

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

EGINAR JORDÃO DE VASCONCELOS NETO

**AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TAC TEC: A NÃO CONDENAÇÃO À
RESTITUIÇÃO EM DOBRO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA CAPITAL
PERNAMBUCANA**

Recife
2013

EGINAR JORDÃO DE VASCONCELOS NETO

**AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TAC TEC: A NÃO CONDENAÇÃO À
RESTITUIÇÃO EM DOBRO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA CAPITAL
PERNAMBUCANA**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito final para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências jurídicas
Orientadora: Profa. Dr. Renata Andrade

Recife
2013

Vasconcelos Neto, E. J.

Ações de repetição de indébito tac tec: a não condenação à restituição em dobro nos juizados especiais cíveis da capital pernambucana. / Eginar Jordão de Vasconcelos Neto: O Autor, 2013.

50 folhas.

Orientador(a): Profª Drª Renata Andrade.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Repetição de Indébito 3. Caráter Normativo 4. Juizados Especiais Cíveis 5. Aplicação Correta

I. Título.

**740 CDU (2.ed.)
740 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2014- 208**

Dedico este trabalho a minha família e amigos
que sempre estiveram ao meu lado.

Eginar Jordão De Vasconcelos Neto

**AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TAC TEC: A NÃO CONDENAÇÃO À
RESTITUIÇÃO EM DOBRO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA CAPITAL
PERNAMBUCANA**

DEFESA PUBLICA em RECIFE,

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Renata Andrade

1º Examinador: Professor (a) Ms./ Dr.

2º Examinador: Professor (a) Ms./ Dr.

**“A vida nunca me ensinou a desistir,
nem ganhar e nem perder, mas procurar evoluir”.**

Alexandre Magno Abrão

AGRADECIMENTOS

Com o passar do tempo, todos nós crescemos e evoluímos, contudo uns mais ou menos que outros, o importante desta vida é está sempre atento para todas as dificuldades e conquistas, buscar entendê-las e evoluir com todas elas. A vida no plano material é feita por dias de luta e dias de glória, não devemos nunca desistir de nossos ideais e das pessoas que amamos. Por isso, agradeço a Deus, todos os dias, pela Sua presença em minha vida e pela Sua luz que ilumina meus passos.

Agradeço também a minha família, em especial a minha mãe Alice de Fátima, a quem dedico esta monografia e ao meu pai, de quem herdei o nome, Eginar Jordão, que sabem todo sacrifício passado e todas as dificuldades que passamos para chegarmos até o fim de mais um ciclo, então são merecedores tanto quanto eu de mais uma conquista em minha vida, estejam sempre ao meu lado para que possamos crescer sempre juntos.

Agradeço a minha namorada, Mariana Rosa, que trilhou comigo e soube entender minha ausência em determinados momentos durante esses anos, tornando-se meu porto seguro para todas as horas. E toda sua família, em Especial a seu pai José Luiz Cruz, que ajudou, quando não tinha obrigação, deu forças bem como uniu eles para que este ciclo pudesse se encerrar com sucesso, tornando-se um segundo pai para mim.

Agradeço inicialmente a Professora Renata Andrade, orientadora deste trabalho, pela sua paciência e disponibilidade, e por me acompanhar nessa etapa muito importante da minha vida, me ajudando a compreender novos conceitos e contribuindo para o meu progresso acadêmico. E ao Professor Tiago Lapenda, por sua disponibilidade, boa vontade e sua enorme contribuição, através de suas aulas, para o enriquecimento do conteúdo desta presente monografia.

Meus sinceros agradecimentos aos Beis em Direito, Dra. Débora de Almeida Cavalcanti e Dr. Leonardo de Almeida Cavalcanti, primeiros advogados que acreditaram e confiaram na minha capacidade profissional me dando a oportunidade de crescer e conhecer na prática todos os prismas que este curso proporciona, agradeço ainda por estarem me passando seus vastos conhecimentos e por terem sido peças de fundamental importância para meu futuro profissional.

Agradeço também aos meus amigos, dos mais próximos, em especial a Felipe Augusto, vizinho, amigo e irmão que contribuiu, acreditou e me ajudou durante todo o curso e

durante todo tempo que nos conhecemos nos altos e baixos que a vida nos proporciona para que possamos evoluir sempre. E a Leonardo Felipe, verdadeiro amigo e parceiro de trabalho e de vida, cresceu profissionalmente junto comigo como também agregou valores que levarei sempre em minha vida. Aos mais distantes, que de alguma forma estiveram presentes nesse período e contribuíram para meu sucesso. E finalmente aos amigos e companheiros de guerra, Rafael Magalhães, Leandro Lustosa, Marina Menezes, Sírnia Alves, Gustavo Câmara, Wagner Gomes e Ítala Roberta, que por 5 anos estiveram ao meu lado compartilhando experiências.

RESUMO

Nos últimos anos observou-se um fenômeno no crescimento do nível de cobrança de indébitos na capital Pernambucana, inclusos muitas vezes entrelinhas, em contratos de consumo, compra e venda, financiamentos, dentre outros através de taxas e tarifas já sancionadas por lei como sendo de caráter abusivo. Neste sentir o presente trabalho conceituará cada um dos institutos envolvido na matéria bem como tentará demonstrar que a não aplicação da norma, traz para a sociedade uma insegurança e fragilidade na relação de consumo. Buscará o valor do caráter normativo imposto pelo legislador constituinte ao sancionar, nas Ações de Repetição de Indébito, a devolução em dobro, conforme artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, somado ao entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em detrimento da correta aplicação dos magistrados dos Juizados Especiais Cíveis da comarca de Recife/PE.

Palavras chave: Repetição de Indébito. Caráter Normativo. Juizados Especiais Cíveis. Aplicação Correta.

RESUMEN

En los últimos años se ha producido un fenómeno creciente en el nivel de colección indébitos la capital de Pernambuco, las líneas a menudo incluidas en los contratos de consumo, de compra y venta, financiamiento, entre otros a través de las tasas y aranceles ya sancionadas por la ley como carácter abusivo. En este sentido, el presente trabajo conceituará cada uno de los institutos involucrados en el asunto y tratar de demostrar que la no aplicación de la norma, la sociedad lleva a la inseguridad y la debilidad en la relación de consumo. Busque el valor de la normativa legislador constitucional impuesto por la sanción , las acciones de repetición indebida , regresan doble, según el artículo 42 del Código de Protección al Consumidor, además de la comprensión jurídica de la Corte Superior de Justicia en lugar de la correcta aplicación de jueces de los tribunales de reclamos menores del barrio de Recife / PE .

Palabras clave: Repetir uso indebido. carácter normativo. tribunales civiles especiales. La correcta aplicación.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 | CAPÍTULO I AGENTES DA RELAÇÃO DE CONSUMO | 14 |
| 2.1 | Conceito de consumidor | 14 |
| 2.1.1 | O Direito à Qualidade de Bens e Serviços | 16 |
| 2.1.2 | O Direito à Proteção da Saúde e à Segurança Física | 16 |
| 2.1.3 | O Direito à Formação e Educação | 17 |
| 2.1.4 | Proteção Contratual | 17 |
| 2.2 | Conceito de Fornecedor.... .. | 18 |
| 2.3 | Da ilegalidade das tarifas bancárias de abertura de crédito e emissão de boleto ou carnê | 19 |
| 2.4 | Das taxas indevidas cobradas em financiamentos e sua abusividade | 21 |
| 2.5 | Conceito da Repetição do Indébito | 22 |
| 3 | CAPÍTULO II ASPECTOS PROCESSUAIS..... | 24 |
| 3.1 | A ação de repetição do indébito no Código de Processo Civil..... | 24 |
| 3.2 | A ação de repetição do indébito no Código de Defesa do Consumidor | 25 |
| 3.3 | Natureza Jurídica da restituição indenizatória | 27 |
| 3.4 | Teoria do Punitives Damages | 28 |
| 3.4.1 | Diferenças entre a função pedagógica e a função reparatória | 29 |
| 3.5 | Enriquecimento sem causa | 30 |
| 3.6 | O parágrafo único do art. 42 do CDC e o Punitive Damage | 31 |
| 4 | CAPÍTULO III ANÁLISE JURISPRUDENCIAL | 33 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.1 | Relações de Consumo | 33 |
| 4.2 | Conceito de obrigação (Formação do vínculo de crédito e débito) | 34 |
| 4.3 | Do abuso do Direito nas relações de consumo e o CDC | 34 |
| 4.4 | Contratos | 35 |
| 4.4.1 | Função Social dos Contratos nas Relações de Consumo | 36 |
| 4.4.2 | Clausulas Abusivas | 36 |
| 4.5 | Princípios do Código de Defesa do Consumidor | 38 |
| 4.5.1 | Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor | 38 |
| 4.5.2 | Princípio da Hipossuficiência do consumidor | 40 |
| 4.5.3 | Princípios de Boa-Fé | 41 |
| 4.5.4 | Princípios Transparência | 42 |
| 4.6 | Análise de Jurisprudência..... | 43 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 47 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 49 |

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia é requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito, fundamentada nas Ciências Jurídicas especificamente no estudo da responsabilidade civil das instituições financeiras, Cláusulas abusivas, o valor do caráter da sanção prevista do artigo 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor e a sua não aplicação nas Ações de Repetição de Indébito referentes às Tarifas de Abertura de Crédito (TAC), apresentadas nos contratos de financiamento ajuizadas nos Juizados Especiais Cíveis da cidade do Recife, capital Pernambucana.

