



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**TAMIRES VIEIRA LOPES MACHADO**

**VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NOS CONTRATOS  
DE CONSUMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA DISPONIBILIDADE  
RELATIVA DESSES DIREITOS E DA PROIBIÇÃO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Salvador  
2017

**TAMIRES VIEIRA LOPES MACHADO**

**VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NOS CONTRATOS  
DE CONSUMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA DISPONIBILIDADE  
RELATIVA DESSES DIREITOS E DA PROIBIÇÃO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientadora: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Salvador  
2017

Machado, Tamires Vieira Lopes.

Violação de direitos da personalidade nos contratos de consumo: uma análise crítica à luz da disponibilidade relativa desses direitos e da proibição de cláusulas abusivas / Tamires Vieira Lopes Machado. 2017. 134 f.

Orientadora: Professora Doutora Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador, 2017.

1. Contratos de consumo. 2. Cessão de Direitos da Personalidade. 3. Cláusulas abusivas. I. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. II. Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. III. Violação de direitos da personalidade nos contratos de consumo: uma análise crítica à luz da disponibilidade relativa desses direitos e da proibição de cláusulas abusivas.

## **TAMIRES VIEIRA LOPES MACHADO**

### **VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA DISPONIBILIDADE RELATIVA DESSES DIREITOS E DA PROIBIÇÃO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 21 de dezembro de 2017.

#### **BANCA EXAMINADORA**

Roxana Cardoso Brasileiro Borges – Orientadora \_\_\_\_\_  
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Universidade Federal da Bahia

João Glicério de Oliveira Filho \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia

Lauricio Alves Carvalho Pedrosa \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Estadual de Santa Cruz

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por esta oportunidade e por todas as bênçãos conferidas a mim durante a minha vida.

Agradeço à professora Roxana Borges, que se tornou um grande exemplo, por ter sido uma orientadora tão atenciosa e generosa, incentivando-me e auxiliando-me na elaboração da presente dissertação.

Outrossim, agradeço ao professor João Glicério, modelo de profissional e de humanidade, pelas lições repassadas na minha banca de qualificação, que contribuíram para o aprimoramento deste trabalho.

Agradeço ao professor Lauricio Pedrosa pela disponibilidade em integrar a banca e pelas considerações realizadas.

Ademais, não poderia deixar de agradecer aos meus pais, Rita e Edideu, por todo o amor e dedicação, bem como por sempre me apoiarem em todas as minhas escolhas, inclusive a de ingressar no Mestrado da UFBA, em continuidade à minha vida acadêmica.

Agradeço ao meu noivo Renato, por estar constantemente ao meu lado, compartilhando momentos e vibrando com as minhas conquistas.

Também agradeço ao Dr. Álvaro Marques Filho, pelo incentivo e compreensão diários.

Por fim, agradeço aos meus familiares e amigos, por sempre estarem torcendo por mim e emanando vibrações positivas.

MACHADO, Tamires Vieira Lopes. *Violação de direitos da personalidade nos contratos de consumo: uma análise crítica à luz da disponibilidade relativa desses direitos e da proibição de cláusulas abusivas*. 2017. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar que as cláusulas de cessão de uso de imagem, voz e nome inseridas em contratos de consumo por adesão são, em regra, abusivas e inválidas. Nos contratos de consumo em que há disposição de direitos de personalidade há uma vulnerabilidade exacerbada, ou uma hipervulnerabilidade. É que, além da vulnerabilidade do consumidor em si, as pessoas podem ser consideradas vulneráveis pelo simples fato de serem autoras de um ato de disposição dos direitos de personalidade, pois atuam na direção do risco de ter sua dignidade lesada, enquanto o fornecedor se move por interesse meramente patrimonial. O foco da pesquisa é compreender essas disposições, que geralmente configuram autorização tácita ou genérica para uso dos direitos de personalidade do aderente quando isso não integra a finalidade principal do negócio, diante de uma visão crítica e propositiva, analisando-se a doutrina, a legislação e documentos contratuais. No capítulo um, abordam-se os contratos de consumo, envolvendo a relação jurídica de natureza consumerista e seus elementos, bem como o fenômeno da contratação por adesão diante do consumo massificado da cultura pós-moderna e seus respectivos limites. No segundo capítulo, apresenta-se a proteção contratual do consumidor, frisando a nova concepção do contrato, a importância da Teoria do Diálogo das Fontes, principalmente entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, e a necessidade de aplicação dos princípios jurídicos com intuito de proteger de maneira mais eficaz a parte vulnerável da relação de consumo, os quais tem como desdobramentos a interpretação mais favorável ao consumidor e a proibição de cláusulas abusivas. Em seguida, transpôs-se a abordagem para o exame do conceito, objeto e características dos direitos da personalidade, perpassando pelos pressupostos e requisitos da sua inserção no comércio jurídico. Nesse ponto, destacou-se a disponibilidade relativa desses direitos e o consentimento informado do interessado como premissa fundamental. No último capítulo, busca-se apresentar as cláusulas de cessão de direitos da personalidade nos contratos consumeristas, abarcando os direitos em espécie objetos de violação e as hipóteses em que são abusivas, o que gera a incidência de nulidade, bem como possíveis danos morais e materiais. Além disso, há o exame de instrumentos contratuais da cidade de Salvador, Bahia, e considerações acerca da importância do controle judicial dessas cláusulas.

**Palavras-chave:** Cláusulas de Cessão de Direitos da Personalidade. Disponibilidade relativa. Contratos de Consumo. Proibição de Cláusulas Abusivas. Controle Judicial.

MACHADO, Tamires Vieira Lopes. *Violation of personality rights in consumer contracts: a critical analysis in light of the relative availability of these rights and the prohibition of abusive terms*. 2017. 134 f. Master Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

## ABSTRACT

The present work aims to demonstrate that clauses assigning the use of image, voice and name inserted in contracts of consumption by adhesion are, as a rule, abusive and invalid. In consumer contracts in which some kind of waiver of personality rights occur there is an exacerbated vulnerability of the consumer. As a result of that, in addition to the vulnerability of the consumer itself, consumers may be considered vulnerable because they are performing an act of waiver of personality rights, as they act towards the risk of having their dignity harmed while the supplier acts by a mere patrimonial concern. The focus of the research is to understand these provisions, which generally configure tacit or generic authorization for the use of the adherent's personality rights when this does not integrate the main purpose of the business, in the face of a critical and propositive view, analyzing the doctrine, the legislation and contractual documents. In chapter one, consumer contracts are dealt with, involving the legal relationship of consumerism and its elements, as well as the phenomenon of hiring by adhesion to the mass consumption of postmodern culture and its respective limits. The second chapter presents the contractual protection of the consumer, emphasizing the new conception of the contract, the importance of the Theory of Source Dialogue, especially between the Consumer Defense Code and the Civil Code, and the need to apply the legal principles with the purpose of protecting the most vulnerable part of the consumer relationship, which has as its outcome the most consumer-friendly interpretation and the prohibition of unfair terms. Then, the approach to the examination of the concept, object and characteristics of the rights of the personality was examined, going through the presuppositions and requirements of its insertion in the legal commerce. At this point, the relative availability of these rights and the informed consent of the person concerned as a fundamental premise are highlighted. In the last chapter, the aim is to present the clauses of assignment of personality rights in consumer contracts, including rights in kind, objects of violation and hypotheses in which they are abusive, which results in nullity, and possible moral and material damages. In addition, there is an examination of contractual instruments in Salvador, Bahia, and considerations about the importance of judicial control of these clauses.

**Keywords:** Personal Rights Assignment Clauses. Relative availability. Consumer Agreements. Prohibition of Abusive Clauses. Judicial control.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

Art. – Artigo.

CC – Código Civil.

CDC – Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor.

CF – Constituição Federal Brasileira.

CPC – Código de Processo Civil.

IC – Inquérito Civil.

MP – Ministério Público.

PROCON – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor.

REsp – Recurso Especial.

SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2</b>	<b>CONTRATOS DE CONSUMO</b> .....	12
2.1	RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CONSUMERISTA E SEUS ELEMENTOS.....	12
<b>2.1.1</b>	<b>Consumidor de produtos e serviços</b> .....	14
2.1.1.1	Concepção individual e coletiva.....	14
2.1.1.2	Consumidor equiparado.....	17
<b>2.1.2</b>	<b>Fornecedor de bens de consumo</b> .....	19
<b>2.1.3</b>	<b>Objeto das relações de consumo</b> .....	21
2.2	CONSUMO MASSIFICADO DA CULTURA PÓS-MODERNA.....	23
<b>2.2.1</b>	<b>Contratos por adesão e seus limites</b> .....	26
<b>3</b>	<b>PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR</b> .....	31
3.1	NOVA CONCEPÇÃO DO CONTRATO .....	32
3.2	IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES .....	38
3.3	PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	44
<b>3.3.1</b>	<b>Princípio da transparência e o direito à informação</b> .....	45
<b>3.3.2</b>	<b>Princípios da boa-fé objetiva, da confiança e do equilíbrio contratual</b> .....	48
<b>3.3.3</b>	<b>Interpretação em favor do consumidor</b> .....	52
<b>3.3.4</b>	<b>Proibição de cláusulas abusivas</b> .....	54
<b>4</b>	<b>CESSÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE</b> .....	62
4.1	DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	62
<b>4.1.1</b>	<b>Objeto, conceito e características</b> .....	63
<b>4.1.2</b>	<b>Direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana</b> .....	65
4.2	DIREITOS DA PERSONALIDADE NO COMÉRCIO JURÍDICO .....	68
<b>4.2.1</b>	<b>Autonomia privada</b> .....	68

<b>4.2.2</b>	<b>Disponibilidade relativa desses direitos e o consentimento do interessado como premissa fundamental .....</b>	<b>72</b>
<b>5</b>	<b>CESSÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NOS CONTRATOS CONSUMERISTAS .....</b>	<b>74</b>
5.1	DIREITOS EM ESPÉCIE OBJETOS DE VIOLAÇÃO: DIREITO À IMAGEM, DIREITO À VOZ E DIREITO AO NOME .....	75
5.2	REQUISITOS DE VALIDADE .....	78
<b>5.2.1</b>	<b>Situações de abusividade e nulidade .....</b>	<b>81</b>
<b>5.2.2</b>	<b>Direito à indenização por danos morais e materiais.....</b>	<b>89</b>
5.3	CONFIGURAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 66 DO CDC .....	92
5.4	PRÁTICA CONTRATUAL NA CIDADE DE SALVADOR/BA .....	94
5.5	IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JUDICIAL.....	104
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>112</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>121</b>
	<b>ANEXO.....</b>	<b>130</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A constante violação dos direitos da personalidade nos contratos de consumo, na atual sociedade massificada, enseja a necessidade de analisar a conformidade das cláusulas de cessão de uso de imagem, voz e nome inseridas nesses contratos com as normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, frisando a disponibilidade relativa desses direitos da personalidade, no intuito de buscar a proteção do consumidor nas relações com o fornecedor. Durante este estudo, baseado nas leis, doutrina, jurisprudência e pesquisas de campo, nasceram os capítulos desta dissertação.

Em uma sociedade de massa, caracterizada pelo consumismo, é natural que sejam celebrados contratos por adesão, em que a parte considerada vulnerável não discute os termos contratuais, apenas adere ao que já está prefixado. Diante disso, os princípios do Direito do Consumidor, juntamente com princípios contratuais de Direito Civil e aqueles previstos na Constituição Federal são orientadores e limitadores dessa atuação do fornecedor. Não atentar para tais diretrizes, apenas aceitando as condições que são impostas sem a devida crítica, gera uma ilusão de proteção e contribui para uma maior vulnerabilidade daquele que seria o beneficiário dessas normas, não se prestando aos fins para os quais foram criadas.

A relativa disponibilidade de alguns direitos da personalidade, como os pertinentes à imagem, à voz e ao nome, e a natureza consumerista do contrato demandam uma interpretação a partir de uma lógica de proteção do consumidor e de repersonalização das relações contratuais, com base na nova concepção do contrato e na Teoria do Diálogo das Fontes.

O propósito deste trabalho é, portanto, analisar os contratos de consumo em que consta a cessão de direitos da personalidade, em uma sociedade de consumo massificado, objetivando verificar a validade dessas disposições e a necessidade de conter a abusividade, vez que a atenção dedicada ao tema é considerada de suma relevância para a proteção do cidadão na pós-modernidade.

É comum a discussão sobre a validade das cláusulas contratuais que autorizam a cessão do direito à privacidade, o que é corrente nos meios digitais. Porém, o foco do presente trabalho não é esse tema, o qual já é objeto de profícuas discussões e envolve o estudo do Marco Civil da Internet e os termos de conhecimento.

Sob a perspectiva de formação e evolução contínua do Direito, a importância do estudo destaca-se pela necessidade de compreensão e exame das cláusulas que pretendem ceder

direitos da personalidade em contratos de consumo padronizados, entendendo-se a autonomia, mas também a proteção diante da hipervulnerabilidade, como elementos integrantes e promotores da dignidade do sujeito no mercado.

A abordagem do tema será efetuada, com base em pesquisa de cunho jurídico-compreensivo, jurídico-propositivo e jurídico-sociológico, com análise da doutrina, legislação e documentos contratuais, estabelecendo-se um vínculo interdisciplinar.

No Estado Democrático de Direito, em que a proteção jurídica visa o respeito a direitos fundamentais, os contratos de consumo de adesão atuais mostram-se consentâneos com os princípios jurídicos vigentes? O consumo massificado da cultura pós-moderna acarreta a necessidade de uma nova concepção contratual? Como está a autonomia privada nas contratações pós-modernas, quais são suas regras e limites? E os direitos da personalidade, que estão no comércio jurídico, como o direito à imagem, vem sendo devidamente respeitados nesses contratos consumeristas? Quando as cláusulas envolvendo esses direitos são abusivas e quais os efeitos disso? Essas são algumas das perguntas que norteiam esse trabalho.

Para construir a resposta para tais questões, o primeiro capítulo apresenta uma análise descritiva da relação jurídica de natureza consumerista e seus elementos, bem como o consumo massificado na cultura pós-moderna e os contratos de adesão firmados entre fornecedores e consumidores.

Em seguida, no segundo capítulo, aborda-se a proteção contratual do consumidor, enfatizando os princípios que norteiam a tutela do consumidor no âmbito dos contratos, e os deveres e direitos que deles decorrem, como a interpretação mais favorável ao vulnerável da relação de consumo e a proibição de cláusulas abusivas.

São realizadas, no terceiro capítulo, ponderações acerca da cessão de direitos da personalidade, frisando a disponibilidade relativa dos direitos à imagem, à voz e ao nome, bem como a necessidade de condições especiais e do consentimento informado do contratante.

Em sequência, discutem-se as hipóteses de abusividade e conseqüente invalidade das cláusulas de cessão desses direitos nos contratos de consumo que não os tenham como objeto principal, em busca da proteção do consumidor, enquanto pessoa humana com direito à dignidade. Nesse ponto, são apontados requisitos de validade para que essas cláusulas produzam efeitos, quando elas podem configurar um delito penal, colocam-se em evidência as cláusulas de cessão de direitos da personalidade utilizadas na prática consumerista, com foco na cidade de Salvador/BA e, por fim, a importância do controle judicial.

## 2 CONTRATOS DE CONSUMO

O consumo é uma atividade presente em qualquer sociedade humana<sup>1</sup>. Hodiernamente, grande parte dos contratos celebrados no mercado são de adesão e envolvem relações firmadas entre fornecedores e consumidores.

Segundo Jean Baudrillard, a própria realidade torna-se problemática, no atual estágio da civilização<sup>2</sup>, dessa maneira surgem indagações acerca de temas que até então não despertavam a atenção dos estudiosos do Direito, como é o caso das cláusulas dispendo acerca do direito à imagem, ao nome e à voz, que são inerentes à pessoa humana, e merecem ser respeitados. Parte-se da premissa de que o direito é um fenômeno histórico-social sempre sujeito a variações no espaço e no tempo, de maneira que não se pode aceitar as imposições dos fornecedores, presentes nos contratos de consumo, devendo o Direito ser utilizado em defesa dos hipervulneráveis nessas relações.

A negociação ocorrida no mercado apresenta os elementos que irão compor a bilateralidade ou multilateralidade de agentes participantes, pois a essência do contrato consiste na existência de sujeitos capazes e legítimos. Dessa forma, vê-se que nas relações contratuais de consumo existem os fornecedores e os consumidores, estabelecendo um liame em prol do bem da vida, o qual é posto como objeto do negócio jurídico.

### 2.1 RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CONSUMERISTA E SEUS ELEMENTOS

Nas relações consideradas de consumo, existem dois polos distintos, de um lado está a força empresarial, voltada para a liberdade de iniciativa, produção e concorrência e, de outro lado, tem-se a liberdade do consumidor em conhecer, se informar e adquirir, ou não, determinado produto ou serviço colocado no mercado de consumo<sup>3</sup>.

A partir da contratação de bens, ofertados no mercado pelos fornecedores, nasce o liame entre aqueles e os adquirentes e/ou usuários. Assim, importante discorrer acerca dos elementos

---

<sup>1</sup> BARBOSA, Livia. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 7.

<sup>2</sup> BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p.45.

<sup>3</sup> OLIVEIRA FILHO, João Glicério. *A hierarquização dos princípios da ordem econômica na constituição brasileira de 1988*. 2012. 122 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2012, p. 32.

que compõem a relação jurídica de natureza consumerista, a qual integra os contratos de consumo, e não pode ser considerada como um simples *vinculum juris* advindo do plano abstrato.

Segundo Pierre Bourdieu, os juristas e outros teóricos do setor tendem a puxar o direito no sentido da teoria pura, ou seja, ordenada em sistema autossuficiente e autônomo, afastando a análise das normas dos fatores que contribuíram para o seu surgimento<sup>4</sup>. A relação jurídica estabelecida entre consumidores e fornecedores deve ser compreendida por meio de uma visão não estritamente arraigada no âmbito do direito, posto que envolve aspectos socioeconômicos, culturais e políticos.

