que teve alta. Todavia, a seguradora negou-se a cobrir seus gastos médicos entre o vencimento da parcela paga com atraso e a retomada dos pagamentos¹⁶².

Outros exemplos de como estas cláusulas devem ser afastadas, principalmente nos contratos cativos de longa duração, por impedirem a própria finalidade do contrato, é os casos em que houve o cancelamento do limite de

161 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1108

162 TJRS, 3ª Cam., Ap. 592088512, j. 30.09.1992 In MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011, pág. 1109.

crédito em cheque especial devido a inadimplência do consumidor em contrato diverso daquele, ou nos aumentos elevados de planos de saúde para idosos, configurando uma barreira à sua continuidade nos planos.

Cláudia Lima Marques¹⁶³ traz em sua obra decisão oriunda de julgamento de apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do RS, relatada pelo desembargador Jorge do Canto, em que se destaca o desequilíbrio que causam no contrato, a frustração das expectativas legítimas dos consumidores e a unilateralidade destas cláusulas abusivas:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema, o STJ editou a súmula 469, dispondo que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. 2. O objeto do litígio é o reconhecimento da onerosidade da cláusula que determina a cobrança a maior da mensalidade exigida após o usuário completar 60 anos. 3. A cláusula contratual que determina o acréscimo na mensalidade, não indica os critérios utilizados para determinar o reajuste em valor tão vultoso, aumento que se implementou em apenas um mês, rompendo com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC, inviabilizando a continuidade dos contratos a segurados nessa faixa etária. 4. O consumidor tem o direito de prever qual será a amplitude do aumento dos preços, que deve ser realizado de forma equitativa entre os contraentes, em especial nos contratos de prestações sucessivas, como é o caso dos autos. Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC, reconhece-se a impropriedade do aumento da mensalidade por implemento de idade. 5. Aplicabilidade da lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), norma de ordem pública e aplicação imediata, em especial porque a externalização do contido na cláusula de majoração da mensalidade ocorreu dentro da sua vigência. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70041047218, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 27/04/2011)¹⁶⁴

Conforme Cláudia Lima Marques¹⁶⁵, as decisões que afastam a incidência de cláusulas barreiras não impõe uma nova obrigação ou um novo fazer a alguém, sem base legal, mas de uma leitura dos deveres inerentes ao contrato, uma vez que sob o paradigma do CDC as relações de consumo não podem afastar-se do

163 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1110.

164 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1111.

165 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1111.

dever de cooperação e boa-fé objetiva, não podendo a cláusulas-barreira permitir a exoneração destes deveres sob pena de contrariar o artigo 51, IV do CDC, uma vez que tal desequilíbrio e abusividade deste tipo de cláusulas impede a colaboração entre os contratantes, sendo o próprio instrumento violador do dever anexo que o reveste.

Exemplo de incidência de tal cláusulas em contratos cativos encontra-se em contratos de consórcio, em que é facultado ao consumidor, ao retirar-se do grupo a devolução do que pagou como prestação, sendo então, lhe imposto um clausulamento que dificultará e prolongará esta devolução, forçando a jurisprudência a devolução dos recursos em tempo razoável, ou conforme o uso se realizada a prova do prejuízo ao grupo, mas de forma corrigida.

Ou ainda, nas situações de aumento das prestações dos planos de saúde para o consumidor que alcança determinada idade. Para evitar a majoração abusiva da faixa etária anterior, que na prática impediria manutenção no plano, sob o argumento de que os riscos de saúde são maiores, entende a jurisprudência por bem reduzir o aumento para índices toleráveis.

Como se verifica, no direito brasileiro a noção de boa-fé constitui uma regra de interpretação dos contratos, não sendo os deveres de conduta disponíveis, ainda que por previsão contratual ou prática costumeira.

3.2.8 Cláusulas que Violam Deveres Anexos de Informação

O CDC impõe aos fornecedores o dever de informar (arts. 8, 10, 12,14,18,20, 31,33 a 37, 40, 43, 46, 48, 51 a 54), ficando sujeitos a nulidade do artigo 51, IV em caso de descumprimento desta obrigação.

