

Cláusula atenuadora de responsabilidade

*Sérgio Shimura*¹

Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo

*Tasso Duarte de Melo*²

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios informativos da proteção contratual do consumidor; 2.1. Princípio da transparência; 2.2. Princípio da confiança; 2.3. Princípio da equidade contratual; 2.4. Princípio da boa-fé; 3. Cláusulas abusivas; 4. Cláusula atenuadora de responsabilidade; 4.1. Exemplo de responsabilidade do transportador; 4.2. Exemplos de responsabilidade na área da saúde; 4.3. Exemplo de responsabilidade das instituições financeiras; 4.4. Exemplos de responsabilidade na compra e venda de móveis e imóveis; 4.5. Exemplo de responsabilidade no contrato de seguro; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O Código Civil, ao disciplinar os contratos em geral, reza que as partes têm liberdade para estipular o objeto e as condições, mas sempre em obediência à função social do contrato e aos princípios da probidade e da boa-fé (art. 421 e 422, CC).

Em se tratando de relação consumerista, a proteção contratual fica mais evidente diante da eventual hipossuficiência, técnica ou econômica, do consumidor em face do fornecedor. Por essa razão, havendo cláusula ambígua ou contraditória, deve-se interpretar de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC).

Assim, se houver cláusula que gere dúvida de interpretação em contratos, por exemplo, de compra e venda, empréstimo, depósito, transporte, é de se conferir proteção ao consumidor.

Antes de abordar o tema das cláusulas atenuadoras de responsabilidade, devemos analisar o sistema de proteção e defesa do consumidor, especialmente os princípios informativos da proteção contratual do consumidor.

2. Princípios informativos da proteção contratual do consumidor

Conforme disposto no art. 4º, inc. III, o escopo do Código de Defesa do Consumidor é o equilíbrio nas relações de consumo, de modo a harmonizar e impor maior transparência às relações contratuais no mercado brasileiro.

¹ Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC/SP. Professor nos Programas de Graduação e Pós-Graduação da PUC/SP e da Escola Paulista da Magistratura.

² Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação na FAAP. Coordenador da área de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura. Ex-Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo e do Tribunal Arbitral do Comércio do Estado de São Paulo.

Para alcançar estes objetivos, o sistema de proteção e defesa do consumidor instituiu informativos da proteção contratual, tanto no tocante à formação do contrato quanto no tocante à sua execução.

Esses princípios são o princípio da transparência, da confiança, da equidade e da boa-fé, os quais serão analisados a seguir.

2.1. Princípio da transparência

O primeiro princípio é o da transparência.

Este princípio está expresso no art. 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual:

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

Ao instituir o princípio da transparência, o legislador teve como objetivo viabilizar a aproximação entre consumidor e fornecedor.

Sobre o tema, ensina Claudia Lima Marques que:

Transparência significa informação clara, precisa e correta sobre o produto ou serviço a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-processual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo³.

Já Fábio Ulhoa Coelho enxerga neste princípio o fundamento do equilíbrio contratual:

A oferta ou a veiculação de mensagem publicitária sobre um determinado produto ou serviço, seja ressaltando suas qualidades ou características, seja definindo condições e preços para sua aquisição, tem força vinculante a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor. Quem realizar a comunicação (oferta ou publicidade) ou quem se utilizar dela estará obrigado a contratar com observância do anunciado. A norma alcança tanto o fabricante que promove a publicidade de seu produto como o varejista que a invoca na hora da venda⁴.

O princípio da transparência importa a obrigação do fornecedor prestar todas as informações sobre os serviços e produtos comercializados, bem como sobre os direitos e obrigações do consumidor.

Assim, com base no princípio da transparência, o consumidor pode optar de maneira consciente e equilibrada pela contratação ou não e, em contratando, exercitar adequadamente seus direitos no curso da execução do contrato.

³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 206.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 149.

2.2. Princípio da confiança

O segundo princípio é o da confiança.

Este princípio é a base do sistema de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, sobre o qual se destaca a instituição da responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova *ope legis* e o dever do fornecedor de só colocar no mercado produtos e serviços seguros (fato) e adequados (vício).

Ademais, também em razão do princípio da confiança, o fornecedor tem o dever de informar os riscos dos produtos, se e quando de periculosidade inerente, restando ainda perenizados a responsabilidade solidária entre os fornecedores e o sistema de desconsideração da personalidade jurídica.