Este trabalho tem como metodologia de sua pesquisa o estudo que utiliza técnicas de descrição, comparação, síntese e análise, conceituando os institutos e agentes referentes à sua matéria, das normas contidas dentro do ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, bem como o entendimento da presente matéria pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em detrimento dos julgados proferidos pelos magistrados dos Juizados Especiais Cíveis na capital Recifense.

O estudo será realizado de forma que tentará demonstrar que a não incidência da condenação à restituição em dobro, traz para a sociedade uma insegurança e fragilidade na relação de consumo entre as grandes empresas e o hipossuficiente consumidor.

Atenta a essa realidade, a análise proposta tem sua justificativa na constatação de que o valor da condenação com caráter restitutivo em lugar do punitivo (teoria do *punitives damages*) não inibe e tampouco oferece “freios” as empresas que continuam a realizar cobranças desta natureza. Já que em sua grande máxima, o lucro supera a “perda” nos Tribunais.

Também faz parte do presente estudo o instituto do Enriquecimento Sem Causa, ou seja, a manobra utilizada pelas financeiras de multiplicarem os valores cobrados indevidamente em razão do tempo médio que terão para restituir os indébitos mediante ações judiciais.

O tema insere-se, portanto, dentro da linha de pesquisa referente aos julgados das ações revisionais dentro dos Juizados Especiais da capital Pernambucana, a não aplicação da norma infraconstitucional, o valor de seu caráter restitutivo ou punitivo. Assim, tem-se por objetivo geral a análise da restituição em dobro nas ações de indébito (TAC) e o instituto do enriquecimento sem causa. E como objetivo específico demonstrar como são seus efeitos

práticos sociais, quando da não aplicação na norma, concentrando-se no direito civil delimitado pelo código de defesa do consumidor.

2 CAPÍTULO I – AGENTES DA RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1 Conceito de consumidor

Atempadamente é mister iniciar esta presente pesquisa com o conceito e fundamento do objeto se não principal o mais importante do estudo, o consumidor. Por suas origens históricas e por sua conotação política, o Direito do Consumidor é derivado dos direitos universais do ser humano, onde a liberdade de poder fazer parte de um mercado e dele participar como contratante de bens ou de serviços são equitativamente proporcionais para todas as pessoas.

Os seus primeiros passos na história iniciaram-se com as relações de consumo caracterizadas pelos negócios interpessoais, movimento em que os consumidores mantinham contato direto com os fornecedores. Mas com a evolução da tecnologia o industrialismo e a produção em larga escala passaram a fazer parte do cenário consumerista modificando as relações negociais tornando-as pluripessoais e difusas. Em outras palavras as relações que antes eram primitivas e que permitiam o consumidor conhecer e manter contato direto com o fornecedor e assim melhor escolher os produtos ou serviços e iria adquirir, no final do século XIX essa relação tão “intima” passou a ganhar foro de universalidade, distanciando o consumidor do fornecedor direto, fazendo suas escolhas de aquisição através das marcas dos produtos e serviços, sem qualquer contato com os seus fornecedores.

Perante a Legislação em vigor, a Lei 8.078/1990, consumidor está definido como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Pessoa física é qualquer agente natural que faça uso de suas atribuições para adquirir um produto, por exemplo, comprar determinado objeto em um shopping, já a pessoa jurídica faz referencia, por exemplo, a uma empresa que adquira em uma determinada loja de informática vários computadores para o seu setor de financeiro. Obsevando ainda minuciosamente a letra do ordenamento infraconstitucional é notado que é utilizada a expressão “adquirir” ao invés de “comprar”, isto porque a expressão adquirir se enquadra no rol que abarca todas as formas jurídicas de aquisição consideradas para efeitos do código de defesa do consumidor, alargando ainda mais o seu alcance. Ato contínuo, seguindo o raciocínio lógico do constituinte, consumidor seria “qualquer pessoa física ou jurídica que adquire um produto ou serviço...”, ao se referir a produto pode está fazendo referência a um objeto material ou imaterial, o primeiro seria algo concreto, físico, a exemplo de uma roupa, um carro, um eletro doméstico, já para o segundo seria o abstrato, a exemplo de uma conta

bancária, energia elétrica dentre outros, e por fim, ao citar serviço, está delimitada a uma prestação intelectual ou física de trabalho, todos servindo para efeitos do CDC. Ou seja, consumidor seria toda e qualquer empresa ou pessoa natural, que adquire um produto (material ou imaterial podendo ser concreto ou abstrato), ou um serviço (por sua vez podendo ser físico ou intelectual), ambos como destinatários finais. Contudo a palavra chave e mais importante desta classificação se encontra em sua última frase “como destinatário final”, ou seja, para a legislação brasileira só é considerado consumidor aquele que adquire para si o produto ou serviço como o último da relação de consumo, denominada “Teoria Finalista”.

Porém, como o CDC também é protecionista, o legislador pensando em proteger de forma mais robusta criou mais duas formas de consumidor. A primeira sendo o consumidor por equiparação, ou seja, aquele que apesar de não ter comprado o produto ou serviço, sofreu um acidente de consumo em sua vida, saúde, segurança, atividade física ou moral por consequência da atividade de consumo. E a segunda forma são os consumidores indeterminados, ou seja, aquele que não se consegue individualizar, a exemplo de um posto de gasolina que vende gasolina adulterada.

“Art. 2º... Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
Art. 29... equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

O principal aspecto a ser destacado é que com o passar do tempo a definição de consumidor no sistema jurídico brasileiro foi se tornando cada vez mais abrangente, primeiramente deixando de lado os moldes restritivos do sistema capitalista Americano do qual foi formado pela “Teoria Maximalista”, onde consumidor era somente aquela pessoa que estivesse na condição de vulnerabilidade, caracterizada por sua vez em cinco espécies das quais são: a Técnica, Jurídica, Fática, Socioeconômica e a Insuficiência do mercado. Com a evolução para a já supramencionada “Teoria Finalista” o CDC (Código de Defesa do Consumidor) ampliou ainda mais o seu leque para absorver outros tipos de consumidores.

“Inobstante, a toda hora surgem nos nossos teóricos e nos nossos tribunais verdadeiras deturpações do Direito quando apequenam a condição de ser ‘consumidora’ somente a pessoa subjetivamente considerada hipossuficiente no mercado, o que de forma alguma condiz com a definição legal de “consumidor” esculpida no artigo 2º do CDC”. (GAMA, 2008, p 10).

Em seguida, apesar de nos dias atuais ainda existirem deturpações do que viria a caracterizar esta pequena condição de ser do “consumidor” por nossos doutrinadores e Magistrados, há em nossos tribunais julgados precedentes que não estão considerando somente o critério de destinatário final econômico para a caracterização da relação de consumo ou conceito de consumidor. Os aspectos que também estão sendo levados em consideração nas discussões e entendimentos acerca do tema é a flexibilização e amplitude ainda maior do conceito onde é pontuada além da vulnerabilidade a hiposuficiência do consumidor, dando munições e conseqüentemente maiores forças a este microssistema jurídico obtendo como resultado um equilíbrio equitativo nos dois “pratos da balança” que representam a cadeia produtiva entre fornecedor e consumidor.

“A noção de destinatário final não é unívoca. Pode ser entendida como o uso que se dê ao produto adquirido. Sob esse viés, seria consumidora a pessoa jurídica que utilizasse o produto para fins não econômicos. Isso poderia reduzir a proteção legal do consumidor a pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa. A doutrina e a jurisprudência, por isso, vêm ampliando a compreensão da expressão 'destinatário final' para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade.” RECURSO ESPECIAL Nº 1.080.719 - MG (2008/0179393-5).

2.1.1 O Direito à Qualidade de Bens e Serviços

Todos os produtos e serviços adquiridos devem satisfazer os fins a que se destinam de forma a não frustrar as expectativas, quanto à qualidade, quantidade e utilidade de quem adquire. A Lei 9.099/95 estabelece que estes devam satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que lhes são atribuídos.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: ... III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

2.1.2 O Direito à Proteção da Saúde e à Segurança Física

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, ficam permanentemente proibidos o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que ponham em risco a saúde e a segurança física do ser humano. Caso o Poder Público tome ciência de alguma das infrações taxativamente expressas na forma da lei deverá tomar todas as medidas para proceder com à

fiscalização e respectivos procedimentos de retirada de circulação além de punir as empresas infratoras. Salvo quando o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança informar de modo ostensivo e adequado quanto à nocividade ou periculosidade do produto ou serviço oferecido.

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;...

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”

2.1.3 O Direito à Formação e Educação

Todos os consumidores e fornecedores devem receber orientações quanto aos seus direitos e deveres, sobre o consumo adequado dos produtos ou serviços para conhecerem a qualidade e as características dos bens fornecidos e dos serviços utilizados, assegurando sempre a liberdade de escolha e contratação entre as partes.