Para Cláudia Lima Marques¹⁶⁶, ainda que o silêncio possa equivaler a uma declaração ficta, nos termos do artigo 111 do Código Civil, tal entendimento não deve prevalecer, uma vez que o CDC considera direito do consumidor se manifestar e dever do fornecedor possibilitar essa manifestação, de forma que as circunstâncias da contratação de consumo exigem informação do consumidor para

¹⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1119-1121.

possa exercer seus direitos. Até porque, uma vez que autor da redação do contrato, o fornecedor teria facilidade de impor uma entrega ficta, induzindo o consumidor a um silêncio tácito, a uma concordância pacífica mas que lhe é prejudicial, uma vez que seu silêncio estaria a “autorizar” alterações unilaterais no contrato que viriam em seu prejuízo. Não seria possível, no entender da autora, que informações fundamentais para a decisão do consumidor, que o levarão a optar por um ou outro produto/serviço lhe sejam sonegadas.

Por esta razão é que Antonio Fernandes Neto¹⁶⁷ defende que

o consumidor tem o direito de exigir no momento da adesão, o fornecimento de cópia do contrato ou regulamento do plano acompanhada de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações. Trata-se de providência que pode ser deduzida da obrigação geral de informar, mas a lei inclui regra expressa nesse sentido, enfatizando essa obrigação.

Em matéria jurisprudencial, analisa Cláudia Lima Marques¹⁶⁸ que se a cláusula se refere a uma fictícia informação que deveria ter sido prestada pelo fornecedor, a jurisprudência ressalta o dever insculpido nos artigos 30 e 31 do CDC, concluindo pela incidência do artigo 51, I do CDC, valorizando o conjunto contratual, destacando que o consumidor não conhece de todos os pontos importantes para a engenharia contratual, e que tal risco de desconhecimento deve ser assumido pelo fornecedor ao optar pelo lucro e concluir o contrato nestas circunstâncias.

A exemplificar a matéria:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PACOTE TURÍSTICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. ABATIMENTO PROPORCIONAL DO PREÇO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. A responsabilidade do prestador de serviços é objetiva, independentemente de prova de culpa, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Hipótese em que configurada a má prestação de serviços de pacote turístico para Europa, considerando que a demandada não prestou as informações de maneira adequada e satisfatória aos consumidores, violando o disposto no art. 6º, III, do CDC. Configurada a falha da fornecedora ao dever de lealdade na fase pré-contratual, deve responder pelos danos causados pela prestação inadequada dos serviços. A má prestação do serviço contratado pelos demandantes enseja uma das

¹⁶⁷ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 169.

¹⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1122-1123.

medidas reparatórias previstas nos incisos do artigo 20 do CDC, à escolha do consumidor. Abatimento proporcional do preço no caso concreto, conforme prevê o inciso III do referido artigo. A frustração da expectativa dos autores, casal de aposentados em sua primeira viagem à Europa, que, sem dominar a língua espanhola, se viram totalmente desassistidos, acarretou danos que ultrapassaram o estágio de mero dissabor do cotidiano. Trata-se do chamado dano moral in re ipsa. [...] APELAÇÃO PROVIDA¹⁶⁹

Na situação exposta, ao buscar a contratação de agência de viagens, o casal que realizara sua primeira viagem para a Europa, em que pese no contrato de adesão haver a cláusula informando que a língua oficial da viagem seria o espanhol, informava também que haveria guias falando o “portunhol” e brasileiros na equipe, o que não ocorreu na prática, dificultando o atendimento ao casal. E quanto aos ônibus contratados pela agência para os transfers, havia a informação de que as viagens seriam realizadas em ônibus padrão turístico com ar-condicionado, música, vídeo e microfone, com assentos confortáveis mas que reclinaríamos menos que no Brasil, e com espaço entre os assentos menor que nos ônibus brasileiros. Na prática, pelas fotos acostadas pelo casal no processo, se vislumbrou que os bancos eram demasiadamente apertados.