Confira-se a lição de Claudia Lima Marques:

É o princípio da Confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica – fornecedora, para regular também aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor⁵.

Na doutrina portuguesa, este princípio também é relacionado entre os princípios fundamentais de toda disciplina legal dos contratos, sendo assim definido por Antunes Varela:

[...]o princípio da confiança, assente no stare pactis, segundo o qual cada contratante deve responder pelas expectativas que justificadamente cria, com a sua declaração de vontade, no espírito da contra parte⁶.

Com efeito, anote-se que toda a fundamentação lógica do Código de Defesa do Consumidor é lastreada na função social do contrato.

Assim, tem-se que essa fundamentação transforma o contrato para além de um simples instrumento jurídico para movimento de riquezas no mercado de consumo, de modo a lastrear a realização dos interesses do consumidor, estabelecido através de um conjunto de regras de cunho interventivo, com o objetivo de proteger a parte vulnerável: o consumidor.

2.3. Princípio da equidade contratual

O terceiro princípio é o da equidade contratual.

Este princípio também remete para a nova ordem contratual, fundada na função social do contrato, que importa na necessidade do Estado intervir para proteger a parte contratualmente vulnerável.

Nesta medida, tem-se que o contrato é um instrumento de geração e distribuição de riqueza, e não um mero instrumento de garantia de direito de uma das partes contratantes.

⁵ MARQUES, op. cit., p. 576.

⁶ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 237-238.

Esta intervenção se justifica sempre que se constatar desequilíbrio entre os direitos e os deveres contratualmente estabelecidos em uma relação de consumo.

Deste princípio resulta a proibição das cláusulas abusivas (art. 51) e a possibilidade de intervenção estatal para revisar, adequar ou modificar as cláusulas classificadas como abusivas.

Por isso, os princípios tradicionais da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos são mitigados, para prevalecer o princípio da equidade e da preservação do contrato, com a intervenção do Estado-Juiz para, sob o manto da equidade, afastar o desequilíbrio contratual e preservar a relação contratual.

Ao escrever sobre o princípio da equidade contratual, Paulo Luiz Netto Lôbo utiliza o termo “princípio da equivalência material” e ensina:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir o desequilíbrio superveniente, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis⁷.

Na mesma direção, Flávio Tartuce leciona:

O Código de Defesa do Consumidor inseriu regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor, decorrente de fato superveniente, poderá ensejar a chamada revisão contratual (art. 6.º, inc. V). Nesse contexto, deve-se entender que o papel da função social do contrato está intimamente ligado ao ponto de equilíbrio que o negócio jurídico celebrado deve atingir e manter. Dessa forma, um contrato que traz onerosidade excessiva a uma das partes – considerada vulnerável – não está cumprindo o seu papel sociológico, necessitando de revisão pelo órgão judicante⁸.

Assim, tem-se que o princípio da equidade contratual busca realizar e preservar o equilíbrio de direitos e deveres nas relações de consumo, de modo a harmonizar os interesses das partes envolvidas, com efetiva proteção do consumidor.

2.4. Princípio da boa-fé

O quarto e último princípio é o da boa-fé.

Este princípio foi elevado à condição de princípio geral do sistema de proteção contratual do consumidor e seu descumprimento insere-se no contexto de cláusula abusiva, o que a torna nula de pleno direito.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Coordenação de Aparecido Hernani Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003. p. 192.

⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 45.

A cláusula geral da boa-fé, tal como definida no *caput* do art. 4º, deve ser vista dentro do esforço do Estado de regulação das relações de consumo.

Nesta medida, ao instituir os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, o Código de Defesa do Consumidor busca garantir a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

Logo, a boa-fé contratual impõe para as partes contratantes o dever de agir com lealdade e honestidade, viabilizando também os princípios nos quais se funda a ordem econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal.

Dentro deste comportamento exigido dos contratantes, pode-se inferir dois nortes básicos: o primeiro, em que se visa impedir a ocorrência de comportamentos desleais (obrigação de lealdade), e o segundo, no qual se busca relevar a cooperação entre os contratantes (obrigação de cooperação).

Portanto, a boa-fé cumpre as funções integrativa (deveres conexos: informação, cuidado, cooperação e lealdade), interpretativa e de controle contratual (elemento de validade das cláusulas contratuais).