O mercado não é um mero espaço de câmbio de mercadorias e serviços, por meio de remuneração, entre interessados. Uma visão estruturalista do mercado de consumo esvazia o real de seu conteúdo vital para reduzi-lo a esquemas de puro intelectualismo abstrato, de maneira a fechar os olhos para as objetivações histórico e racionais das intencionalidades fundantes<sup>5</sup>. Os intérpretes precisam de uma visão mais ampla e crítica para entenderem o que é a relação de consumo e quem são seus participantes, o que não pode ser obtido através da exegese literal da Lei n. 8.078/90. Nessa esteira, Néstor García Canclini leciona que o consumo é o conjunto de processos socioculturais em que se realizam a apropriação e o uso dos produtos, permitindo uma concepção mais completa dos atos de consumo<sup>6</sup>.

Além das conexões jurídicas entre fornecedores e consumidores, existem outros fatores que exigem do jurista uma postura que ultrapassa a tarefa de repetir e seguir cegamente o que a lei diz. É necessário estar atento aos valores que compõem a trama mercadológica, constatando a multiplicidade dos jogos (econômicos, políticos, culturais, administrativos, cotidianos)<sup>7</sup>.

Atualmente, a relação de consumo pode ser entendida como o vínculo jurídico oneroso, estabelecido entre consumidor e fornecedor, no qual aquele adquire ou utiliza um bem para “satisfação biológica e simbólica”, constituindo-se também uma “forma de receber e enviar mensagens socialmente construídas”<sup>8</sup>. Tal liame é criado não apenas das necessidades reais dos

---

<sup>4</sup> BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil Ltda, 2007, p. 220.

<sup>5</sup> REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

<sup>6</sup> CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 60.

<sup>7</sup> MAFFESOLI, Michel. *O Conhecimento Comum*. Introdução à Sociologia Compreensiva. Tradução Aluizio R. Trinta. Porto Alegre: Sulina, 2010, p. 77.

<sup>8</sup> CANCLINI, op. cit., p. 60.

consumidores, envolvendo também o simples gosto, a escolha ou as compras irrefletidas por parte destes<sup>9</sup>.

A Lei n. 8.078/90 não registra um conceito de relação de consumo e indica apenas quem são os seus participantes, consubstanciando providência imprescindível a averiguação da posição do adquirente com relação ao suposto fornecedor, levando-se em consideração a existência de um vínculo jurídico específico entre esses.

As relações de consumo são formadas entre consumidor e fornecedor para a aquisição de produtos ou utilização de serviços, tendo por elementos os sujeitos, o elemento ideológico e o objeto, que deverá ser consumido por um destinatário final<sup>10</sup>.

### **2.1.1 Consumidor de produtos e serviços**

O Código de Defesa do Consumidor não apresenta um conceito previamente definido do que seja a relação de consumo, prevendo definições de consumidor e de fornecedor, bem como de produto e de serviço, que não se sustentam por si apenas e não podem ser consideradas isoladamente<sup>11</sup>.

#### **2.1.1.1 Concepção individual e coletiva**

O sujeito a ser protegido, o consumidor, é definido em diferentes dispositivos, sob a ótica individual, enquanto sujeito de direitos individuais, assim como sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo<sup>12</sup>.

O denominado consumidor padrão é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final, conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 8.078/90. É

---

<sup>9</sup> CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 60.

<sup>10</sup> NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002, p. 45-46.

<sup>11</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 80.

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

preciso verificar a situação dos participantes do contrato e a forma de apreensão e utilização dos bens disponibilizados, ou seja, se são realmente destinatários finais.

Acolhe-se um critério econômico para a conceituação, vindo a ser o consumidor a pessoa que, isolada ou coletivamente, contrate para o consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de um serviço<sup>13</sup>.

Vale ressaltar que a figura do consumidor independe de sua classe ou condição social e econômica, desde que o produto adquirido ou serviço contratado seja na condição de destinatário final entende-se que há a vulnerabilidade<sup>14</sup>.

Para ser identificado como consumidor, a apropriação e utilização do bem adquirido pelo sujeito deve ser como destinatário final, o que significa que deve retirar do âmbito de atuação do fornecedor o produto ou obter a efetiva concretização do serviço, sendo destinatário fático. Além de extrair o bem do poder do fornecedor, para ser consumidor, a pessoa tem que esgotar a sua essência, não o empregando para originar outros produtos e serviços, reinserindo-os no mercado, para serem ofertados a terceiros.

No entanto, não basta uma exegese literal do supracitado dispositivo normativo, pois o consumidor pode ser aquele que se utiliza de um bem sem remuneração, tendo por pressuposto um prévio negócio jurídico oneroso com o fornecedor, mesmo que isso se apresente de forma disfarçada através de técnicas mercadológicas.

Ademais, deve-se destacar que o consumidor não é apenas aquele que efetivamente compra um produto ou contrata um serviço, abarcando aqueles que estejam em seu círculo de proximidade. Quando o produto ou serviço causa danos a pessoas que não possuem vínculo jurídico com o fornecedor nem com o consumidor, outras normas protetivas são aplicadas, mas que não se confundem com o artigo 2º, caput, do CDC.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 2º, prevê que se equipara a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Joseane Suzart defende que não se trata de equiparação mas de uma outra faceta do próprio conceito padrão. Trata-se dos consumidores vistos sob o ângulo coletivo, em que uma massa de sujeitos, submetidos a contratos padronizados, adquirem certo produto ou contratam

---

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 28.

<sup>14</sup> NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002, p. 49.



serviço<sup>15</sup>. Assim, são os mesmos consumidores, previstos no *caput* daquele dispositivo legal, considerados em sua dimensão coletiva.

Nessa senda, o parágrafo único do artigo 2º do CDC contempla os interesses ou direitos coletivos, previstos no parágrafo único, inciso II, do artigo 81 do Código consumerista, definidos como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe ligados entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica-base.

Com relação aos interesses ou direitos coletivos, pode-se citar como exemplos casos que são objeto da análise da presente dissertação, em que consumidores contratam a prestação de serviços educacionais em uma determinada escola ou faculdade, e se deparam com cláusulas abusivas, incorporadas no contrato de adesão firmado, de modo igualitário, com todos. Enquanto latente a vontade desse conglomerado de pessoas, tem-se o interesse coletivo e, quando ingressam em juízo, em conjunto, ou através dos entes legitimados, em sede coletiva, os direitos do grupo são perseguidos judicialmente. Para a caracterização dos direitos coletivos, não se faz necessária a identificação da classe envolvida, assim, nesse caso, não seria imprescindível a demonstração de todos os seus integrantes, mas apenas do todo envolvido.

Os interesses ou direitos coletivos são indivisíveis pelo simples fato de que o bem jurídico, a ser tutelado, não pode ser repartido para cada consumidor. No caso supramencionado, reconhecendo o Poder Judiciário a abusividade da disposição contratual, beneficiará igualmente a todos os consumidores integrantes do grupo, não havendo partilha para cada um nem apreensão de maneira diferenciada. A cláusula declarada nula será expurgada do contrato firmado com todos os consumidores.

Essa proteção advinda do parágrafo único do artigo 2º do CDC, nessa linha de pensamento, engloba também os interesses ou direitos individuais homogêneos, previstos no artigo 81, parágrafo único, inciso III, que são aqueles cindíveis, podendo ser atribuídos a cada um dos sujeitos, na proporção devida, possuindo, porém, uma fonte comum que possibilita o seu tratamento de forma coletiva<sup>16</sup>. Isso aconteceria se os contratantes da escola ou faculdade, já referidos, ingressassem em juízo pleiteando indenização por danos sofridos por causa da mesma cláusula abusiva destacada acima.

---

<sup>15</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade*. 2013. 501f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. 2013, p. 85.

<sup>16</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 54.

Nessa hipótese elencada, o bem jurídico é divisível, pois cada consumidor informará o valor que tem direito a receber, de modo que sendo condenado o fornecedor a indenizar, a prestação jurisdicional será repartida de acordo com a situação de cada um. Em uma demanda é possível, e até mesmo produtivo, que se requeira a declaração de nulidade da cláusula abusiva e, se for o caso, a indenização e/ou repetição do indébito, defendendo a proteção dos direitos coletivos e individuais homogêneos, ao mesmo tempo<sup>17</sup>.

### 2.1.1.2 Consumidor equiparado

O artigo 29 do CDC aborda um conceito equiparado de consumidor, com o intuito de proteger aqueles que ficaram expostos às práticas comerciais disciplinadas pelo microsistema consumerista, apesar de não terem adquirido ou utilizado certo bem. Cláudia Lima Marques defende que essas pessoas não precisam ser determinadas, inclusive, podem ser não identificáveis, totalmente alheias à relação e que sem qualquer vontade, delas ou de qualquer dos contratantes, mesmo assim foram expostas incidentalmente às práticas<sup>18</sup>.

Não existe vínculo jurídico entre os afetados, o fornecedor e a prática em si, bastando a desconformidade com as normas vigentes e o simples risco, para ensejar a proteção legal, diante da *ratio legis* da medida de proteção. O legislador infraconstitucional priorizou uma tutela preventiva do consumidor, que não pressupõe que o dano se materialize para que providências possam ser empreendidas<sup>19</sup>.