Ainda que a operadora tenha buscado se eximir de responsabilidade pelos transtornos, invocando as informações constantes no contrato, não obteve êxito porque a fundamentação do acórdão foi no sentido de que as informações prestadas foram incompletas e não claras, não apresentando aos aderentes as reais condições que enfrentariam ao longo da viagem, levando-os a suposições que a prestadora dos serviços tinha ciência de que não seriam atendidas, ferindo assim, o dever de lealdade e cooperação a ser adotado pelas partes quando entabulado um negócio.

Mesma posição adotada em situação em que Instituição de Ensino não logrou êxito no reconhecimento de Curso Superior perante o Ministério da Educação, causando prejuízos à sua aluna que concluíra o Curso de Letras mas que não recebera o diploma, impedindo assim, sua progressão salarial perante seu empregador.

Na fundamentação da matéria debatida, entendeu-se que fora criada falsa expectativa pela instituição de ensino para com sua aluna, que contratara serviços

¹⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70054005731, Décima Câmara Cível. Apelante: Joel Biitencourt de Menezes e Lia Terezinha Flores de Menezes. Apelado: CVC Brasil Operadora e Agencia de Viagens S.A. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 01/08/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 16 de agosto de 2013.

educacionais segura de que ao final obteria o produto almejado após suas contraprestações financeiras e acadêmicas: sua titulação. Porém, fora a aluna surpreendida pelo não reconhecimento do curso junto ao MEC. Ainda que a demora de reconhecimento do curso pudesse ser por desídia do Ministério, não logrou êxito a instituição e ensino em afastar-se de uma condenação por não ter deixada a situação clara aos contratantes, que poderia inclusive, fazer com que não houvesse o interesse dos potenciais alunos, por não almejarem correrem o risco de enfrentar problemas com a averbação do título.

Da situação, resultou a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO PARTICULAR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CURSO NÃO RECONHECIDO DEFINITIVAMENTE PELO MEC. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Evidencia-se típica relação de consumo, figurando a instituição de ensino como prestadora de serviços educacionais, de forma que totalmente aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor. 2. Violação do dever de informação a respeito de que o curso não tinha o reconhecimento definitivo pelo MEC. Procedimento temerário adotado pela ré que contraria a boa-fé objetiva e o dever de bem prestar seus serviços. 3. Danos materiais evidenciados e decorrentes da impossibilidade da parte autora de lograr alteração de nível junto à Coordenadoria Regional de Educação¹⁷⁰.

Nos contratos cativos, ganha destaque a vedação da revisão contratual através de simples comunicação ou circular aos consumidores, ainda que autorizada por cláusula contratual que especifique que o silêncio dos consumidores valerá como tácita aceitação, para Cláudia Lima Marques¹⁷¹. Entende Marques que tal cláusula seria abusiva por contrariar o artigo 51, XIII do CDC, uma vez que autorizaria o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração. Mesmo a cláusula de renovação automática mereceria preocupação, porque embora de interesse do consumidor, a ele deveria ser dada a oportunidade de manifestar sua vontade em contrário através de avisos

¹⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70054930722, Quinta Câmara Cível. Apelante: Fundação Arttila Taborda e Universidade da região da Campanha -URCAMP. Apelado: Marli Pinheiro Martins. Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 31/07/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 05 de junho de 2013.

¹⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1125-1126.

específicos para tal, de forma que sua passividade não pudesse ser contra ele usada, como por exemplo, uma confissão de dívida.

4 CONCLUSÃO

O estudo em questão conclui que em que pese a liberdade contratual conferida as partes, no que se refere aos contratos cativos de longa duração, o Código de Defesa do Consumidor, em especial, em seu artigo 51, confere proteção ao aderente na busca pelos efeitos e resultados almejados quando da adesão ao contrato.

Pela própria natureza do contrato cativo de longa duração, que terá seus efeitos irradiados ao longo do tempo, não possuindo execução imediata, fica o aderente em uma posição vulnerável. Vulnerável porque irá prestar suas contraprestações por longo lapso temporal, na busca por uma sensação de segurança de que ao necessitar de um serviço essencial será atendido.