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

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

2.1.4 Proteção Contratual

Os consumidores devem ter informações claras e precisas sobre as cláusulas contratuais gerais, de modo a evitar-se a inclusão nos contratos de cláusulas que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor. Não obrigando assim o consumidor ao contrato caso não tenha conhecimento do que nele esteja escrito.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

2.2 Conceito de Fornecedor

Assim como é importante conceituarmos consumidor, também se faz necessária a exposição do que viria a ser o Fornecedor, já que em um dos “pratos da balança” está ocupado pelo consumidor, no outro encontra-se a figura do fornecedor, fazendo assim o contrapeso para o equilíbrio da relação. Na Lei 8.078/1990, fornecedor está especificado de forma taxativa como sendo toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada ou ente despersonalizado, ou seja, aquela que não possui seus atos constitutivos registrados no cartório oficial competente, ou que tenha tido a sua personalidade desconstituída, a exemplo de um espólio ou massa falida, caracterizado sempre que se enquadrar em dois requisitos, sendo o primeiro a habitualidade, que vem sempre de forma cotidiana ou periódica desde que constante e o segundo advindo da onerosidade, desde que seja implícita (embutido o valor das mercadorias), ou explícita que pague com o dinheiro de forma tradicional.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ainda no mesmo artigo, nos parágrafos 1º e 2º, o legislador oportuniza para, evitando interpretações contraditórias, determinar o que viria a ser produto como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial e serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Para efeitos práticos do código, Fornecedor não são apenas aqueles que produzem ou fabricam, são também aqueles que vendem os produtos. Nesse aspecto podemos verificar que a definição de fornecedor se afasta da definição de consumidor, pois enquanto a este

último haverá de ser o destinatário final “Teoria Finalista”, não se verificando tal exigência quanto ao fornecedor, que poderá ser o fabricante, o intermediário ou o vendedor final, bastando que se enquadrem nos requisitos de habitualidade e onerosidade já supramencionadas fazendo disso sua profissão ou atividade principal.

“Não importa a forma como é exercida a atividade de fornecimento e nem importa se a pessoa chegou ou não a fechar negócio. Basta que esteja na atividade de ofertar bens e serviços ou mesmo na atividade de organizar um cadastro de consumidores para um futuro ou hipotético fornecimento, certamente será tal pessoa uma ‘fornecedora’, ainda que não represente um ente despersonalizado, sem características próprias de “pessoa jurídica”, mas que haja intervindo como fornecedora no mercado de consumo” (GAMA, 2008, p 31).

2.3 Da ilegalidade das tarifas bancárias de abertura de crédito e emissão de boleto ou carnê:

Contemporaneamente, com a evolução da tecnologia e do mundo moderno, surgem a cada dia novos tipos de taxas, tarifas e encargos denominados de forma diversa. Contudo como já supramencionado, são regulados pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, diversos tipos de taxas “criadas” e cobradas indevidamente, onerando assim, vias de regra, os contratos de financiamento e de empréstimos. No rol dessas taxas e tarifas nem sempre são de fácil compreensão do consumidor entender o que casa uma delas significa, porém há outras de mais fácil compreensão que também são passadas despercebidas pelos consumidores e que são caracterizadas como ilegais pelo CDC.

Em alguns contratos de financiamento, a exemplo de uma aquisição de um carro na modalidade de financiamento, ou quando adquirido um imóvel, são cobradas as “famosas” Tarifa de Abertura de Cadastro (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC), objetos do presente estudo.

Prefacilmente urge a necessidade de ressaltar que, no caso em tela, trata-se de "tarifas" bancárias e não de "taxas" Tributárias. A diferença, aparentemente tênue entre ambas é que taxa é uma exigência do governo, tanto para uma pessoa Jurídica, quanto para uma pessoa natural, cobradas em razão do uso de determinado serviço, como por exemplo, o pagamento das taxas de bombeiro ou de coleta de lixo.

Já o artigo 142, em seu II, da Constituição Federal normatiza sua instituição pelos entes federativos da união:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
(...)
II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.”

Já a tarifa é a contraprestação pecuniária cobrada pela prestação de serviços, isto é, a remuneração paga pelo agente que utilizou o serviço. Ou seja, tarifa é a remuneração do contratante por um serviço que prestou ao cliente. Não possuindo caráter de tributo e devido somente pelo serviço prestado.

A TAC tem a finalidade de ressarcir, em tese, a uma instituição financeira pelo fornecimento de crédito, principalmente em empréstimos e financiamentos. A referida tarifa, foi criada com a intenção de remunerar o banco pelo "serviço" de conceder crédito aos correntistas. Definição esta amplamente debatida nos dias de hoje.

Já em relação ao TEC, foi criada com a finalidade de repassar para o tomador do financiamento o valor pelo serviço de emissão dos carnês de pagamento e/ou dos boletos bancários.

A teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078 de 11.09.1990, considera-se a atividade bancária alcançada pelas normas do Código de Defesa de Consumidor, incluída a entidade bancária ou instituição financeira no conceito de "fornecedor" e o aderente no de "consumidor".

E conforme a aplicação acerca do CDC a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

Súmula 297. "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

Ademais, importante, ressalta que a tarifa de abertura de cadastro (TAC), por ser abusiva foi extinta pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) por meio da Resolução n. 3.517/07. Proibindo também o Banco Central do Brasil, desde setembro de 2009, sua cobrança e de tarifas similares, aos efeitos das Resoluções nº 3.466/2009 e 3963/2009.

Acrescentado pelo Decreto nº 27.540, do Governo do Estado de Pernambuco, de 10.01.2005, que decretou a proibição da cobrança da taxa de abertura de crédito, taxas de abertura de cadastros ou quaisquer outras similares.

“Art. 1º. É terminantemente vedado, no âmbito do Estado de Pernambuco, a cobrança de Taxas de Abertura de Crédito, Taxas de Abertura de Cadastros ou quaisquer outras tarifas similares que caracterizem, direta ou indiretamente, despesas

acessórias na compra de bens móveis, imóveis e semoventes no Estado de Pernambuco.”

2.4 Das taxas indevidas cobradas em financiamentos e sua abusividade

Segundo Luis Antonio Rizzatto Nunes, define-se o abuso do direito quando algum agente titular comete excessos em um direito legítimo, ocasionando dano a outrem. Ou seja, caracteriza-se pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular.

O CDC não determina a abusividade; pelo contrário, criou uma lista formada por um rol exemplificativo instituindo duas cláusulas gerais a serem postas a favor do consumidor: são elas a cláusula da boa-fé e a cláusula da lesão enorme.

O artigo 51 do CDC na maior parte de seus incisos lista as hipóteses constantes da lista de cláusulas proibidas

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”

Além das cláusulas já elencadas, a Secretaria de Direito Econômico, instituiu uma série de portarias acrescentando outras cláusulas abusivas ao rol do art. 51. Contudo, por uma questão de legalidade, possuem uma eficácia limitada ao âmbito administrativo, servindo apenas de parâmetro para os magistrados, sendo utilizadas em combinação as cláusulas gerais especificadas no artigo supracitado.

No caso em debate, as tarifas abusivas, cobradas indevidamente pelas instituições financeiras encontram-se identificadas no Contrato de Financiamento celebrado entre as partes, muitas vezes escritas em letras pequenas do contrato. Não havendo a sua efetiva identificação, e, portanto, não repassando para o consumidor, antes da assinatura do contrato, as informações adequadas e efetivamente claras sobre a que produto ou serviço corresponde, pois, não possui quaisquer especificações de quantidade, características, composição, qualidade e individualização.

Então, o sujeito passivo que tenha pagado valores indevidamente cobrados poderá requerer a sua devolução em dobro, conforme atesta o parágrafo único do artigo 42 do CDC “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”, por via judicial através da Ação de Repetição do Indébito.

Deverá então, para proteção dos direitos do consumidor, entender a expressão “taxa” em seu mais amplo significado, de toda e qualquer estipulação contratual, escrita ou verbal, de todas as formas possíveis capazes de criarem uma relação jurídica de consumo.

2.5 Conceito da Repetição do Indébito

A Repetição de Indébito enseja a ideia da expressão “solve et repete”, ou seja, prescreve que o contribuinte para contestar um tributo, deve primeiro pagá-lo. No entanto, o cerceamento de defesa é repellido pela Constituição Federal, que visa facilitar o acesso do

cidadão ao Judiciário. A ação de repetição de indébito é cabível para restituir os valores dos tributos pagos indevidamente. O pedido deve constar a confirmação do pagamento indevido e exigir daquele que recebeu a devolução da importância paga. É classificada como uma ação de conhecimento de natureza condenatória.

Segundo a Súmula 546 do Supremo Tribunal Federal brasileiro: "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte "de jure" não recuperou do contribuinte "de facto" o "quantum" respectivo."

Repetição do indébito (do latim *repetitio indebiti*) é tanto o direito quanto a medida processual na qual uma pessoa pleiteia a devolução de uma quantia paga desnecessariamente. Trata-se de uma modalidade de enriquecimento sem causa, fundamentada na inexistência da dívida e em um pagamento indevido por um objeto lícito. Por exemplo: Supondo que um consumidor compre um produto que custa noventa reais usando uma nota de cem e o vendedor não lhe dá nenhum troco. O nome da garantia que permite ao consumidor exigir a devolução dos dez reais pagos a mais é repetição do indébito.