Protege-se as pessoas expostas, que podem ser determináveis, por identificação do grupo, categoria ou classe a que integre, configurando-se interesses ou direitos coletivos, ou não. Se impossível a verificação de quantas e quais pessoas foram expostas a tais práticas, surgem os interesses ou direitos difusos, previstos no inciso I, parágrafo único, do artigo 81 do CDC, os quais apresentam a indivisibilidade do objeto em questão, de maneira que eventual prestação jurisdicional não pode ser repartida para cada consumidor isoladamente.

<sup>17</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade*. 2013. 501f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. 2013, p. 87.

<sup>18</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 369.

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 11. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 253-254.

No artigo 17 do CDC consta outro conceito de consumidor equiparado, que contempla como consumidoras todas as “vítimas do evento”, que são pessoas físicas que não adquiriram produtos ou serviços com o fornecedor, nem fizeram uso desses produtos ou tiveram benefícios com os serviços contratados por pessoas próximas ou conhecidas.

O objetivo da norma é proteger aqueles que são atingidos por práticas irregulares desenvolvidas no mercado, mesmo que não sejam adquirentes ou usuários dos bens de consumo, vez que a saúde e segurança dos sujeitos são consideradas bens de suma relevância, independentemente de realização prévia de negócio jurídico com o fornecedor. Inclusive, ressalta-se que esse conceito de consumidor equiparado, principalmente o consagrado no artigo 17 do CDC, tem como alicerce o princípio da dignidade humana<sup>20</sup>.

Zygmunt Bauman alerta que as mudanças das estruturas produtivas, que o homem deve realizar no futuro, far-se-ão necessárias para a sua própria preservação e da natureza, razão pela qual o códex consumerista preconiza uma redução dos riscos e uma maximização da prevenção para evitar acidentes<sup>21</sup>.

Como nem todo evento danoso estará previsto expressamente na estrutura do CDC, torna-se necessária o exame da figura do fornecedor na situação concreta. Assim, a ocorrência deve ser resultado de uma atividade comercial realizada no mercado de consumo, com viés econômico que não se componha apenas por atos de natureza cível, para que seja aplicado o diploma consumerista e não outras normas do ordenamento, para a solução do conflito, indenizando-se os que forem lesionados. Esses danos sofridos pelos consumidores equiparados podem ser físicos ou psíquicos, e não precisam ser graves, do mesmo modo não há quantidade mínima de pessoas requerida para aplicação do artigo 17 do CDC.

Conforme aduz Joseane Suzart, o objetivo da norma ao considerar as vítimas do evento como consumidores equiparados foi definir que a responsabilidade do fornecedor assenta-se na lei e não na dicotomia tradicional que a classificava em contratual ou extracontratual<sup>22</sup>.

Após apresentar de forma sucinta o conceito de consumidor, como um dos sujeitos que integra a relação de consumo como destinatário final do bem (consumidor padrão ou *standard*),

---

<sup>20</sup> ALVES, Alaôr Caffé; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. et al. *Direito, Sociedade e Economia*. Leituras Marxistas. São Paulo: Manole, 2005, p. 54.

<sup>21</sup> BAUMAN, Z. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 56.

<sup>22</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade*. 2013. 501f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. 2013, p. 91-92.

e em suas formas equiparadas, impende apontar que uma análise crítica vai muito além do que é previsto no CDC, e deve considerar os fatores que influenciam o homem a querer e consumir cada vez mais, além da satisfação de suas necessidades, do conforto e do lazer<sup>23</sup>. O mundo hodierno agravou a vulnerabilidade do consumidor pela crise da confiança, e as relações massificadas alteraram a dinâmica das relações de consumo, trazendo-lhe consequências gravosas, como acontece quando adere-se a contratos que violam os seus direitos enquanto pessoa.

### **2.1.2 Fornecedor de bens de consumo**

O artigo 3º do CDC dispõe que pode ser fornecedor toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados. Esse conceito engloba aqueles que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O legislador optou por uma nomenclatura genérica, de forma que são fornecedores todos que propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, atendendo as necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título<sup>24</sup>.

Vale esclarecer que o fornecedor não necessita ser sujeito ou empresa constituída formalmente; presume-se o profissionalismo e a habitualidade, mesmo não exigindo expressamente a norma; e não implica somente em disponibilizar diretamente o produto ou serviço no mercado. Ainda, essa habitualidade pode ser dispensada para a sua caracterização, quando uma pessoa no mercado oferta bens inadequados ao consumo.

As pessoas naturais, não havendo as restrições dos artigos 3º e 4º do Código Civil, podem atuar no fornecimento de produtos e serviços. O mesmo pode se dizer das pessoas jurídicas, de direito público, interno ou externo, e de direito privado. Dessa forma, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias e demais entidades de caráter público criadas

---

<sup>23</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade*. 2013. 501f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. 2013, p.100.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

por lei, na qualidade de pessoas jurídicas de direito público interno, podem ofertar bens no mercado.

Também podem fornecer bens de consumo as empresas e outras pessoas jurídicas regidas pelo direito internacional público, conforme previsto pelo art. 42 do CC, bem como os Estados estrangeiros, que são pessoas jurídicas de direito externo. E, as pessoas jurídicas de direito privado (associações, sociedades e fundações), assim como os entes despersonalizados (como o espólio, por exemplo), da mesma forma, podem desempenhar a atividade de fornecimento de bens de consumo.

No que toca as cooperativas, as associações e as fundações frisa-se que podem ser fornecedoras quando ofertam bens de consumo para pessoas físicas e jurídicas que não fazem parte dos seus quadros organizacionais, o que ensejará o reconhecimento da relação de natureza consumerista<sup>25</sup>. Isso porque, consumidor e fornecedor devem estar situados em estruturas distintas.

Os produtos e serviços antes de serem apresentados e entregues ao consumidor passam por etapas, a depender da sua natureza e constituição. Surgem, assim, categorias de fornecedores a depender das atividades desenvolvidas para a geração do produto ou serviço.

Aqueles que atuam na fase inicial de criação das premissas básicas para originá-los são os fornecedores preliminares. Os fornecedores intermediários são os responsáveis pela fase de produção, que envolve a montagem e construção, aquele que importa um produto ou técnica de prestação de serviços no Brasil, e o exportador de bens de consumo. Já o comerciante é o fornecedor direto, final ou imediato, pois é ele quem os insere no mercado e que mantém o contato com o público para negociá-lo.

O denominado fornecedor metafórico desempenha papéis ligados à atividade econômica, embora não seja o responsável pelos produtos e serviços colocados no mercado, como exemplo tem-se as autarquias reguladoras, quando concordam com cláusulas abusivas, as quais podem ser acionadas junto com o fornecedor real<sup>26</sup>.

Leonardo Roscoe Bessa destaca a teoria do fornecedor equiparado, que consiste naquele terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente

---

<sup>25</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade*. 2013. 501f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. 2013, p. 104-105.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.100.

a um consumidor ou a um grupo de consumidores, como se fornecedor fosse<sup>27</sup>, a qual permite uma ampliação do campo de aplicação do CDC.

Para identificar o fornecedor deve se atentar para o desempenho de uma atividade econômica no mercado de consumo, através de remuneração direta ou indireta<sup>28</sup>, não simplesmente a procura pelo lucro. É preciso que pratique atos no mercado com profissionalismo, e não isoladamente, realizando-os com competência e eficiência. A oferta do bem de consumo exige um conhecimento específico do fornecedor, que demonstra habilidade para a atividade, diretamente ou por meio de funcionários e prepostos.

Essa habilidade do fornecedor impede que seja considerado vulnerável, vez que o caráter habitual e organizado da atividade empreendida gera o profissionalismo e a especialidade frente ao consumidor, este sim que se encontra em uma posição desfavorecida diante das circunstâncias. Esse desequilíbrio entre a situação do fornecedor e a do consumidor gera a incidência do Direito das Relações de Consumo, colmatado por princípios e normatizações de ordem pública e caráter cogente.

Diante das mudanças sociais, o direito evoluiu ao ponto de limitar os poderes e liberdade do fornecedor, em um novo equilíbrio entre direitos e deveres oriundos das contratações, e de assegurar direitos mínimos aos outros, os consumidores. Buscou-se uma liberdade não apenas formal (na lei), mas material, através do tratamento desigual dos desiguais. Essa igualdade só é alcançada com a intervenção ordenadora do Estado a reequilibrar essa relação, protegendo os consumidores e impondo deveres aos fornecedores na sociedade de consumo<sup>29</sup>.

### **2.1.3 Objeto das relações de consumo**

Na vida pós-moderna, marcada pela complexidade advinda da globalização, industrialização e avanços tecnológicos, são variados os produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo, cujas particularidades dependem da lógica da oferta, da forma de concorrência entre os produtos, da demanda e gostos dos consumidores<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 129.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>30</sup> BOURDIEU, Pierre. *A Distinção. Crítica social do julgamento*. Tradução Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 95.

Os fornecedores, ávidos em lançarem diversos bens no mercado, em velocidade, buscam manter o lema de que as necessidades dos consumidores devem ser insaciáveis<sup>31</sup>. Com isso, os sujeitos miram a conquista dos bens que são ofertados, de forma que adquirir constantemente é o objetivo que se pretende despertar na sociedade. É conferida à realidade uma aparência de espetáculo, assim aquilo que aparece é bom, e o que é bom aparece<sup>32</sup>.