A visita à jurisprudência revelou em que pese o consumidor vincular-se por longo período ao contrato, não raras vezes o fornecedor busca a extinção do vínculo quando se aproxima os riscos da implantação dos requisitos que conferem a possibilidade do consumidor acionar a contraprestação do fornecedor. Valendo-se de artifícios de alteração de cláusulas de forma unilateral, invocamento de carências ou condições que nunca restaram suficientemente claras ao aderente, ou cláusulas de rescisão unilateral, o fornecedor é tentado a esquivar-se da manutenção da relação, mormente quando já atingiu as metas financeiras almejadas.

Neste ponto, revelou o estudo que o Código de Defesa do Consumidor, em especial o artigo 51, tem servido de forma a garantir o equilíbrio contratual, preenchendo lacunas, afastando cláusulas ou até mesmo criando obrigações não previstas textualmente nos contratos, mas que garantem a preservação dos legítimos interesses e expectativas criadas nos aderentes quando vinculados a instrumentos cativos.

Na modernidade atual, em que o Estado não consegue atender a todas as necessidades da sociedade, ao cidadão resta buscar amparo na iniciativa privada para ter atendidas necessidades com ensino, saúde, consumo de itens essenciais com energia e abastecimento de água, entre outras necessidades capitais. Conhecedoras da fragilidade Estatal e da necessidade dos aderentes é comum a várias empresas agirem de forma desequilibrada, dúbia ou vaga, e fazendo-se indispensável a intervenção judicial para reequilibrar a relação entabulada entre

fornecedores e consumidores. Serve o Código de Defesa do Consumidor como aliado do consumidor nas demandas envolvendo os contratos cativos de longa duração.

Demonstrados os princípios que irradiam seus efeitos na relação cativa, tais como o princípio da boa-fé e função social, melhora a compreensão dos operadores jurídicos no enfrentamento de controvérsias que possam vir a surgir na execução dos contratos, conferindo assim a fundamentação teórica a embasar a aplicação da normas legais invocadas.

REFERENCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado – Direito da exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Org.). **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: RT, 2004. p. 137-147.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, p. 133-157, jul./set. 2002.

BRASIL. Superios Tribunal de Justiça. **Resp 26.456-2/SE**. Quarta Turma. Relator : Min. Ari Pargendler. Local : Brasília, Julgado em :13 de agosto de 2001. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 06 de junho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 258007/SP**. Relator. Min. Aldir Passarinho Jr. Local: Brasília, Julgado em: 17 de setembro de 2002. Disponível em <stj.jus.br>. Acesso em: 06 de junho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 302.653/MG**. Quarta Turma, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em. 04.08.2001 <stj.jus.br>. Acesso em: 06 de junho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 989.380/RS**, Terceira Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 06.11.2008. <stj.jus.br>. Acesso em: 06 de junho de 2013.

CARPENA, Heloisa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via internet**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financiero**, São Paulo, n. 15-16, jul./set. 1974.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Mario Julio de Almeida. **Direito das obrigações**. 5. ed. Coimbra, Almedina, 1991.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRIAS, Ana Lopez. **Los contratos conexos**: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construction doctrinal. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1994.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense , 1991.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires-Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999. t. 1.

LORENZETTI, Ricardo. El objeto y las prestaciones en contratos de larga duracion: a propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministros y asistencia. **Suplemento La Ley**, ano LXI, n. 167, 1997.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 32, p. 45-54, out./dez. 1999.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Mudanças dos contratos no âmbito do direito social. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 25, p. 99-115, jan./mar. 1998.

MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada a saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 35, p.61-96, jul./set. 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 20, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, 1994.

MARTINEZ, Pedro Nuno Tavares Romano Soares. **Cumprimento defeituoso**: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 127-154, set./dez. 1992.

MIRAGEM, Bruno Nubens Borba. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, p. 111-132, jul./set. 2002.