Sobre o tema, destaque-se a lição de Flávio Tartuce:

Da atuação concreta das partes é que surge o conceito de boa-fé objetiva, que, nas palavras de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin, constitui uma regra de conduta. Na mesma linha, conforme reconhece o Enunciado 26 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a boa-fé objetiva vem a ser a exigência de um comportamento de lealdade dos participantes negociais, em todas as fases do negócio. A boa-fé objetiva tem relação direta com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são deveres inerentes a qualquer negócio, sem a necessidade de previsão no instrumento. Entre eles merecem destaque o dever de cuidado, o dever de respeito, o dever de lealdade, o dever de probidade, o dever de informar, o dever de transparência, o dever de agir honestamente e com razoabilidade.

Na órbita consumerista, Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem lecionam que a boa-fé objetiva tem três funções básicas:

- 1.ª Servir como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos, (função criadora);*
- 2.ª Constituir uma causa limitadora do exercício, antes lícito, dos direitos subjetivos (função limitadora);*
- 3.ª Ser utilizada como concreção e interpretação de contratos (função interpretadora)⁹.*

Assim, tem-se que o princípio da boa-fé traduz a necessidade de agir de forma leal e cooperativa para manter o equilíbrio contratual, de modo que a sua inobservância leva à nulidade absoluta da cláusula contratual, como previsto art. 51, especialmente no seu inciso IV.

⁹ TARTUCE, op. cit., p. 34.

3. Cláusulas abusivas

Superada a análise dos princípios informativos da proteção contratual do consumidor, passa-se ao exame propriamente das cláusulas abusivas.

Retomando o objetivo central deste trabalho, cumpre, primeiro, registrar que a opção do legislador brasileiro foi por não definir, diretamente, cláusula abusiva. Por isso, o art. 51 do CDC apenas as enumera, em rol meramente exemplificativo, como cláusulas nulas de pleno direito.

O conceito de cláusula abusiva para os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, especialmente Nelson Nery Júnior, pode ser entendido segundo o qual:

[...] cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4.º, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual por quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens [...]”¹⁰.

Dentro dessa linha protetiva, por exemplo, o consumidor tem direito de arrependimento, no prazo de sete dias, contados do recebimento do produto ou serviço, se a contratação se der fora do estabelecimento comercial, como sucede nas compras pela internet, caso em que faz jus à devolução do que eventualmente tenha pago.

Além disso, descabe ao fornecedor exigir do consumidor o pagamento de despesas postais oriundas da devolução da mercadoria adquirida. Nessa linha,

o Procon pode aplicar multa a fornecedor em razão do repasse aos consumidores, efetivado com base em cláusula contratual, do ônus de arcar com as despesas postais decorrentes do exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC. De acordo com o caput do referido dispositivo legal, o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. O parágrafo único do art. 49 do CDC, por sua vez, especifica que o consumidor, ao exercer o referido direito de arrependimento, terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão – período de sete dias contido no caput do art. 49 do CDC –, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas decorrentes da utilização do serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. Aceitar o contrário significaria criar

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson *et al.* *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 527.

limitação ao direito de arrependimento legalmente não prevista, de modo a desestimular o comércio fora do estabelecimento, tão comum nos dias atuais. Deve-se considerar, ademais, o fato de que eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor nesse tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (pela internet, por telefone ou a domicílio). (REsp. 1340604-RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 15.8.2013)

Ainda em relação à proteção contratual, é de se destacar o princípio da garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. Por exemplo, se o consumidor compra um aparelho de telefonia móvel (celular), o fornecedor deve garantir que o produto esteja dentro dos padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, garantia essa que advém da própria lei, independentemente de termo expresso (arts. 4º, II, “d”, c.c. 24, CDC).

Quanto ao prazo da garantia legal, não há previsão legal fixa, nem é igual para todos os produtos. Cada fornecedor concede o prazo que lhe convier, para se sobressair no mercado de consumo (1 ano, 2 anos etc.). O que existe é prazo para *reclamação*, dependendo de o bem ser durável ou não durável (30 ou 90 dias, cf. art. 26, CDC).

Sem prejuízo desta garantia *legal*, pode haver cláusula escrita de garantia contratual, devendo o respectivo termo ser padronizado, informando, em linguagem clara e didática, no que consiste a garantia, a forma, o prazo, o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor (art. 50, CDC).

Em decorrência do princípio protetivo ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, exemplificativamente, normas que consideram abusivas as cláusulas contratuais.