A definição do objeto das relações de consumo está prevista nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 3º do CDC, que pode ser móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, bem como atividades remuneradas.

O legislador infraconstitucional deliberou por definir em que consiste o produto que pode ser objeto das relações de consumo. Conforme o parágrafo primeiro do artigo 3º do CDC, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial que seja ofertado no mercado de consumo mediante remuneração direta ou indireta.

O conceito de bem advém do Código Civil, o que demonstra o diálogo das fontes cíveis e consumeristas, cuja teoria será tratada adiante. Classificam-se os bens em “bens considerados em si mesmos” (móveis, imóveis, fungíveis e consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos), “reciprocamente considerados” (principais e acessórios) e “públicos”, que podem ser contrapostos aos particulares. Todos aqueles que podem ser apreendidos, segundo as normas cíveis, são considerados bens de consumo.

O parágrafo segundo do aludido artigo 3º do CDC, dispõe que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, direta ou indireta, afastada a decorrente das relações de caráter trabalhista. Existe uma noção aberta de serviço, pois abarca toda prestação que pode ser fornecida a título oneroso, desde que não corresponda a um bem corpóreo.

Nota-se que a remuneração é o único elemento caracterizador do serviço, de forma que se discutem os casos envolvendo sorteios, prêmios, brindes, milhagem em viagens. No entanto, o fato do serviço ser supostamente gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo remuneração deve ser interpretado de forma ampla, incluindo o ganho indireto do fornecedor<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> SLATER, Dan. *Consumer Culture and Modernity*. São Paulo: Nobel, 2002, p. 100.

<sup>32</sup> DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 16.

<sup>33</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 126.

Caio Mário da Silva Pereira, no ramo do Direito Civil, conceitua o serviço como atividade resultante da energia humana aproveitada pro outrem, que tanto pode ser intelectual, como material, ou física, mediante remuneração, com exceção dos contratos de trabalho<sup>34</sup>.

A maior parte dos contratos de consumo aqui analisados tem por objeto principal a prestação de serviços, que podem envolver a educação de ensino básico ou ensino superior – fornecidos por escolas, faculdades, cursinhos -, exercícios físicos em geral - fornecidos por academias de ginástica e cursos de esportes-, além de serviços de entretenimento artístico, como os shows, em que apesar de não existir a assinatura do consumidor em um contrato, ao adquirir, de forma remunerada, aquela atividade que está ofertada no mercado de consumo, adere-se a termos previamente estabelecidos pelos fornecedores, que constam no próprio ingresso para os espetáculos.

Tendo essa dissertação o objetivo de defender a abusividade das cláusulas de cessão do direito à imagem, ao nome e à voz nos contratos de consumo, que possuem outros objetos enquanto principais, como entretenimento, ensino, atividades físicas, dentre outros, não se poderia deixar de externar aspectos básicos sobre os produtos e serviços que podem figurar nos negócios jurídicos empreendidos entre fornecedores e consumidores, bem como fazer considerações acerca da própria relação de consumo em si e seus sujeitos, já que os contratos de consumo são por eles integrados.

Cumprido ressaltar que essas cláusulas aplicam-se geralmente em contratos de adesão envolvendo serviços, de maneira que geralmente são desconhecidas pelos consumidores, pois restam elencadas no meio do contrato, não sendo prestadas as devidas informações, nem sendo respeitados os princípios que vigem nas relações contratuais em geral e nas relações de consumo, como o da justiça contratual, o da confiança e da boa-fé objetiva.

## 2.2 CONSUMO MASSIFICADO DA CULTURA PÓS-MODERNA

Os seres humanos não conseguem mais viver apenas com a extração e uso direto dos recursos naturais e, para a satisfação de suas necessidades, anseios e desejos precisam adquirir produtos e contratar serviços de forma remunerada, os quais restam disponibilizados no

---

<sup>34</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 346.



mercado de consumo. Não há dúvidas de que a condição de consumidor é inerente aos homens, independentemente da condição cultural, socioeconômica, biopsíquica ou política<sup>35</sup>.

O ato de consumir deixou de ser voluntário e livre, segundo uma ótica liberal, se não consome a pessoa resta fadada à indigência. Na sociedade contemporânea não há espaço para a liberdade de não consumir, vez que os sujeitos não são capazes de se abster do consumo<sup>36</sup>.

O consumo deixou de ser mera manifestação de vontade e passou a ser efetiva necessidade de sobrevivência na sociedade de massa, devendo o consumidor se submeter à vontade do fornecedor expressa no modelo de contratação de adesão, formatado para atender às expectativas dessa parte mais forte da relação<sup>37</sup>.

Embora a história tenha demonstrado que os consumidores, enquanto seres humanos dignos, merecem direitos, os quais foram reconhecidos no plano internacional e no ordenamento jurídico interno dos países<sup>38</sup>, a pós-modernidade mantém como alicerces o individualismo exacerbado, o mercado, a tecnologia e o consumo de massa, os quais se manifestam de modo pleno<sup>39</sup>.

Essa massificação da produção, da distribuição e do próprio consumo agravam a posição de vulnerabilidade da pessoa, entendida em seus vários papéis e *status* sociais, incluindo o de consumidora e de detentora de direitos da personalidade, em uma sociedade assoberbada de contratações de produtos e serviços que desrespeitam as normas.

Na atual sociedade de consumo, os consumidores permanecem com dificuldades de intervenção no meio social, em busca da realização de suas necessidades ou de um tratamento devido por parte dos agentes econômicos<sup>40</sup>. De acordo com Jean Baudrillard, o poder ou soberania do consumidor só existe quando se contenta em somente consumir e não se insurgir contra a estrutura da sociedade de consumo<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade*. 2013. 501f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. 2013, p. 18.

<sup>36</sup> CORREIA, Atalá. O Dever de Informar nas Relações de Consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 13-31, jan./abr. 2011, p. 15.

<sup>37</sup> NEGRÃO, Ricardo. Ação Civil Pública e a Impugnação de Cláusulas Contratuais Abusivas. *FMU Direito*, v. 18, n. 26, p. 67-112, jan. 2004, p. 72-73.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 23.

<sup>39</sup> CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a Hipermodernidade ou o Hipermoderno explicado às crianças*. Tradução Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009, p. 26.

<sup>40</sup> BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 86-87.

<sup>41</sup> *Ibid.*, op. cit.

A economia, por sua vez, caracteriza-se pela dominação totalitária, ubiquidade, onipresença, autorreprodução e onilegitimação<sup>42</sup>. O fornecedor procura estar presente em toda parte e o mercado espalha-se de modo “viral”, aspirando impor aos indivíduos os termos que lhes são mais benéficos, sem se importar com os direitos daqueles que consomem.

A vida social é dominada pela economia, com a evidente substituição do *ser* para o *ter*, já que os indivíduos são moldados e absorvidos pela força do capitalismo. Eric Fromm, em sua obra sobre esse tema, idealiza um modelo de consumo em que os consumidores deixam de ser alienados e focados no modo de *ter*, e começam a orientar as suas existências pelas experiências do *ser*<sup>43</sup>, o que parece uma utopia diante da comunidade atual.

A competição desenfreada pelo *status*, a imitação e o consumo conspícuo estão consolidados na pós-modernidade<sup>44</sup>. Diante do *ethos consumista*, o mercado passa a ser chamado de Deus e os shoppings centers tornam-se as catedrais do consumo, onde os membros da sociedade vão para praticar os rituais das compras<sup>45</sup>. O consumismo, que vige hodiernamente, não diz respeito apenas à satisfação das necessidades, está relacionado ao desejo – entidade volátil, caprichosa e efêmera – que não precisa de justificação ou causa. A despeito de suas constantes reificações, o desejo tem a si mesmo como objeto, estando fadado a permanecer insaciável<sup>46</sup>.

O consumismo estabelece uma ideologia de felicidade artificial, conduzindo intencionalmente ao sentimento de vazio existencial, para que as pessoas estejam permanentemente buscando um preenchimento através de movimentos de consumo desenfreados. Conforme destaca Zygmunt Bauman, na sociedade de consumo afirma-se que somente nela os desejos humanos serão satisfeitos em um nível que nenhuma outra sociedade conseguirá, no entanto essa promessa só permanece atraente na medida em que o desejo do cliente continua insatisfeito ou não plenamente satisfeito, ou melhor, enquanto o sujeito

---

<sup>42</sup> BARBER, Benjamin R. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2009, p. 250.

<sup>43</sup> FROMM, Erich. *Ter ou ser*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, p. 172.

<sup>44</sup> RIFIKIN, J. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Makron Brooks, 2004, p. 57.

<sup>45</sup> SOLOMON, Michael. *O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo*. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 382

<sup>46</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001, p. 88.

acreditar que o seu desejo, que o incitou a realizar experimentos consumistas, ainda não fora completamente alcançado<sup>47</sup>.