É importante ressaltar que o artigo 42, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe que "no caso de cobrança indevida de dívida do consumidor este terá direito à repetição do indébito, em valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável". Segundo súmula do STF, engano justificável é aquele no qual o erro não teve intenção de se aproveitar do consumidor ou contribuinte (ou seja, houve boa fé).

3 CAPÍTULO II – ASPECTOS PROCESSUAIS

3.1 A ação de repetição do indébito no Código de Processo Civil

No Código Civil vigente de 2002, a repetição do indébito possui natureza condenatória, o legislador buscou criar a lei da forma que viesse a punir através de sanção civil de direito material, dolosa ou culposamente, o agente que realizar cobranças de dívidas já pagas, ou seja, indevidas.

A matéria é regulada no Capítulo I, dentro de responsabilidade civil no artigo 940 do Código Civil de 2002.

“Art.940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

Conforme taxativo, o legislador buscou sancionar o agente infrator, de forma a repelir determinada conduta, culposa ou dolosa de maneira a se o agente vier a realizar cobranças de dívidas ou quantias já pagas deverá este pagar ao ora cobrado indevidamente à importância do valor em dobro, assim como se a cobrança for realizada por parte da quantia da dívida, esta também já quitada, deverá o agente pagar ao cobrado o equivalente a quantia exigida, pois quando não há mais direito, se traduz em abuso a sua reivindicação.

Para que haja a responsabilidade civil com obrigação da restituir basta apenas que haja a presença do ilícito, tanto na sua modalidade culposa (negligência imprudência e imperícia) quanto na dolosa (intenção de prejudicar).

A forma de se pleitear a cobrança de quantias indevidas é através do rito ordinário na justiça comum ou através do procedimento nos Juizados Especiais Cíveis, onde regulado pela lei 9.099/95, estabelece um rito mais célere para as ações de menor complexibilidade e que atinjam no máximo o valor de 40 (quarenta) salários-mínimos.

A Repetição do Indébito descabe quando o direito a ser reivindicado esteja prescrito, de acordo com artigo 206, parágrafo 5º, inciso I do Código Civil o prazo prescricional é de cinco anos contados a partir da data final do contrato de financiamento.

“Art.206. Prescreve:

[...]

Parágrafo 5º em cinco anos:

I- a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.”

3.2 A ação de repetição do indébito no Código de Defesa do Consumidor

A doutrina e a jurisprudência, em uníssono, atribuem aos negócios celebrados entre o Consumidor e a Financeira o caráter de contrato de adesão por excelência.

Disciplina o art. 54 do CDC, acerca do que é contrato de adesão, *verbis*:

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

Nos contratos de adesão, a supressão da autonomia da vontade é inconteste.

A maioria dos contratos mercantis contém inúmeras cláusulas redigidas prévia e antecipadamente, com nenhuma percepção e entendimento delas por parte do aderente/consumidor.

Efetivamente, é do conhecimento geral das pessoas de qualidade média que os contratos bancários não representam natureza sinalagmático (contratos de compra e venda artigo 481 e seguintes do CC/02), porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente com relação ao suposto conteúdo jurídico, pretensamente, convencionado com o credor.

Em verdade, não se reserva espaço ao aderente para sequer manifestar a vontade. O banco se vê no direito de cobrar o devedor. Se não adimplir a obrigação, dentro dos padrões impostos, será esmagado economicamente.

Não se tem, por parte da instituição financeira, nenhum tipo de possibilidade de manifestação de vontade por parte do aderente, que verdadeiramente só se faz presente para a assinatura do contrato, tendo, assim, que se sujeitar a todo tipo de infortúnio e exploração econômica que se facilmente observa, pois a qualidade de aderente só tem uma condição: “Se não assinar, nas condições estipuladas pela instituição financeira, não há liberação do crédito”.

Lado outro, o Estatuto do Consumidor determina a nulidade das cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e reprime, genericamente, as desconformes com o sistema protetivo do Codex, senão vejamos:

“Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV. Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;”

O novo enfoque da boa-fé vista como princípio geral de direito, "neste contexto nas relações negociais consumeristas deve estar presente o justo equilíbrio, em uma correta harmonia entre as partes" (TARTUCE, 2013, p 36).

No aspecto objetivo, a *bona fides* é incompatível com as cláusulas abusivas, opressoras ou excessivamente onerosas, e abrange um controle jurídico corretivo da relação negocial.

A teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078 de 11.09.1990, considera-se a atividade bancária alcançada pelas normas do Código de Defesa de Consumidor, incluída a entidade bancária ou instituição financeira no conceito de "fornecedor" e o aderente no de "consumidor".

E para que não reste dúvida acerca da aplicação do CDC basta a citação da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

Súmula 297. "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

Percebe-se, portanto, que há falha de informação nos contratos de adesão de financiamento, direito básico do consumidor e dever do fornecedor do produto ou serviço durante toda a relação contratual, conforme preceitua o art. 6º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, em um primeiro momento, conclui-se que essas taxas/despesas são abusivas porque há manifesta violação ao direito básico à informação (art. 6º, VIII, do CDC), pois a instituição bancária não repassa ao consumidor quais os serviços que serão efetivamente contratados.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que as cláusulas contratuais que não possibilitem o pleno conhecimento pelo consumidor não o obrigam, *verbis*:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Ademais, a Tarifa de Abertura de Cadastro – TAC, por ser abusiva foi extinta pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) por meio da Resolução n. 3.517/07.

Aliás, o Banco Central do Brasil, desde setembro de 2009, proíbe sua cobrança e de taxas similares, aos efeitos das suas Resoluções nº 3.466/2009 e 3963/2009.

E mais, o Decreto nº 27.540, do Governo do Estado de Pernambuco, desde de 10.01.2005 decretou a proibição da cobrança da taxa de abertura de crédito, taxas de abertura de cadastros ou quaisquer outras similares.

“Art. 1º. É terminantemente vedado, no âmbito do Estado de Pernambuco, a cobrança de Taxas de Abertura de Crédito, Taxas de Abertura de Cadastros ou quaisquer outras tarifas similares que caracterizem, direta ou indiretamente, despesas acessórias na compra de bens móveis, imóveis e semoventes no Estado de Pernambuco.”

Nesse sentir, convém esclarecer que o Fornecedor somente poderia cobrar taxas/tarifas quando houvesse contraprestação substanciada no fornecimento de serviços diretamente ao consumidor, o que não ocorre na prática, pois tal cobrança atende tão somente a interesses exclusivos das instituições financeiras.

3.3 Natureza Jurídica da restituição indenizatória

No Código Civil de 2002, indiretamente, prevê sanções para os que vierem a descumprir a norma. A exemplo dos artigos 408 à 416 do CC/02, que se referem as cláusulas penais nos contratos. É notadamente clara a intenção do legislador constituinte em atribuir ao Direito Civil a capacidade de atribuir penas aos infratores de seus preceitos.

O Código de Defesa do Consumidor prevê em seu art. 42, parágrafo único, que quando o consumidor realizar o pagamento de algo que é indevido tem direito à repetição do indébito no valor igual ao dobro do que pagou indevidamente.

3.4 Teoria do Punitives Damages

A modalidade jurídica mais comum de se pleitear danos sofridos por alguém (materiais ou morais), é através das ações de indenização reparatórias, visando ser compensado pelo dano causado pelo agente infrator, não possuindo, inicialmente o objetivo de punir ou dissuadir o agente, mais tão somente de ser compensado pelo ato lesivo.

Contudo, ao se verificar contemporaneamente as aplicações das ações indenizatórias aos agentes infratores da lei, percebe-se que a função compensatória da ação pelo dano sofrido não satisfaz mais a pessoa lesada, não sendo suficiente preencher a “lacuna aberta” ato ilícito cometido.

A maioria das ações de indenização não mais estão pleiteando somente pela função reparadora do dano, mas também por algum meio de coibir determinadas condutas, tendo em vista que muitas das ações imprimidas contras as vítimas não trouxeram demasiados prejuízos financeiros, mas trouxeram relevância pela conduta imprudente e demasiadamente realizada pelo agente causador do dano, passando a existir a necessidade de juridicamente ser levando em consideração determinadas condutas para que sejam inibidas de serem realizadas.

Baseados nesse sentimento da função da indenização, países integrantes do “*Commom Law*” desenvolveram uma doutrina denominada de “Punitive Damages”. Essa nova doutrina trás para as ações indenizatórias uma “dupla face”, ou seja, as ações passam a ter não somente a função de reparar o dano por um “*quantum*” financeiro, mas também, de punir a conduta tida como ilegal no âmbito civil. Segundo a doutrina, no valor da indenização será acrescido o valor do “desestimulo”, valor este que tem a função de coibir aquela conduta, caso se entenda que o autor do dano não se sensibilize com os valores a título de indenização reparatória.

Segundo ANDRÉ GUSTAVO ANDRADE, o “Punitive Damages” surge com o objetivo de proteção a dignidade da pessoa humana, principalmente em um cenário jurídico pós Constituição de 1988. Não estando a quantia estabelecida associada somente ao “*Compensatory damage*” (indenização compensatória), sendo um importe financeiro ligado somente a questão do fato.