MIRAGEM, Bruno Nubens Borba. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno Nubens Borba. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, Porto Alegre, n. 56, p. 22-45, out./dez. 2005.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e o controle prévio e abstrato dos contratos de massa. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 166-187, abr./jun. 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Unidade ou Pluralidade de Contratos: contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio necessário e litisconsórcio facultativo. Comunhão de interesses, conexão de causas e afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 817, nov. 2003.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p.44-77, set./dez. 1992.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 20, p. 88-111, out./dez. 1996.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O código de defesa do consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. **Revista de Direito do Consumidor**, Porto Alegre, n. 49, jan./mar. 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, n. 658, p. 55-72, agos. 1990.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23-24, p. 199-234, jul./dez. 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70017649484**, Décima Segunda Câmara Cível. Apelante: Net Sul Comunicações Ltda. Apelado: Naxus Projetos em Sistemas de Informação Ltda. Relator: Orlando Heemann Júnior. Porto Alegre. Julgado em 28/06/2007, Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 5 de junho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70047169248**, Décima Câmara Cível. Apelante: J. Toledo da Amazonia Industria e Comerciód e Veículos Ltda. Apelado: Fernando Carlos Moi. Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 01/08/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 5 de junho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70049758295**, Quinta Câmara Cível. Apelante: UNIMED Pelotas – Sociedade Cooperativa de Trabalho Medico Ltda. Apelado: Assoc. Ex. Funcionarios Cia Telefonica Melhoramentos Resistencia AEF. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/10/2012. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 5 de junho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70053732483**, Sexta Câmara Cível. Apelante: Santander Brasil Seguros S.A. Apelado: Sergio Delmar Figueiredo. Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 31/07/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 16 de agosto de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70054005731**, Décima Câmara Cível. Apelante: Joel Biitencourt de Menezes e Lia Terezinha Flores de Menezes. Apelado: CVC Brasil Operadora e Agencia de Viagens S.A. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 01/08/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 16 de agosto de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70054930722**, Quinta Câmara Cível. Apelante: Fundação Arttila Taborda e Universidade da região da Campanha -URCAMP. Apelado: Marli Pinheiro Martins. Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 31/07/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 05 de junho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70055045215**, Décima Câmara Cível. Apelante: Claudino Lunardelli. Apelado: Tim Celular S.A. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 01/08/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 22 de setembro de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70055097638**, Quinta Câmara Cível. Apelante: Valmir Dasso Fernandes e Nancy Maria Lemelle Fernandes. Apelado: UNIMED Porto Alegre – Soc. Coop. Trabalho Medico Ltda. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/07/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br> Acesso em: 14 de agosto de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70042085126**, da Quinta Câmara Cível. Agravante: Circulo Operario Caxiense Agravado: Lucia Maria Bosa Monteiro e Leonildo Bosa Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho. Porto Alegre. Julgado em: 18 de maio de 2011. Disponível em: <tjrs.jus.br>. Acesso em: 5 de junho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70055497879**, da Vigésima Segunda Câmara Cível. Agravante: Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Novo Hamburgo Agravado: Lory Lustoza. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre. Julgado em: 08 de agosto de 2013. Disponível em: <tjrs.jus.br>. Acesso em: 5 de junho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70001471523**, da Décima Sétima Câmara Cível. Apelante: Goetttert Empreendimentos Turisticos Ltda. Apelado: Iraqui Marlene Sehn e Dercio Miguel Sehn. Relator: Elaine Harzheim Macedo. Porto Alegre. Julgado em 03 de outubro de 2000 Disponível em: <tjrs.jus.br>. Acesso em: 5 de junho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 70055088009**, do Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Embargante: Prtevisul Seguradora S.A. Embargado: Maria Aparecida Basso Morandi. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre. Julgado em 05/07/2013. Disponível em: <tjrs.jus.br>. Acesso em: 17 de setembro de 2013

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. **Narcisismo e publicidade**: uma análise psicossocial dos ideais do consumo na contemporaneidade. São Paulo, Annablume, 2001.

SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99-126.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a Constituição**. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2006. p. 127-150.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cláusulas abusivas: natureza do vício e decretação de ofício, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23-24, jul./dez.,1997. p. 122-135.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do código civil ao código de consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

STJ, 4ª T. REsp 258007/Sp, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 17.09.2002

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 213.

TJRS, 3ª Cam., Ap. 592088512, j. 30.09.1992 In MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011, pág. 1109.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina , 1998.

WALD, Arnoldo. A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo código civil de 2002. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 364, p. 21-30, nov./dez. 2002.

WALD, Arnoldo. Do contrato de adesão no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 17, n. 66, p. 257-266, abr./jun.1980.

XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, 2012.

XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 95, set. 2004.