Entende-se que a sociedade de consumo em que se vive estabelece um modo de ser a partir da aquisição de bens materiais, envolvendo os indivíduos em um ciclo vicioso, fazendo-os acreditar que sua aceitação e inserção sociais passam pelo pertencimento de bens e serviços da moda. Em uma sociedade de consumidores, todos precisam ser, devem ser e tem que ser consumidores por vocação<sup>48</sup>, mas ser membro dessa sociedade requer um esforço interminável e difícil, diante do medo da inadequação<sup>49</sup>.

Os sujeitos são conduzidos a adquirir produtos e serviços de forma desenfreada, sem saber separar o que realmente precisam do que lhes é imposto como necessidade, além de desconhecem seus direitos quanto aos contratos de consumo firmados, os quais muitas vezes não atendem às expectativas legítimas dos consumidores, afrontando normas constitucionais e legais.

### **2.2.1 Contratos por adesão e seus limites**

O capitalismo na pós-modernidade é marcado por transformações no campo contratual, culminando com a utilização em larga escala de instrumentos estandardizados pelos fornecedores de produtos ou serviços. Nos contratos chamados de adesão, a posição das partes é tal que um dos contratantes é obrigado a tratar nas condições que lhes são ao mesmo tempo oferecidas e impostas pela outra parte<sup>50</sup>.

Orlando Gomes conceituou o contrato por adesão como o negócio jurídico bilateral, em que o consentimento de uma das partes é manifestado mediante aceitação global de um esquema contratual uniforme, estabelecido previamente pela outra parte para todas as pessoas que se disponham a celebrá-lo<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 63.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>50</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 111.

<sup>51</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 12.

Desta forma, o elemento essencial do contrato por adesão é a ausência de um debate prévio das cláusulas contratuais, isto é, a sua predisposição unilateral, restando à parte contratante a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, que não pode ser modificado de maneira relevante.

Os contratos de adesão são uma espécie contratual bastante usada nas relações de consumo, o consumidor simplesmente adere ao conteúdo preestabelecido imposto pelo fornecedor, sem discussão de qualquer dispositivo contratual, sob pena de não adquirir o serviço ou produto almejado.

Georges Ripert defende que essa adesão não quer dizer consentimento, e segue diferenciando essas duas expressões: consentir num contrato é debater as suas cláusulas com a outra parte, cuja convenção traduzirá as alternativas, enquanto que aderir é submeter-se ao contrato estabelecido protestando no íntimo contra a dura lei que lhe é imposta. Para ele, o único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar<sup>52</sup>.

Luiz Edson Fachin defende que quem impõe não contrata, extrai consentimento, e se é adesão, não há contrato, porque não existe autonomia da vontade. Por fim, diante da proliferação dos contratos de adesão, afirma que a família deixou de ser uma unidade de produção para se tornar unidade de consumo, e o contrato deixou de ser autonomia privada para abrir espaço à satisfação de necessidades, nem sempre tão básicas<sup>53</sup>.

O contratante aceita ou adere em conjunto às cláusulas, prevalecendo a vontade do contratado, que dita a sua lei, não mais a um indivíduo, senão a uma indeterminada coletividade<sup>54</sup>. Isto posto, Orlando Gomes elencou as principais características desse tipo de contrato, quais sejam, a contratualidade meramente formal, a determinação uniforme do conteúdo das relações constituídas por aquele que elabora o contrato, e a inesgotabilidade do esquema contratual, a ser aplicado da mesma forma a uma infinita quantidade de contratos<sup>55</sup>.

Assim, ao se considerar que a parte contratante deve aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor de produtos ou serviços, constata-se que, na prática, o consumidor sequer lê completamente o instrumento contratual ao qual vai aderir. Daí entender-

---

<sup>52</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 112.

<sup>53</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 268.

<sup>54</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 6.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 12.

se, com base no princípio da boa-fé, que precisa existir um dever de transparência nas relações de consumo, principalmente em razão dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem a necessidade de respeito a vários deveres anexos de conduta decorrentes do referido princípio, a exemplo do que se observa no inciso III, do artigo 4<sup>a</sup>. Em suma, o consumidor deve ter pelo menos a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato e ser bem informado pelo fornecedor.

Na sociedade contemporânea, a difusão dos contratos de adesão é fundamental diante da globalização e massificação da produção e dos mercados, na medida em que permite transações rápidas e em larga escala, embora homogeneíze as estratégias de condução dos negócios pelos fornecedores, privando uma das partes de influenciar na determinação do conteúdo contratual.

Considerados os benefícios e a imprescindibilidade da utilização da técnica contratual estandardizada na produção de massa, a conduta das partes deve se dar em observância aos princípios da boa-fé e da probidade que devem nortear toda relação jurídica, para que a situação de desequilíbrio seja minimizada e posta em justa proporção. Ademais, o próprio ordenamento jurídico, principalmente em dispositivos encontrados no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, age como balizador do exercício da liberdade contratual e, com vistas à desigualdade fática dos contratantes, coíbe abusos nas relações negociais privadas.

Ressalta-se que o zelo exigido da parte contratada não se restringe às relações de consumo nem aos contratos por adesão, conforme se deduz do artigo 422 do Código Civil, que obriga os contratantes a guardar os princípios de probidade e boa-fé na conclusão e execução do contrato, qualquer que seja. O Código Civil em seu artigo 423 ainda confere atenção aos contratos de adesão em geral, dispondo que quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Esses artigos do CC, inclusive, podem ser utilizados para auxiliar em uma interpretação subsidiária nos contratos de consumo por adesão, com base no diálogo das fontes, se for necessário.

O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define os contratos de adesão como aqueles “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”.

Frisa-se que o parágrafo primeiro desse artigo prevê que a inclusão de cláusulas no formulário não desfigura a natureza do contrato de adesão, ou seja, a inserção de termos

manuscritos e o preenchimento de campos em branco com dados do consumidor e outras informações, não afastam a unilateralidade do contrato<sup>56</sup>.

O CDC permite a utilização desse instrumento, mas por ser elaborado unilateralmente pelo fornecedor, impõe uma série de regras para a sua validade, quanto à apresentação do documento e o seu conteúdo.

O artigo 46 do diploma normativo mencionado dispõe que os contratos que regulam as relações consumeristas não obrigam os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Conforme explanado por Leonardo Roscoe Bessa, o contrato deve ser objetivo e claro, sendo um meio muito comum de dificultar a compreensão do consumidor a elaboração de contratos longos, com a repetição de artigos de lei, sem a preocupação de substituir termos técnicos por palavras de fácil entendimento<sup>57</sup>.

A sanção por inobservância do artigo 46 é a ineficácia, vez que os consumidores ficarão desobrigados, ou seja, será desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, mesmo que o contrato já esteja assinado, voltando-se ao estado anterior da contratação<sup>58</sup>, sem prejuízo de eventual indenização em favor daquele considerado vulnerável na relação de consumo.

O parágrafo terceiro do artigo 54 estabelece que os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não seja inferior ao corpo doze, a fim de facilitar a compreensão do fornecedor. Enquanto isso, o parágrafo quarto do mesmo artigo exige o destaque para as cláusulas que importem em limitação do direito do consumidor.

No entanto, ainda que admitida a possibilidade de o contrato de consumo por adesão conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do último dispositivo normativo citado), revela-se abusivo o preceito que dispõe dos direitos à imagem, ao nome e à voz do contratante, no bojo do contrato, sem qualquer relação com o objeto contratual, os quais referem-se à valores inatos ao homem.

---

<sup>56</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 395.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 396.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 398.

A interpretação literal dessa norma reduz o seu alcance, devendo ser ressaltado que o CDC é composto por normas de ordem pública e interesse social que não podem ser afastadas ou limitadas pela simples vontade das partes. Assim, a limitação de direitos do consumidor só é possível excepcionalmente. No caso da cessão de direitos da personalidade em contratos de consumo diversos, deve se atentar para a disponibilidade relativa desses direitos, os quais encontram respaldo na própria dignidade humana, e não tem relação com as principais obrigações do consumidor, de modo que não podem ser inseridos de forma temerária nesses documentos.

A sanção pela falta de clareza do instrumento ou a ausência de destaque das cláusulas que impliquem na limitação dos direitos do consumidor (§3º, artigo 54, do CDC) é a nulidade da disposição por desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (artigo 51, XV, do CDC) e incompatibilidade com a boa-fé e equidade (artigo 51, IV, do CDC) e, eventualmente, a nulidade de todo o contrato (§2º, do artigo 51, do CDC).

Dessas regras expostas, apreende-se que o fornecedor deve cuidar para que o consumidor compreenda adequadamente os termos contratuais, conhecendo os direitos e obrigações decorrentes do vínculo que será estabelecido a partir da assinatura do documento, além de dever cuidar para que todas as formalidades exigidas sejam atendidas.

Ocorre que, os detentores do poder econômico agem de forma abusiva, impondo contratos de adesão com cláusula inadequadas, que aviltam o sentido de autonomia e equilíbrio contratual, em desconformidade com a solidariedade social e a boa-fé. Por sua vez, as partes vulneráveis se adequam à cidadania do consumo, cujo rigor traduz certa carga patológica, buscando alcançar sua autoestima por meio do desfrute de produtos e serviços<sup>59</sup>. Nessa hipótese estão aqueles consumidores que aderem aos contratos de adesão contendo cláusulas abusivas e iníquas, como são as que contém a cessão de direitos da personalidade, que não mantém uma necessária relação com o objeto principal do contrato.