As indenizações punitivas, ao contrario do que se pensa não se aplicam somente aos danos morais, ou melhor, aos danos não econômicos, ela possui o condão de punir o gerador do dano, com o escopo de que a conduta danosa não volte a se repetir, dando vigor ao caráter duplo da responsabilidade civil, qual seja, o caráter pedagógico e o caráter de ressarcir o dano existente.

3.4.1 Diferenças entre a função pedagógica e a função reparatória

Em uma situação em que um agente causa dano a outro e em virtude desse dano decorre a necessidade de indenizar, inicialmente vem a necessidade de restituir o dano com o caráter de compensa-lo, tornando-se necessário examinar o caso concreto para que seja estipulado o *quantum* reparatório. Entretanto, em um segundo plano quando se for observado que a ofensa é muito grande ou que a prática do ato é repetitivamente praticada e que o dano deixa de ser individualizado só pra a vítima do dano, e sim para toda a coletividade, torna-se necessária à aplicação de medidas que inibam o causador do dano.

“Uma visão isolada poderá até levar a conclusão equivocada de que estará o ofendido enriquecendo sem causa. Aliás essa é a grande preocupação do judiciário, que sob essa justificativa, não raras vezes fixam montantes indenizatórios irrisórios, o que estimula a continuidade dos ultrajes por parte dos maus fornecedores” (ROLLO, 2011, p 74).

Emerge, então, por força de uma nova forma de pensar sobre a responsabilidade civil, a indenização do caráter pedagógico, também denominada de caráter punitivo ou de “Punitive Damage”. Sua função indenizatória é diversa da função reparatória em virtude de dissuadir a conduta danosa. Nessa nova função percebe-se que o objetivo principal não é de apenas reparar o dano experimentado, mas de desestimular a conduta.

Conclui-se que as diferenças entre as indenizações de caráter punitivo e as de caráter pedagógico são que enquanto a primeira busca ressarcir os prejuízos existentes no caso concreto a segunda busca desencorajar um tipo de conduta danosa. Não possuindo a aplicação de uma dependência da outra podendo serem aplicadas separadas ou simultaneamente.

3.5 Enriquecimento sem causa

Não há como negar que no cotidiano nos deparamos com diversos casos onde há enriquecimento ilícito (uns em detrimento de outros). E, notadamente por esse motivo tais casos merecem um amparo jurídico objetivando sua reparação com o retorno do equilíbrio à relação. Com isso, segundo leciona FABIO ULHOA COELHO (2011), o legislador constituinte ao confeccionar o Código Civil de 1916 nos artigos 964 a 971, determinava que todo aquele que receber o que não lhe era devido, que inelutavelmente era uma forma de enriquecimento sem causa, fica obrigado a restituir. Entretanto ainda não fazia referência ao enriquecimento sem causa, tendo sido inserido somente no atual Código Civil de 2002, conforme artigos abaixo transcritos.

“Art. 883 - Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

Art. 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido..

Art. 885 – A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.”

Além de estar vedado em âmbito infraconstitucional, também é proibido em nível constitucional, com a positivação dos valores da equidade e da boa-fé.

Segundo SILVIO SALVO VENOSA:

“Contrapões-se a dualidade da matéria no título deste capítulo por serem, o enriquecimento sem causa e o pagamento indevido, troncos da mesma cepa, ou melhor, o pagamento indevido pertence ao grande manancial de obrigações que surge sob a égide do enriquecimento ilícito. O pagamento indevido constitui modalidade de enriquecimento sem causa.” (VENOSA, 2013, p 203).

O enriquecimento significa qualquer aumento no patrimônio com afastamento de prejuízo. Assim como o empobrecimento será toda e qualquer subtração realizada em cunho patrimonial. Para haver tutela jurisdicional entre o enriquecimento de um agente e o empobrecimento de outro será necessário à comprovação do nexos causal, fazendo com que o

primeiro tenha um aumento patrimonial em detrimento da subtração do patrimônio do segundo agente, consistindo na deslocação de um valor de um patrimônio para outro de forma ilícita.

Neste sentido cabe decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (OU SEM CAUSA) - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - I. Não se há negar que o enriquecimento sem causa é fonte de obrigações, embora não venha expresso no Código Civil, o fato é que o simples deslocamento de parcela patrimonial de um acervo que se empobrece para outro que se enriquece é o bastante para criar efeitos obrigacionais. II. Norma que estabelece o elenco de causas interruptivas da prescrição inclui também como tal qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor. Inteligência do art. 172 do Código Civil. (STJ - Resp 11.025 - SP - 3ª T - Rel. Min. Waldemar Zveiter - DJU 24.02.92).

3.6 O parágrafo único do art. 42 do CDC e o “Punitive Damage”

Para muitos que não acompanham a evolução da responsabilidade civil ainda indagam o porque da restituição em dobro? O legislador claramente estabeleceu a condenação à restituição em dobro do valor cobrado indebitamente baseado no caráter pedagógico da Responsabilidade Civil.

Ao sancionar essa pena, o legislador percebeu que, na prática vinha ocorrendo que muitas empresas estavam cobrando dos consumidores valores indevidos, em excesso, com a finalidade de lesando o consumidor provocar um enriquecimento sem causa.

Leciona ARTHUR LUIS MENDONÇA ROLLO que “nos países da Common Law, adota-se o caráter punitivo das indenizações para desestimular comportamentos antissociais por parte dos ofensores. Desta forma, conseguiu-se assegurar o respeito aos direitos a personalidade humana”.

Desta forma, no parágrafo único do artigo 42 do CDC, buscou-se combater tal conduta reiteradamente cometida punindo por meio da indenização para que quem aja desta forma não volte a cometer esse ilícito novamente, combatendo ainda ao enriquecimento sem causa do fornecedor.

“Art. 42. Omissis. Parágrafo Único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que se pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais.”

Isso posto, concluímos que mesmo que o fornecedor devolva o valor cobrado indevidamente ele ainda terá uma vantagem indevida, pois durante o período que fora

ingressado com a queixa/ação na justiça, só no tempo do tramite judicial que pleiteou o valor restituído o fornecedor teve tempo o suficiente para a partir daquela pequena monta transformar em um valor bastante superior, tendo em vista a sua capacidade de gerar riqueza.

Dizer que o Ordenamento jurídico Brasileiro não está a favor à aplicação da Teoria do Desestímulo estamos indo de encontro ao que está previsto na Legislação pátria. Mesmo não estando expressamente de forma taxativa, nota-se que a dupla função da Responsabilidade Civil é clara e não vai de encontro à vontade do Legislador.

O caráter pedagógico está previsto no nosso sistema normativo e cabe aos operadores do direito aplicarem da melhor forma possível.

“A indenização de caráter exemplar ou punitivo, ponto que interessa no presente momento, é estabelecida como uma resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesse socialmente relevante. Nesta esfera embora não haja uma regra específica regulando o quantum compensatório, devem ser consideradas todas as circunstâncias do caso concreto, de forma a estabelecer um montante proporcional. Porém o caráter punitivo da satisfação não é o elemento definidor do tratamento dos danos extrapatrimoniais. Trata-se de elemento importante na prevenção de comportamentos antissociais. O elemento punitivo é perfeitamente permitido na esfera da responsabilidade civil, conforme recomenda *Tunc*, porém deve-se ter presente que a noção de pena privativa não prepondera na totalidade dos danos extrapatrimoniais.” (ROLLO apud SEVERO, 2011, p 73).

4 CAPÍTULO III – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Antes de adentrar na análise jurisprudencial propriamente dita, é necessário a exposição e esclarecimento de alguns institutos que fazem parte da presente matéria.

4.1 Relações de Consumo

Relação de consumo é a existência de um vínculo jurídico dotado de características próprias em uma relação entre o consumidor e o fornecedor no ato de uma compra e venda, de uma prestação de um serviço ou na aquisição de um produto. A abrangência da tutela do Código de Defesa do Consumidor está adstrita às relações negociais que não estão apenas presentes no "contrato de consumo", mas vão desde "o ilícito do consumo" até o "ato do consumo", das quais participam, necessariamente, o consumidor e o fornecedor, transacionando produtos e serviços, excluindo destes últimos os serviços gratuitos que como já fora destacado não caracterizam um fornecedor e as relações trabalhistas que por sua vez é regida por ordenamento próprio.

Se uma das partes de uma relação jurídica, seja como polo ativo ou como passivo se enquadrar no conceito de consumidor e a outra no de fornecedor existindo ainda um nexo de causalidade capaz de obrigar uma a entregar a outra uma prestação, estaremos diante de um vínculo decorrente da lei ou de um contrato fazendo com que um possa exigir do outro o cumprimento de uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Configurando assim, se presentes todos os quesitos, uma relação de consumo.