O art. 51, CDC, ao dispor “são nulas de pleno direito, *entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que*”, deixa claro que o rol é meramente enunciativo, e não taxativo.

A nulidade aqui é a sanção imposta à cláusula contratual que implica violação aos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual.

A sua caracterização ultrapassa o limite do abuso do direito definido no Direito Civil, em razão do conceito do inc. IV, do art. 51, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Registre-se que a consequência da declaração de nulidade importa a integração do negócio jurídico, seja com a sua simples exclusão do contrato, seja com a integração das demais cláusulas em razão da declaração de nulidade.

Sobre o tema, a lição de Bruno Miragem:

No regime do CDC, a nulidade de pleno direito decorre de ofensa à ordem pública de proteção do consumidor, devendo ser reconhecida judicialmente mediante ação ou exceção oposta pelo consumidor, ou ainda reconhecida de ofício pelo juiz. De fato, a experiência brasileira na aplicação do CDC vem demonstrando a opção da jurisprudência

*no reconhecimento da invalidade da cláusula – não do negócio – cumprindo ao juiz promover os esforços de integração do contrato, preenchendo a lacuna decorrente da nulidade da cláusula em vista da boa-fé e do equilíbrio contratual*¹¹.

Em regra, a nulidade da cláusula levaria à nulidade do contratado. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor afasta claramente esta hipótese, seja quando trata da modificação, seja quando trata da revisão de cláusulas lesivas ou de excessiva onerosidade (inc. V do art. 6º).

Este fenômeno é tratado por parte da doutrina como de redução do negócio jurídico, ou seja, um negócio jurídico manifestado por instrumento contratual do qual se extrai uma cláusula, o qual deve ser integrado, reequilibrando os direitos e as obrigações recíprocas.

Todavia, importante ressaltar que a integração só não será levada a efeito se e quando a sua efetivação implicar em “ônus excessivo a qualquer das partes” (art. 51, § 2º).

Se o consumidor se sentir lesado, pode representar ao Ministério Público para que ajuíze a ação declaratória de nulidade da cláusula contratual que afronte o Código de Defesa do Consumidor ou que não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes (art. 51, § 4º, CDC).

Aqui releva destacar que a representação de um único consumidor já autoriza a instauração de inquérito civil para apurar que tipo de direito está sendo violado na hipótese apresentada pelo reclamante.

Pode eventualmente ofender direitos difusos para os futuros e eventuais contratantes; coletivos, para os que já contrataram; e direitos individuais homogêneos se os lesados pretenderem o reembolso das quantias pagas ou a indenização pelos danos sofridos. Independentemente da atual ministerial, nada impede que os entes legitimados do art. 82, CDC, ajuízem a competente ação coletiva, considerando que se cuida de legitimação concorrente e disjuntiva.

Se o juiz se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, incumbe-lhe oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347/1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078/1990, para eventual propositura da ação coletiva respectiva (art. 139, X, CPC/2015, Lei nº 13.105/2015).

Ao propósito, a Súmula 181 do STJ reza que “É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual”.

De outro lado, porém, malgrado o art. 1º, CDC, estabeleça “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”, e o art. 51 ser expresso em prever a nulidade de pleno direito, o STJ consolidou o entendimento de que “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas” (Súmula 381 do STJ).

¹¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 344.

4. Cláusula atenuadora de responsabilidade

Pois bem. Uma das cláusulas previstas como nulas de pleno direito é a que *impossibilita, exonere ou atenua a responsabilidade* do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, I, CDC).

Embora o dispositivo se refira aos *vícios do produto e de serviço*, é preciso lembrar que a cláusula é igualmente abusiva se exonerar ou atenuar a responsabilidade pelo *“fato do produto e do serviço”*, a que aludem os arts. 12 e 13 do CDC. E mais, a responsabilidade pela reparação, sobre ser objetiva, é também solidária (arts. 7º, 12, 14, 18, 19, 25 e 34, CDC).

4.1. Exemplo de responsabilidade do transportador

Podemos cogitar de algumas hipóteses ilustrativas. A responsabilidade do transportador pelo *extravio de mercadorias* (cargas), não se há falar em indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica, porque atenua a responsabilidade do fornecedor.