---

<sup>59</sup> PELLEGRINO, Fabiana Andrea de Almeida Oliveira. *Tutela jurídica do superendividamento*. 2. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.18.

### 3 PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal de 1988, no inciso XXXII do artigo 5º, assegura como direito fundamental a proteção do consumidor, entendido em caráter individual ou enquanto coletividade que, de forma padronizada, adquire bens de consumo. Carl Schmitt aponta que a verdadeira Constituição, em sentido material, é aquela que dispõe sobre a organização dos poderes, das funções estatais e dos direitos e das garantias fundamentais, constituindo o restante, sob o aspecto formal, lei constitucional<sup>60</sup>. Assim, nota-se a extrema relevância dos direitos fundamentais, nos quais inclui-se a proteção do consumidor.

Essa tutela constitucional da defesa do consumidor, a qual não constitui a regra em termos de direito comparado<sup>61</sup>, demonstra a preocupação com as constantes transgressões e violações a direitos, infligidas pelos fornecedores no mercado. Ainda, através dessa previsão, constata-se uma aproximação das esferas pública e privada, por consequência da influência do texto constitucional nos demais ramos jurídicos que disciplinam as relações entre particulares<sup>62</sup>.

As normas constitucionais e a realidade devem confluir para que a Constituição não fique alheia ou em desconformidade com fatores metajurídicos<sup>63</sup>. O direito fundamental do consumidor constitui cláusula pétrea, não podendo ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente à sua abolição (inciso IV, §4º, artigo 60, da CF-88). Apesar disso, a defesa do consumidor tem sido alvo de ataques por parte dos agentes econômicos que atuam no mercado, os quais alcançam foro cada vez mais propulsor, enquanto os vulneráveis assistem a tal estado de coisas atônitos.

A CF atribuiu ao legislador infraconstitucional a disciplina desse direito, sendo a Lei n. 8.078/90 a resposta do Poder Público à essa determinação, a qual consiste em um conjunto normativo próprio, que para incidir sobre as relações jurídicas requer um diferencial. Assim, o CDC nasce das normas constitucionais, e tem elas como fundamento, mantendo-se uma vinculação entre o microssistema consumerista e o Texto Maior, cujo conteúdo influencia as relações travadas na sociedade, tendo como fim a realização dos valores existenciais da comunidade e tendo o poder como causa criadora e recriadora<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Tradução Francisco Ayala. México: Ed. Nacional, 1927, p. 207.

<sup>61</sup> DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. Edipro, 2000, p. 20.

<sup>62</sup> HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 71-72.

<sup>63</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 38.

<sup>64</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36.



As normas do CDC são de ordem pública e interesse social, conforme estabelece o seu artigo 1º, abarcando todos aqueles expostos às práticas do mercado. Em contraponto, Manoel Jorge e Silva Neto comenta que a explosão do consumo ocorrida após o incremento da produção industrial trouxe reflexos que, apesar de proporcionarem mais conforto ao homem, ocasionaram recrudescimento na quantidade e variedade de formas de agressão aos consumidores<sup>65</sup>.

A despeito do caráter constitucional da proteção do consumidor e sua disciplina por legislação específica, muito há para ser alterado em termos de justiça social. O patrimonialismo ainda está muito presente, conforme Dalmo de Abreu Dallari, valendo-se de ambiguidades, como a afirmação de que interferência dos poderes públicos na convivência entre os indivíduos, ainda que seja para garantir a efetiva igualdade de direitos fundamentais, é uma afronta à liberdade<sup>66</sup>.

O direito do consumidor, da forma como vem sendo materializado, impondo o fornecedor cláusulas de cessão de direitos da personalidade aos consumidores, sem o menor cuidado e de forma excessiva, cria uma distância abissal entre os fatores reais e as normas do sistema jurídico que protegem aquele considerado vulnerável na relação de consumo, as quais não são concretizadas.

Diante dessa regulação especial conferida às relações de consumo, além dos limites impostos aos contratos de adesão em si, os quais já foram citados, impende analisar a nova concepção do contrato hodierna, destacando a Teoria do Diálogo das Fontes, bem como tratar dos princípios e outras normas existentes para a proteção do consumidor nos contratos.

### 3.1 NOVA CONCEPÇÃO DO CONTRATO

Em uma concepção clássica, o contrato tinha por fundamento o consenso das partes envolvidas na relação jurídica, e o negócio jurídico não projetava efeitos para além das partes. Havia uma tendência de que as obrigações deveriam ser contratuais, pois se acreditava que por trás delas havia um consentimento implícito<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas*. São Paulo: Ltr, 2001, p.29.

<sup>66</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145.

<sup>67</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 44.

Focava-se a relação contratual como de conteúdo patrimonial, entre pessoas formalmente consideradas, partindo-se da premissa que o contrato era justo por conter a vontade das partes. Desse modo, cabia ao Estado somente intervir para assegurar o cumprimento contratual, jamais para sanar desvios ou adaptá-los ao contexto social cambiante, o que se compatibiliza com o liberalismo econômico.

A criação de um novo paradigma contratual ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, que instaurou uma nova ordem jurídica, social e econômica. O contrato com conotação abstrata cedeu lugar para um modelo de conteúdo heterogêneo e plural, com prevalência de uma noção de solidariedade e ideia de justa distribuição de ônus.

Inserem-se na Constituição normas que antes eram dirigidas a campos de domínio exclusivo da autonomia privada, criando-se a consciência de que a Constituição é a base que dá unidade a todo o ordenamento jurídico e onde se consubstanciam os seus princípios fundamentais. A aquisição dessa consciência torna tênue a rígida contraposição antes existente entre Direito Público e Direito Privado<sup>68</sup>.

Nessa senda, importante destacar o pensamento de Hans Kelsen, pois a Teoria Pura do Direito relativiza a oposição, tornada absoluta pela ciência jurídica tradicional, entre Direito privado e público. Para ele, este dualismo - de todo logicamente insustentável - não tem qualquer caráter teórico, mas apenas caráter ideológico, vez que os atos que formam o fato produtor do Direito apenas são, em ambos os casos, o prolongamento do processo da chamada formação da vontade estadual, de forma que no comando da autoridade, como no negócio jurídico privado, apenas se realiza a individualização de uma norma geral<sup>69</sup>.

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, do seu ponto de vista universalista - sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a chamada vontade do Estado - vê no negócio jurídico privado, tal como no comando da autoridade, um ato do Estado, ou seja, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica<sup>70</sup>.

A expressão constitucionalização do Direito significa que os conceitos jurídicos tradicionais devem ser reanalisados na perspectiva de que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição. Esta, por estar permeada de normas que

---

<sup>68</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 58.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 197-198.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 197.

afetam os mais diversos domínios das relações sociais, passa a conter princípios que se infiltram por todos os ramos do Direito e sob a ótica dos quais devem as respectivas normas ser interpretadas<sup>71</sup>.

A própria noção da dignidade da pessoa humana acarreta uma reidentificação dos ramos do Direito em uma espécie de sistema integrado de forças<sup>72</sup>. Hoje, o princípio da dignidade da pessoa humana tutelado na Constituição Federal e na Declaração Universal de Direitos é entendido como base teórica e prática que irradia seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, seja na seara pública ou privada.

Conforme Carlos Alberto Bittar, há uma tendência de firmar uma visão de que a dicotomia entre público e privado cedeu lugar para uma fundamentação unificada da luta por efetividade dos direitos, no sentido de garantir uma plena realização da dignidade da pessoa humana, em suas diferentes manifestações<sup>73</sup>. O alcance dos direitos fundamentais possuem uma eficácia horizontal, que permite sua incidência nas relações privadas. Da mesma forma, os direitos tidos como privados vem cada dia mais sendo atingidos por necessidades públicas e exigências sociais amplas<sup>74</sup>.

O Direito volta-se para a manutenção da convivência humana em sociedade, devendo se adaptar às novas circunstâncias da realidade, bem como regular as novas situações que surgem a cada dia, de maneira a assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos em geral, em um contexto amplo como o da sociedade de consumo de massa. Conclui-se, assim, que não é cabível uma visão centrada em tradicionais construções dogmáticas, tendo em vista que a sociedade e, conseqüentemente, o sistema jurídico estão em intensa transformação.

A função do Direito passou a ser a de criar, dar forma à nova realidade, de modo que além daquela força de garantia propiciadora do desenvolvimento da livre iniciativa, apresenta uma força prospectiva e propulsora em direção a vários valores considerados importantes para a sociedade<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 59.

<sup>72</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

<sup>73</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>74</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>75</sup> JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 75.

Diante disso, ao se constatar o desajuste entre o modelo contratual paritário e as relações de massa, envolvendo partes desiguais, surge a necessidade de repensar o modelo contratual até então vigente.

Em primeiro lugar, importa ressaltar que foi superada a ideia de que basta a igualdade formal para todos serem iguais na sociedade de consumo, reconhece-se que alguns são mais fortes, detém mais informações, são profissionais ou *experts*, transferindo seus riscos e custos para os outros, enquanto que esses outros geralmente são leigos, sem informações sobre os produtos e serviços ofertados no mercado, não conhecem as técnicas de contratação em massa, sendo mais vulneráveis e fáceis vítimas de abusos<sup>76</sup>.