Sobre o tema em sentido amplo FLAVIO TARTUCE aponta o entendimento de MARIA HELENA DINIZ que citando DEL VECCHIO define:

“a relação Jurídica consiste num entre pessoas, em razão do qual uma pode pretender um bem a qual a outra é obrigada. Tal relação só existirá quando certas ações dos sujeitos, que constituem o âmbito pessoal de determinadas normas forem relevantes no que atina ao caráter deontico das normas aplicáveis a situação. Só haverá relação jurídica se o vínculo entre pessoas estiver normado, isto é, regulado por norma jurídica, que tem por escopo protegê-lo”. (TARTUCE apud DINIZ, 2013, p 66)

Face ao já exposto e de acordo com o Dicionário Aurélio, consumo é o ato ou efeito de consumir, gastar e para que haja pleito legal, na relação entre fornecedor e

consumidor, pelo Código de Defesa do Consumidor, tem que existir todos os aspectos acima expostos, ou seja, de forma mais prática a afinidade que norteia o consumo é o vínculo entre consumidor e fornecedor ter como objeto o fornecimento de um produto ou da prestação de serviço, logo se formando uma relação de consumo.

4.2 Conceito de obrigação (Formação do vínculo de crédito e débito)

Inicialmente, conceitua Maria Helena Diniz o direito das obrigações como: “um complexo de normas que regem as relações jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em relação a outro” (DINIZ, 2008, p.3)

Ou seja, é em sua essência uma relação jurídica que estabelece entre duas partes, quais sejam o credor e o devedor, algum tipo de obrigação, ou prestação de dar, fazer ou não-fazer alguma coisa. Onde os titulares deste tipo exercem um “poder” imediato sobre determinada coisa, seria uma relação imediata a curto, médio e longo prazo de subordinação entre os dois polos.

Essas obrigações provêm de declarações unilaterais de vontade, que são obrigações emanadas de manifestações de vontade de uma parte e não discriminam desde logo a pessoa do credor, que só surgirá após a constituição da obrigação, materializada em um documento intitulado de contrato. Que por sua vez define-se como sendo uma convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas, em razão da qual uma delas irá sujeitar-se a outra a dar, fazer ou deixar de fazer algo.

Nos contratos apesar de possuírem a vontade unilateral de uma das partes, os particulares têm a faculdade de contratarem da forma que entenderem ser mais vantajosa para si, possuindo como termômetro limitador dessa liberdade a moral, o direito e a moral pública.

4.3 Do abuso do Direito nas relações de consumo e o CDC

O sistema capitalista moderno trouxeram para a sociedade novos tipos de relações jurídicas, que somados com a liberalidade contratual das partes no negócios jurídicos, deram origem a situações que colocam o principio da igualdade em risco. A aparente indissolubilidade das obrigações contraídas mostra-se como correntes para a parte mais fraca, ou seja, o consumidor na relação jurídica.

O art. 170, inciso V, da Carta Magna impõe a existência digna conforme os ditames da justiça social à ordem econômica, trazendo princípios como o da defesa do consumidor.

“Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
V - defesa do consumidor”.

Neste sentido, o ordenamento Pátrio procurou diminuir as desigualdades ocasionadas por estes tipos de modelos econômicos, visando o equilíbrio das partes envolvidas na relação consumerista (consumidor e fornecedor).

Desta maneira, o Código torna efetivamente públicas as relações vistas como estritamente privadas, inserindo assim uma nova ética ao mercado das relações de consumo.

4.4 Contratos

Em uma visão clássica pode-se conceituar através do Código Civil Italiano, que contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de caráter patrimonial. Ou ainda em um prisma mais moderno contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos, contudo sem que necessariamente tenha um formato específico como preceitua o artigo 107 do Código Civil de 2002 “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz, “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”. (DINIZ, 2008, p 30)

E para Orlando Gomes “contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”. (GOMES, 2007, p 10)

4.4.1 Função Social dos Contratos nas Relações de Consumo

O conceito de contrato passou por várias transformações até os dias atuais, ressaltando que essa evolução partiu de sua própria origem, que é na realidade social, ganhando um aspecto próprio na atualidade quanto à sua função social.

Num cenário histórico, foi na reorganização do mercado pós 2ª Guerra Mundial, momento em que se abominava a ideia do controle econômico estatal, que tomou-se como padrão econômico a livre iniciativa e livre concorrência. Ficando então o desenvolvimento do progresso social dependente da evolução dos empreendimentos da concorrência e da iniciativa privada. Mas em pouco tempo ficou evidente que a iniciativa privada por si só era ineficaz para a expectativa gerada de uma sociedade desenvolvimentista.

Segundo THEODORO JUNIOR,

“Deixar sob as rédeas da pura especulação econômica, acabaria por propiciar a anulação da livre concorrência, e a sociedade, fugindo da ditadura política acabaria sob o peso da ditadura econômica imposta por um pequeno grupo de grandes empresas, de feitio monopolista e indiferente aos problemas sociais”. (JUNIOR , 2004, p 63).

Desta feita instalou-se então um novo entendimento jurídico, o qual afastaria antigos paradigmas jurídicos classistas, passaria a voltar-se para as mudanças históricas, abalando os antigos preceitos e abrindo a visão para um novo tipo de contratos privados, com a criação de mecanismos intervencionistas nas relações privadas. Ou seja, em outras palavras, o contrato é derivado da boa-fé de se pactuar mediante o elemento da livre vontade de escolha entre duas ou mais partes em meio a uma realidade em que a função social foi inserida no bojo do direito de propriedade, passando a regular os contratos privados, para que o mesmo viesse a atender aos interesses coletivos.

4.4.2 Cláusulas Abusivas

Trata o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor clausula abusiva como sendo:

"Art.51º "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações

consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade;".

Cláusulas abusivas, no conceito de Hélio Zaghetto Gama são "As cláusulas abusivas são aquelas que, inseridas num contrato, possam contaminar o necessário equilíbrio ou possam, se utilizadas, causar uma lesão contratual à parte a quem desfavoreçam" (GAMA, 2001, p 108).

Entende-se então que as cláusulas abusivas são aquelas capazes de tornar o contrato desfavorável para o consumidor, causando uma desigualdade entre o consumidor, ora hipossuficiente e vulnerável, e o fornecedor, ferindo de forma grosseira os princípios da igualdade e equidade.

O artigo supramencionado delineia que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, e não causam efeitos, contudo a anulação de qualquer cláusula abusiva não invalida e nem desobriga o contratante e o contratado (consumidor e fornecedor) ao contrato, excetuando quando na falta desta acarretar ônus excessivo as partes. Desta feita, o contrato continua operando validade para todas as outras cláusulas, anulando somente aquelas que trouxeram algum tipo de onerosidade para alguma das partes.

"Assim, a mais abalizada doutrina e atual jurisprudência, com os olhos postos no presente, têm decidido em casos tais que, cláusulas como essa do instrumento havido entre as partes ostentam-se indisfarçavelmente ineficazes e sequer possível o seu aproveitamento". (STJ – AG Nº 170.699 –MG (97/0088907-6).

Ainda no artigo 51 do CDC, em seu parágrafo primeiro especifica o que seria uma vantagem onerosamente exagerada para alguma das partes:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Ante a tudo que fora exposto é notoriamente percebido que o Código de Defesa do Consumidor detém uma proteção ao consumidor em duas fases, a primeira, é compreendida até a formação do vínculo entre o fornecedor e o consumidor, garantindo que os seus direitos não sejam lesados. Na segunda fase, já é compreendida com o vínculo já

formado, criando normas taxativas que proíbem as cláusulas abusivas, ditas leoninas segundo Hélio Zaghetto Gama “São elas chamadas de leoninas porque são impostas nos contratos com o objetivo de prejudicar as partes mais fracas, que ficam sujeitas ao bote do leão” (2008, p.138).

O artigo 58 do Decreto nº 2.181/97, autoriza a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor a editar anualmente elencos taxativos do que viria a ser cláusulas abusivas.

“Art. 58. Para os fins deste Decreto, considera-se: I - cadastro: o resultado dos registros feitos pelos órgãos públicos de defesa do consumidor de todas as reclamações fundamentadas contra fornecedores;”

4.5 Princípios do Código de Defesa do Consumidor

A expressão princípio no dicionário pode ser entendido como aquilo que vem antes, começo, nascedouro. Por outro lado, pode ser entendido como os valores mais caros e inarredáveis de determinada pessoa.

Princípio é o Norteador, o que conduz a algo, que dá a direção de tudo e de todos, que define a sua característica.

Para Miguel Reale, os princípios gerais do direito “São enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. Os princípios gerais do direito são os alicerces do ordenamento jurídico, não estão definidos em nenhuma norma legal”.

4.5.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

Com a mudança do cenário na segunda metade do século XVIII, coma revolução industrial e a revolução tecnológica pós 2ª Guerra, as relações de consumo que antes eram feitas diretamente com os fabricantes, em uma produção artesanal, passaram a deixar de existir dando lugar às fábricas e a produção em grande escala, fulminando assim, com o relativo equilíbrio existente entre as partes.

“Os antigos elementos credor e devedor ganharam nova denominação ao mercado, bem como outros tratamentos legislativos. Assim, diante dessa frágil posição do

consumidor, é que se justifica o surgimento de um estatuto jurídico próprio para sua proteção” TARTUCE (2007, p. 109)

Essa nova configuração do mercado estruturada na produção em grande escala, pôs o consumidor em uma situação precária frente a cede de obter crédito pelos agentes econômicos, fazendo com que houvesse a necessidade de modificação no ordenamento jurídico para que trouxesse de volta o equilíbrio na relação de consumo predatória.