Estabelecida a relação jurídica de consumo entre as partes, a indenização pelo extravio de mercadoria transportada por via aérea deve ser integral, não se aplicando, por conseguinte, a limitação tarifada prevista no Código de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Dessa orientação não se dissuade. Todavia, tem-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo. O critério da especialidade, como método hermenêutico para solver o presente conflito de normas (Convenção de Varsóvia de 1929 e Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 x Código Civil de 2002), isoladamente considerado, afigura-se insuficiente para tal escopo. Deve-se, ainda, mensurar, a partir das normas em cotejo, qual delas melhor reflete, no tocante à responsabilidade civil, os princípios e valores encerrados na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E inferir, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931 pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade. A limitação tarifária contemplada pela Convenção de Varsóvia aparta-se, a um só tempo, do direito à reparação integral pelos danos de ordem material injustamente percebidos, concebido pela Constituição Federal como direito fundamental (art. 5º, V e X), bem como pelo Código Civil, em seu art. 994, que, em adequação à ordem constitucional, preceitua que a indenização mede-se pela extensão do dano. Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos

injustamente percebidos pela vítima do evento. Tampouco se concebe que a solução contida na lei especial, que preceitua a denominada indenização tarifada, decorra das necessidades inerentes (e atuais) do transporte aéreo. Reprisa-se, no ponto, o entendimento de que as razões pelas quais a limitação da indenização pela falha do serviço de transporte se faziam presentes quando inseridas no ordenamento jurídico nacional, em 1931, pelo Decreto n. 20.704, não mais subsistem nos tempos atuais. A limitação da indenização inserida pela Convenção de Varsóvia, no início do século XX, justificava-se pela necessidade de proteção a uma indústria, à época, incipiente, em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica, circunstância fática inequivocamente insubsistente atualmente, tratando-se de meio de transporte, estatisticamente, dos mais seguros. Veja-se, portanto, que o tratamento especial e protetivo então dispensado pela Convenção de Varsóvia e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ao transporte aéreo, no tocante a responsabilização civil, devia-se ao risco da aviação, relacionado este à ocorrência de acidentes aéreos. Em absoluto descompasso com a finalidade da norma (ultrapassada, em si, como anotado), permitir que o tratamento benéfico se dê, inclusive, em circunstâncias em que o defeito na prestação do serviço em nada se relacione ao risco da aviação em si. (REsp. 1289629-SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 20.10.2015)¹².

4.2. Exemplos de responsabilidade na área da saúde

Quanto à limitação do período de internação em hospital, a Súmula 302 do STJ preconiza que “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Mostra-se também abusiva a cláusula que limita a quantidade de sessões de rádio e quimioterapia, que exclui cobertura de tratamento essencial ou remédio ao tipo de doença; igualmente, é abusiva aquela que exclui da cobertura órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor. E a recusa indevida ou injustificada por parte da operadora do plano de saúde gera dano moral passível de indenização (AgRg no AREsp 745389- RJ, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. 16.02.2016).

4.3. Exemplo de responsabilidade das instituições financeiras

No contrato de penhor de joias, a cláusula que limita o valor da indenização em caso de roubo é abusiva.

¹² **Extravio de bagagem:** em 25/05/2017, o STF, em sede de Recurso Extraordinário, apreciando tema de repercussão geral, decidiu que “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor” (RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/05/2017; Recorrente SOCIÉTÉ AIR FRANCE). Com isso, aplicando as Convenções de Varsóvia e de Montreal, no que tange aos atrasos, extravio ou danos de *bagagens* em voos internacionais, há duas diferenças principais em comparação ao Código de Defesa do Consumidor: 1) limitação ao montante indenizatório (1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro); 2) prazo prescricional é de dois anos, contados da chegada da aeronave (Decreto 5.910/2006; arts. 22 e 35 da “Convenção para a Unificação de certas regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional”).

Tendo ocorrido o roubo das joias empenhadas, a Caixa Econômica Federal deve indenizar a recorrente por danos materiais. A cláusula contratual que restringiu a responsabilidade da CEF a 1,5 (um inteiro e cinco décimos) vez o valor de avaliação das joias empenhadas deve ser considerada abusiva, por força do artigo 51, I, da Lei nº 8.078/1990. (REsp. 1227909-PR, Rel. Min. RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, j. 15.09.2015)