No Brasil o constituinte elevou a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental em seu artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. Instituiu que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, assim como a princípio da ordem econômica.

Com a criação da Lei 8.078/1990, a vulnerabilidade do consumidor tornou-se presumida, em decorrência do desequilíbrio da balança ocorrido entre a autonomia da vontade e a quantidade em massa de contratos realizados, diferindo-se assim, do princípio da hipossuficiência. Todo consumidor é vulnerável não se aceitando em hipótese alguma sua declinação.

Segundo leciona FLÁVIO TARTUCE, “mediante simples leitura do artigo 4º, I, do CDC, percebe-se a intenção do legislador em dotar o consumidor, em todas as situações, da condição de vulnerável na relação Jurídica de consumo” (TARTUCE, 2007, P 113).

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA. DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE RISCOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS. DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÃO-CONTEÚDO E INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA. ROTULAGEM. PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 586316/MG/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 17.04.2007/ Publicado no DJe em 19.03.2009).

O princípio da vulnerabilidade tem como função o ponto de equilíbrio na relação de consumo entre os agentes econômicos e o consumidor. Assim a compreensão do princípio, tornou-se um pressuposto para a correta aplicação do Direito do consumidor.

4.5.2 Princípio da Hipossuficiência do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor não conceitua o que é consumidor hipossuficiente. Contudo não se deve observar a hipossuficiência tão-somente por seu lado econômico, pois na doutrina é pacífico que a hipossuficiência no código consumerista é também técnica.

“... o conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recurso, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, mas não aqui, pelo menos de imediato. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica, conforme nossa jurisprudência vem decidindo”. TARTUCE (2007, p. 113)

A importância da conceituação da hipossuficiência em efeitos práticos é a possibilidade de o Magistrado, de ofício, determinar a inversão do ônus da prova a favor do demandante, ou seja, cabendo a parte demandada comprovar a não realização do fato, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do CDC.

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

Neste aspecto, é possível destacar que com o reconhecimento da hipossuficiência na relação consumerista, propicia condições ao consumidor de exercer da ampla defesa, em prol do reequilíbrio na relação de consumo.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS PELO FATO DO PRODUTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA. AMPLA DEFESA. 1.- PARA GARANTIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AMPLA DEFESA DO CONSUMIDOR, ESTABELECE-SE A POSSIBILIDADE A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM SEU BENEFÍCIO QUANDO A ALEGAÇÃO POR ELE APRESENTADA SEJA VEROSSÍMIL OU, ALTERNATIVAMENTE, QUANDO FOR CONSTATADA A SUA HIPOSSUFICIÊNCIA. 2.- A HIPOSSUFICIÊNCIA A REFERIDA PELA LEI 8.078/90 NA PARTE EM QUE TRATA DA POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA ESTÁ RELACIONADA, PRECISAMENTE, COM O EXERCÍCIO DESSA ATIVIDADE PROBATÓRIA, DEVENDO SER COMPREENDIDA COMO A DIFICULDADE, SEJA DE ORDEM TÉCNICA SEJA DE ORDEM ECONÔMICA, PARA SE DEMONSTRAR EM JUÍZO A CAUSA OU A EXTENSÃO DO DANO. [...] 5.- RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM OBSERVAÇÃO

DE QUE TODO O MANANCIAL PROBATÓRIO DEVERÁ SER ULTERIORMENTE PONDERADO, AFASTANDO-SE SIMILITUDE ENTRE INVERSÃO DE ÔNUS DA PROVA COM CONFISSÃO FICTA DE MATÉRIA FÁTICA.(Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.325.487/MT/ Relator: Ministro Sidnei Beneti/ Julgado em 28.08.2012/ Publicado no DJe em 14.09.2012, grifo nosso).

4.5.3 Princípios de Boa-Fé

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” Esclarece o artigo 422 do Código Civil de 2002, em relação as obrigações dos contratantes.

No código consumeirista o artigo 4º faz referencia de forma evidente de como o principio em análise é requisito fundamental para a formação da relação de consumo constituída entre o consumidor e o fornecedor. Devendo prevalecer entre ambos os agentes uma política de “boa fé”, ou seja, tanto o contratante quanto o contratado devem exercer uma política de lealdade no exercício da contratação.

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:(...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”;

Em relação à boa-fé, Flávio Tartuce destaca que: “é um principio de vital importancia para o Direito Contratual, previsto no Código de Defesa do Consumidor”. No artigo 52º, inciso 2º do Código de Defesa do Consumidor é prelecionado:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

(...)

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Diante do exposto, entende-se que deverá ser transmitida a informação ao consumidor, em momento anterior a conclusão do contrato, a cerca de todos os preços, taxas de juros remuneratórios e moratórios, assim como os acréscimos legalmente previstos, número periodicidade das prestações, e a soma a ser paga, com ou sem financiamento.

Ainda no entendimento de Flávio Tartuce, leciona que “O art. 31 da Lei 8.078/1190, que prevê a necessidade de informações precisas quanto à essência, quantidade e qualidade do produto ou do serviço, também traz em seu bojo o princípio em questão, o que vem sendo observado pela nossa melhor jurisprudência, com a má-fé na fase de oferta do produto ou do serviço” TARTUCE (2007, p. 119).

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor através da portaria nº 14, em seu artigo 2º, determina a informação que deve ser prestada pelos que comerciantes de bens e serviços quando efetuarem vendas para pagamento a prazo, estes devem indicar, detalhadamente, os seguintes dados: a) preços à vista do bem ou do serviço, em moeda corrente nacional; b) taxa de juros ao mês, calculada sobre o valor financiado, quando pré-fixada; c) taxa de juros ao mês, que será acrescida ao índice pactuado, quando pós-fixada; d) taxa incidente de juros ao ano; e) multa decorrente de mora, que não poderá ser superior a 2%.

A boa-fé não pode ser violada sob pena de infringir uma cadeia de regras presentes no Código de Defesa do Consumidor, sendo que o seu valor espalha-se por toda a lei, deixando claro que a boa fé objetiva traz sempre a ideia de equilíbrio contratual, que pelo código deve ser mantido em todas as fases da relação consumerista.

4.5.4 Princípios Transparência

O princípio da transparência está intimamente relacionado ao princípio da informação, pois o primeiro consagra a população consumeirista o direito de obter a informação clara e precisa de todos os aspectos de serviço ou produto postos a venda no mercado.

Segundo o artigo 47 do CDC “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, ou seja, dando uma conotação importante a favor do consumidor, pois se existir em determinado contrato de uma relação de consumo omissão de

informações importantes ao tomador do serviço ou produto prevalecerá a interpretação mais benéfica ao consumidor.

EMENTA: AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TELEFÔNICO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PRECEITO DE NATUREZA CONDENATÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TELEFÔNICO. CDC . RESTITUIÇÃO DO MONTANTE PAGO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. NECESSIDADE DE PROVA DE PREJUÍZO OU DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA PARTE CONTRÁRIA.(MINAS GERAIS, Tribunal De Justiça, Recurso nº 1.0145.04.141666-3/002, Relator: Dr. Renato Martins Jacob, Julgado em 16.08.2007)

Dispondo a respeito do princípio da transparência nas relações de consumo nas palavras de Flávio Tartuce, “a informação, no âmbito da ciência jurídica, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado, e o segundo, com o consumidor vulnerável”. TARTUCE (2007, p.141)

Ainda no Código de Defesa do Consumidor prevê o artigo 6º, inciso III que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência.

Ao estabelecer o dever de informar do fornecedor ao consumidor as informações relevantes, claras, contendo os dados técnicos e científicos importantes tratou o legislador do princípio da veracidade, que concretiza um objetivo da transparência.

4.6 Análise de Jurisprudência

Sobre o tema, o 1º Colégio Recursal dos Juizados Especiais da Capital Pernambucana proferiu o Acórdão nº 02966/2013, conforme a ementa a seguir:

EMENTA: RECURSO INOMINADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COBRANÇA TAXAS DIVERSAS. DEVOLUÇÃO DO VALOR DA TAXA DE SERVIÇOS DE TERCEIROS EFETIVAMENTE PAGO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

(RECIFE, Colégio Recursal - Segunda Turma, R.I. nº02966/2013, Relator: Dr. João Maurício Guedes Alcoforado, Julgado em 23.04.2013).

Em breve síntese o Autor celebrou com a instituição financeira um Contrato de Cédula de Crédito Bancário, onde deu de entrada em um determinado valor e financiou o restante em 60 vezes.

Contudo no valor do financiamento foi incluído o custo de despesas tarifa de confecção de cadastro no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) e Despesas do Emitente (Despesas com registro do contrato), no valor de R\$ 97,04 (noventa e sete reais e quatro centavos), totalizando o valor de R\$ 1.097,04 (um mil e noventa e sete reais e quatro centavos).