A esse respeito, Carlos Alberto Dabus Maluf e Márcio Antero Motta Ramos Marques, reforçando as palavras de Sergio Cavalieri Filho, esclarecem que,

se o que as pessoas buscam é proteção e segurança excepcionais dos valores depositados nos cofres, proteção e segurança que esperam sejam correspondidas pelo serviço prestado, então, é de se concluir que há nesse contrato uma cláusula de segurança, que constitui a sua essência, o seu objeto específico. O banco, ao celebrá-lo, atua como profissional da segurança, isto é, vende segurança, assumindo, portanto, uma obrigação de resultado, próxima do risco integral, que não pode ser afastada nem pelo caso fortuito ou força maior. [...] Tenha-se em conta que a própria ocorrência de furto ou do assalto, por si só, evidencia ter falhado o esquema de segurança e vigilância prestado profissionalmente. (“Revista do Advogado”, julho de 2012, nº 116, p. 45)

Nessa linha:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – ROUBO DE COFRE ALUGADO – Responsabilidade do banco depositário. Danos material e moral. Os bancos depositários são, em tese, responsáveis pelo ressarcimento dos danos materiais e morais causados em decorrência do furto ou roubo dos bens colocados sob sua custódia em cofres de segurança alugados aos seus clientes, independentemente de prévia discriminação dos objetos guardados nos mesmos. (REsp. 333.211-RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ 18.3.2002)

É de responsabilidade do banco a subtração fraudulenta dos conteúdos dos cofres que mantém sob sua guarda. Trata-se de risco profissional, segundo o qual deve o banco arcar com os ônus de seu exercício profissional, de modo a responder pelos danos causados a clientes e a terceiros, pois são decorrentes da sua prática comercial lucrativa. Assim, se a instituição financeira obtém lucros com a atividade que desenvolve, deve, de outra parte, assumir os riscos a ela inerentes. (REsp. 1.093.617-PE, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 23.3.2009)

Também nessa linha, o precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS – ROUBO DE COFRE BANCÁRIO – Relação de consumo – Autoras que mantinham contrato com o banco para guarda de joias de família – Contrato bancário atípico, de natureza mista, que impõe uma obrigação de resultado, qual seja, a de resguardar a integridade e quantidade dos bens que foram confiados

à instituição financeira – Cláusula limitativa de uso, que se mostra abusiva, notadamente porque o valor de R\$ 15.000,00, previsto no contrato, não soa razoável nem compatível para quem oferece o serviço de cofre, em que, usualmente, são guardados objetos de valor elevado – Abusividade da cláusula, na medida em que atenua a responsabilidade do fornecedor, ofende a boa-fé objetiva e coloca o consumidor em desvantagem exagerada (art. 25, c.c. art. 51, I e IV, CPC) – Nulidade da cláusula – Dever do banco réu de indenizar os consumidores, não só em razão do risco de sua atividade econômica, mas também pela responsabilidade civil objetiva disciplinada pelo art. 14, § 3º, inciso II, do CDC – Valor dos bens estimado pela perícia – Ausência de contraprova do banco, presumindo-se a boa-fé dos usuários com relação aos bens relacionados, até porque o banco não exigiu qualquer declaração no momento da contratação – Restituição devida – RECURSO DAS AUTORAS PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DO RÉU DESPROVIDO NESTE TÓPICO. DANOS MORAIS – ROUBO DE COFRE BANCÁRIO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – Danos morais decorrentes da frustração e desolação pela perda de joias de família – Valor da indenização fixada em R\$ 10.000,00 para cada uma das autoras, que se mostra razoável e adequado ao caso concreto – Precedentes deste e. TJSP – Sentença mantida neste tópico – RECURSOS DESPROVIDOS NESTE TÓPICO. (Apelação 0145250-41.2012.8.26.0100, Rel. Des. SÉRGIO SHIMURA, j. 27.07.2016)

Todavia, em outro precedente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que não haveria abusividade na cláusula limitadora de responsabilidade, observada as peculiaridades do caso concreto:

Prestação de serviços bancários – Ação de Indenização por danos materiais e morais Inocorrência de cerceamento de defesa – Roubo a agência bancária Bens do autor subtraídos do cofre de segurança, disponibilizado pelo réu, mediante contraprestação pecuniária Contrato de aluguel de cofre particular contendo cláusula limitativa de uso. Ausência de ilegalidade. Validade da cláusula que delimita a responsabilidade do banco quanto aos valores sobre os quais recai a obrigação de segurança e proteção por ele assumidas. Contratado que não tem acesso direto e nem ciência sobre o conteúdo do cofre. Impossibilidade de banco responder por bens cujo valor exceda ao previsto no contrato. Infringência ao Código de Defesa do Consumidor não configurada. Restituição dos prejuízos materiais que deve se restringir aos termos pactuados entre as partes. Dano moral caracterizado Responsabilidade objetiva da instituição financeira com base na teoria do risco da atividade – Desnecessidade de comprovação específica quanto ao sofrimento emocional suportado pelo autor, que teve suas joias e objetos de grande valor sentimental subtraídos do cofre disponibilizado pela instituição financeira. Fixação do quantum indenizatório em R\$ 50.000,00, quantia que se mostra adequada diante das circunstâncias do caso concreto Sucumbência mínima do réu reconhecida Autor que responde integralmente pelas verbas sucumbenciais. Agravo retido do réu não provido e apelo do autor parcialmente provido. (Apelação 0126204-66.2012.8.26.0100, Rel. Juíza Conv. MÁRCIA CARDOSO, j. 24.05.2017)

4.4. Exemplos de responsabilidade na compra e venda de móveis e imóveis

No que concerne aos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante o pagamento do preço em prestações, o art. 53, CDC, é expresso em dispor que é nula de pleno direito a cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor/fornecedor quando este postular a resolução do contrato e a retomada do bem.

E mais, mesmo que o consumidor comprador tenha dado causa à resolução do negócio, tem direito à restituição – parcial e proporcional – do que pagou.

Em harmonia, o art. 52, II, CDC, reitera ser abusiva a cláusula que subtraia ao consumidor a opção (melhor dizendo, o direito) deste ao reembolso do que pagou; e o inciso IV do art. 52 repete a ideia de abusividade a cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada ou excessivamente onerosa.

No compromisso de compra e venda a prestações, se se permitir ao fornecedor, promitente vendedor, reter as parcelas pagas, a vantagem é inconfessadamente exagerada na medida em que se beneficia do montante recebido, da valorização do imóvel e da futura revenda ao próximo adquirente.

Dando fecho, a Súmula 543 do STJ, de 26.08.2015, edita que:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

4.5. Exemplo de responsabilidade no contrato de seguro

Uma última hipótese que se nos afigura interessante diz com o contrato de seguro, no qual vem prevista a exclusão da responsabilidade da seguradora em caso de *furto simples*. O consumidor, dependendo das circunstâncias, nem sempre dispõe de conhecimento técnico, nem esclarecimento suficiente, para diferenciar a modalidade de furto *simples* do *qualificado*, situação que pode ofender seu direito básico de ter informação clara, precisa, adequada e expressa (arts. 6º, III, 31 e 46, CDC). Nesses casos, eventual cláusula excludente ou atenuante de responsabilidade da seguradora igualmente é nula de pleno direito.

5. Conclusão

Na relação de consumo, diante da eventual hipossuficiência, técnica ou econômica, do consumidor em face do fornecedor, a cláusula ambígua ou contraditória é de ser interpretada de acordo com os princípios informativos e norteadores do Código de Defesa do Consumidor (da transparência, da confiança, da equidade e da boa-fé).

O Código de Defesa do Consumidor, prevendo não ser possível a enumeração fechada e taxativa das hipóteses de cláusulas abusivas, houve por bem apenas enumerar algumas situações que encerram nulidades de pleno direito.

A consequência da declaração de nulidade importa a integração do negócio jurídico, seja com a simples exclusão do contrato, seja com a integração das demais cláusulas em razão da declaração de nulidade.

Portanto, nada impede que haja redução do negócio jurídico, extirpando-se a cláusula abusiva do contrato, o qual deve ser integrado, reequilibrando os direitos e as obrigações recíprocas.

A cláusula atenuadora de responsabilidade é aquela que *impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade* do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, I, CDC).

Embora o dispositivo se refira aos *vícios do produto e de serviço*, a cláusula é igualmente abusiva se exonerar ou atenuar a responsabilidade pelo *“fato do produto e do serviço”*.

Além disso, a responsabilidade pela reparação, sobre ser objetiva, é também solidária. No repertório jurisprudencial há inúmeros casos em que se desconsidera a cláusula atenuadora de responsabilidade, como nos contratos de transporte de mercadorias, de prestação de serviços médicos e hospitalares, bancários, compra e venda e de seguros.

6. Bibliografia

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo: RT 628/69, 1988.
- BITTAR, Carlos Alberto. A fenomenologia contratual nos dias presentes. In: *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Formas sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*. RePro 05/128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Coordenação de Aparecido Hernani Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