Em sede de primeira instância o MM Juiz, em sentença no processo de nº25213/2012, considerou a abusividade de que se revestem as cláusulas contratuais que estabelecem cobranças a título de “Tarifa de Cadastro” e “Despesas do Emitente”, por irem de encontro com o inciso II, do art. 51 do CDC, julgando parcialmente procedente a pretensão deduzida na exordial, que por sua vez pleiteava a restituição em dobro, condenando a instituição financeira a restituir de forma simples o valor de R\$ 1.097,04 (um mil e noventa e sete reais e quatro centavos) à parte Autora, a ser devidamente corrigida pela tabela ENCOGE e acrescida de juro legal.

Inicialmente o magistrado ao proferir sua sentença considerou ser uma relação de consumo, conforme estabelece a Súmula 297 que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, onde o contrato deve ser regido pelos princípios da transparência, o qual deve conter informações de forma clara e precisa de todos os aspectos de serviço ou produto conforme artigo 6º do CDC, somado ao artigo 47 do mesmo código, que consagra a interpretação das cláusulas contratuais em favor do consumidor. E o princípio da boa fé que entende que entre ambos os agentes, tanto o contratante quanto o contratado devem exercer uma política de lealdade no exercício da contratação.

Considerou as cláusulas abusivas serem nulas de pleno direito, ao fundamentar com o inciso II do artigo 51 do CDC, que estabelece a nulidade da cláusula que subtraíam do consumidor a opção de reembolso dos valores já pagos. Considerou ainda serem ambas as Tarifas de Abertura de Cadastro (TAC) e Emissão de Carnê (TEC) ilegais conforme estabelecido no artigo 1º do Decreto nº 27.540, do Governo do Estado de Pernambuco, de 10.01.2005, onde determina a proibição da cobrança da taxa de abertura de crédito, taxas de abertura de cadastros ou quaisquer outras similares.

Contudo o Magistrado errou ao desconsiderar o parágrafo único do artigo 42 do CDC, que dá ao consumidor o direito a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente, desconsiderando sucessivamente o caráter valorativo da sanção, o qual já se pôde entender ser de caráter punitivo.

Em Segunda Instância foi dado por maioria provimento parcial ao recurso interposto pelo Banco fundamentadamente da forma que segue:

“Quanto ao valor cobrado a título de taxa de confecção de cadastro tenho que o mesmo é legal, foi cobrada com base em normas regulamentares editadas pelas autoridades monetárias que autorizam a cobrança de taxas pelos serviços bancários, foi cobrado sem exacerbação por parte do recorrido, **sem demonstração de vantagem exagerada por parte do agente financeiro**, não podendo ser considerada ilegal ou abusivas”. (RECIFE, Colégio Recursal - Segunda Turma, R.I. nº02966/2013, Relator: Dr. João Maurício Guedes Alcoforado, Julgado em 23.04.2013, grifos nossos).

Conforme se pode observar na transcrição do r. acórdão supracitado, a 2ª turma considerou a Tarifa de Abertura de Cadastro legal, e sem que houvesse vantagem exagerada pela financeira. Ou seja, a decisão proferida pela Tuma foi de encontro a norma infraconstitucional, inciso IV do artigo 51 do CDC, bem como ao Decreto nº 27.540 Estadual que proíbe esse tipo de tarifa e similares. Além de ir diretamente de encontro com o atual entendimento do STJ que por unanimidade dos ministros seguiu o voto da relatora, ministra Isabel Gallotti, no sentido de que atualmente a pactuação de TAC e TEC não tem mais respaldo legal; porém a cobrança é permitida se baseada em contratos celebrados até 30 de abril de 2008. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça definiu que os efeitos do julgamento no rito dos repetitivos alcançariam apenas as questões relacionadas às tarifas TAC e TEC, com quaisquer outras denominações adotadas pelo mercado, tarifa de cadastro e a questão do financiamento do IOF.

Acrescentou ainda a ministra Isabel Gallotti relatora do, Recurso nº 1.251.331/1.255.573, “não tem mais respaldo legal a contratação da TEC e TAC, ou outra denominação para o mesmo fato gerador”.

Por fim deu provimento parcial ao Recurso interposto pelo banco ao tempo em que só considerou ilícita a cobrança da taxa de confecção de cadastro conforme segue abaixo transcrito:

“dou provimento parcial ao recurso para anular a sentença vergastada, julgar improcedente o de devolução das de taxa de confecção de cadastro e julgar procedente em parte o pedido inaugural para condenar o banco recorrido a devolver

de forma simples o valor cobrado a título de registro do contrato”. (RECIFE, Colégio Recursal - Segunda Turma, R.I. nº02966/2013, Relator: Dr. João Maurício Guedes Alcoforado, Julgado em 23.04.2013).

Desta forma, o relator foi de encontro ao próprio entendimento, de considerar ser lícita a tarifa de abertura de cadastro e não ser a tarifa de registro do contrato já que ambas são de natureza similar. Recaindo mais uma vez sobre o artigo 1º do Decreto nº 27.540, do Governo do Estado de Pernambuco, anteriormente supracitado. Ao tempo em que também desconsiderou o parágrafo único do artigo 42 do CDC, ao aplicar a devolução de forma simples.

5 CONCLUSÃO

Ao transcorrer desses três capítulos, podemos concluir que o Código de Defesa do Consumidor foi criado com o principal objetivo de proteger a parte mais frágil da relação de consumo, ou seja, o consumidor.

Percebemos também que todos os artigos da legislação consumeirista, tanto quanto da civilista são norteadas pelos princípios fundamentais que regem um equilíbrio entre os agentes na relação de consumo, já que por natureza o fornecedor do produto ou serviço é a parte dominante da relação, pois, tem em sua essência o poder de determinar sua atuação na relação, seja na imposição de preço, qualidade, quantidade ou da prestação de serviço. Os princípios apesar de muitas vezes não estarem previstos taxativamente nos códigos são utilizados de forma a servirem de base de interpretação e posicionamento do juiz, dando o norte da verdadeira intenção do constituinte ao criar e sancionar a lei.

A partir do momento em que a lei é taxativa quanto a sua abrangência e sanção gera uma expectativa dos seus regidos a cerca da sua proteção quanto à determinada situação no caso concreto, criando um sentimento de segurança e tranquilidade. Contudo como se pode observar no transcorrer da presente monografia e seu tema proposto, este sentimento está sendo diluído a cada julgado proferido.

As ações de Repetição de Indébito, no caso específico das Tarifas de Abertura de Cadastro (TAC) e Tarifa de Emissão de carnê (TEC) inclusas nos contratos de financiamento de veículos automotores, ajuizadas nos Juizados Especiais Cíveis da capital Pernambucana, não estão sendo julgadas de forma compatível com a legislação infraconstitucional consumeirista, já que, o entendimento majoritário dos julgados realizados pelo JEC de Recife é da não aplicação da restituição em dobro nas cobranças realizadas de forma abusiva e indevida.

Isso posto, traz a seguinte reflexão a cerca da repercussão social que uma aparente e simples decisão de um conjunto de casos isolados, provocam na sociedade recifense. No momento em que se é observado que a lei, que neste caso é taxativa, não está sendo aplicada da forma correta, todo aquele sentimento criado de tranquilidade e segurança a cerca de seu direito básico de não ser lesado, ou tampouco oprimido pelas grandes indústrias financeiras, é extinto, gerando outros sentimentos opostos ao proposto pela legislação consumeirista.

Inicialmente em primeiro plano a frustração por notar que, o órgão competente por assegurar o direito não o faz de forma capaz de coibir ou impedir que se repita o ato ilícito. Em segundo plano a criação do sentimento de insegurança e de fragilidade perante as

financeiras, pois, os consumidores vão está sempre à deriva nas relações contratuais impostas nos financiamentos de veículos automotores. E Terceiro e ultimo aspecto, o descrédito nos órgãos de justiça, já que estes se mostram ineficazes de proteger o direito e aplicar a norma imposta pelo constituinte.

A norma deve ser aplicada de forma implacável contra as instituições financeiras que costumam atuar contra a lei, principalmente contra aqueles que notadamente agem de má fé para obterem vantagem indevida, gerando por consequência enriquecimento sem causa. O tempo que as financeiras possuem para restituir o valor, desde quando do ajuizamento da ação até a sua efetiva sentença e cumprimento, o banco multiplicou infinitas vezes o valor cobrado indevidamente, não o desestimulando a parar de praticar tais cobranças, alimentando um ciclo sem fim que beneficia apenas a um restrito grupo econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **INDENIZAÇÃO PUNITIVA**. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>

BOMFIM, Silvio Andrade. **Responsabilidade civil dos prestadores de serviços no código civil e no código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Brasília: [s.n], disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

BRASIL, Constituição. **In: Vade Mecum**. 15. ed. Ed. Rideel, 2012

CIVIL, Código. **Vade Mecum**. 15. ed. Ed. Rideel, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPLEMENTAR, Legislação. **Vade Mecum**. 15. ed. Ed. Rideel, 2012.

CONSUMIDOR, Código de Defesa. **Vade Mecum**. 15. ed. Ed. Rideel, 2012.

CUNHA, Berlinda, SALZAR JR, João R.; RODRIGUES, Marcos D., Série Cidadania. **A Defesa do Consumidor em Quatro Passos**. São Paulo: Globo Livros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Atlas, 2011.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Introdução do Direito do Consumidor**. São Paulo: Manole LTDA, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**. São Paulo: Método, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.