A desigualdade material entre as partes nas relações contratuais massificadas torna necessário o tratamento diferenciado para equilíbrio das forças. Roxana Borges, com propriedade, ilustra essa afirmação quando faz as seguintes observações:

Percebeu-se rapidamente a armadilha do discurso da igualdade formal que deixava os indivíduos à própria sorte, considerados livres para assumirem qualquer vínculo contratual, ainda que, em alguns momentos, esses indivíduos não se movessem preponderantemente por liberdade verdadeira, mas por necessidade. Guiados pela necessidade, levados ao contrato, não vinham nenhum poder nem condição material de exercer a liberdade contratual, que se refere à determinação do conteúdo do contrato [...] O problema residia na liberdade apenas pressuposta, mas não real, em que as partes eram pela lei consideradas iguais, mas na verdade não eram<sup>77</sup>.

Nessa perspectiva, Ronaldo Porto parte do reconhecimento das diferenças de *status* jurídico das pessoas, para afirmar que progressivamente o Direito Social acabará sendo um Direito de desigualdades, de discriminações positivas, contendo em si as ideias de reciprocidade e equilíbrio<sup>78</sup>.

A nova concepção de contrato envolve a proteção da confiança no vínculo estabelecido, a exigência da boa-fé e a observância da função social do contrato, abandonando a ideia de antagonismo entre as partes, embora reconheça as suas diferenças, para considerar os efeitos do

<sup>76</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

<sup>77</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 29.

<sup>78</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 51-53.

contrato na sociedade<sup>79</sup>. Por sua vez, as leis ganham funcionalidade, optando-se por soluções abertas que possibilitam aos operadores do direito o uso de valores básicos e princípios sociais<sup>80</sup>.

O contrato é considerado como o instrumento à disposição dos sujeitos na sociedade de consumo, mas agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social<sup>81</sup>. Esse novo perfil contratual é essencial na sociedade de consumo, em que os consumidores apresentam-se ainda mais vulneráveis e fragilizados, ao estarem suscetíveis aos influxos de um comércio jurídico despersonalizado e desmaterializado, através de contratações massificadas ou uniformizadas, que buscam agilidade e fluidez. Esvazia-se o papel da vontade como elemento contratual nuclear, para ceder lugar a contratos homogêneos em seus conteúdos, de adesão, dirigidos indistintamente aos consumidores, e para comportamentos automáticos ou socialmente típicos<sup>82</sup>.

Essas condutas sociais típicas são tratadas por Claudia Lima Marques, quando ensina que as contratações em massa podem se dar por meio escrito ou oral, ou por simples recibos ou tickets de caixas automáticas, que são formas de contratar em silêncio ou sem diálogo, por coisas, imagens, palavras ditas, pré-escritas e outros símbolos, sem real dialética, visualizados em meios não perenes ou virtuais<sup>83</sup>.

Com as mudanças operadas nos mercados de consumo, os juristas relativizaram antigos dogmas como a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos, a sujeição do devedor à obrigação, através das interpretações sistemática, constitucional e integrativa, identificando lacunas no ordenamento jurídico ou no negócio, a permitir o uso de analogia, princípios gerais do direito, equidade, além da inclusão no ordenamento de cláusulas gerais que permitem uma aplicação mais flexível<sup>84</sup>.

Judith Martins-Costa elucida que:

---

<sup>79</sup> PELLEGRINO, Fabiana Andrea de Almeida Oliveira. *Tutela jurídica do superendividamento*. 2. ed. ver. atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 122.

<sup>80</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 211-215.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>82</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 120.

<sup>83</sup> MARQUES, op. cit., p. 72.

<sup>84</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

Diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade, justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico<sup>85</sup>.

Nesse rumo, Claudia Lima Marques doutrina que a lógica e o direito impõem que, nos contatos sociais como os contratos, os indivíduos devem observar os deveres de conduta e, conseqüentemente, tratar o outro com lealdade e respeito, sem prejudicar o patrimônio do próximo nem impedir que cumpra com suas obrigações, cooperando na medida do possível e da lei<sup>86</sup>.

A propósito, a mesma autora reflete que a nova concepção de contrato admite os limites impostos à autonomia, desde que, se provindos do poder estatal, respeitem os direitos constitucionalmente postos e tenham amparo na lei, e se provindos dos particulares, respeitem os postulados sociais da boa-fé, segurança, equilíbrio e equidade contratual<sup>87</sup>.

O centro gravitacional do contrato passou a ser a boa-fé, a justiça e a busca pela equidade, conforme resta patente nos artigos 421 e 422 do Código Civil, No primeiro dispositivo o legislador previu que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, enquanto no segundo restou expresso que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Antes mesmo das disposições civis referidas, o CDC já tinha positivado o princípio da boa-fé objetiva como linha de interpretação no inciso III, do artigo 4º, e como cláusula geral no inciso IV do artigo 51, além de prever diversos deveres anexos como a informação e o esclarecimento (artigos 30,31,46), cooperação (artigo 51, §2º), lealdade, transparência, dentre outros.

---

<sup>85</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 456-457.

<sup>86</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 217-218.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 269.

Nelson Rosenvald elucida que o contrato não é um universo jurídico hermético e neutro, mas um fato social, que operacionaliza a realização de valores globais<sup>88</sup>. Nessa senda, afasta-se a compreensão atomista clássica, denotando a necessidade de cooperação em uma relação contratual solidária na realidade social, a fim do contrato lograr êxito na sua funcionalidade e desdobramentos positivos no mundo dos fatos.

As partes devem cooperar para que na realização dos seus interesses, haja uma satisfação recíproca, e ainda para que, transcendendo a esfera estritamente contratual, não sejam afetados valores maiores da sociedade.

O sistema jurídico deve ser um instrumento para atender à realidade social, protegendo e realizando os direitos fundamentais dos indivíduos. O contrato, como interseção de vontades das partes, encontra-se sob a égide de uma nova concepção, na qual esses direitos tem influência nas relações privadas, entre iguais e principalmente desiguais, impondo valores e vetores a serem respeitados, de modo que quando se concretiza a boa-fé restará concretizada a dignidade da pessoa humana<sup>89</sup>, valor máximo do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, o diálogo das fontes possibilita uma visão unitária e coerente do direito, conforme a Constituição, e direciona a visão do intérprete para um conjunto sistemático de normas, em que convivem os paradigmas<sup>90</sup>, de maneira que merece ser destacado a seguir.

### 3.2 IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

O Direito, enquanto conjunto de normas que rege a sociedade, é dinâmico e se transforma a partir das evoluções sociais, econômicas e culturais advindas de um determinado momento histórico. Hodiernamente, destaca-se o avanço do consumo de massa, o qual acarretou uma verdadeira mudança paradigmática, devendo o ordenamento jurídico acolher o antropocentrismo contratual, a funcionalização das relações jurídicas privadas e de consumo, bem como comportamentos de realização dos direitos fundamentais.

---

<sup>88</sup> ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 86.

<sup>89</sup> PELLEGRINO, Fabiana Andrea de Almeida Oliveira. *Tutela jurídica do superendividamento*. 2. ed. ver. atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 130.

<sup>90</sup> MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 694.

A teoria do diálogo das fontes, ao tratar da coerência do direito posto, transcende o debate sobre as teorias positivistas do direito, podendo albergar não somente leis postas, mas reconhecer a força dos princípios imanentes do sistema jurídico e da Constituição, de forma a sempre mirar a conciliação e adaptação aos valores sociais de dado momento e comunidade<sup>91</sup>.

Após colocar a Constituição no centro do ordenamento, Marcelo Dunque afasta o discurso de substituição de planos, afirmando a criação de pressupostos para a manutenção de um diálogo permanente entre as fontes, pautado pelos valores constitucionais e em atenção à primazia de conhecimento de cada âmbito particular, o que denota um esforço na busca de soluções de caráter plural, que neutralizem antinomias, através de uma correta e equilibrada atitude de ponderação e interpretação dos bens em conflito, sobretudo para garantir o livre desenvolvimento da personalidade<sup>92</sup>.

Essa visão reconhece influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais e propõe diálogos sistemáticos entre os ramos jurídicos, de maneira que Bruno Miragem constata que a evolução jurídica, a partir do constitucionalismo e da força dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, beneficia a coordenação e aplicação simultânea de diferentes fontes normativas, a uma mesma situação jurídica. O mesmo autor destaca que o legislador não consegue prever todas as diversas realidades afetadas pelas normas que produz, e nem controla a eficácia da norma para situações atuais e futuras, ou sua eventual sobreposição em relação às matérias sobre as quais incidem outras normas<sup>93</sup>.

Sobre essa concepção dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, impende frisar que Robert Alexy define os princípios enquanto normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes<sup>94</sup>, o que cria a possibilidade de sopesamento ante ao caso concreto e implica em uma importância substancial para o ordenamento jurídico como um todo.

---

<sup>91</sup> MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 24-25.

<sup>92</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014, p. 190.

<sup>93</sup> MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 73.

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 90.



Ronald Dworkin, por sua vez, denomina princípio um padrão que deve ser observado, porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, o qual possui a dimensão do peso ou importância<sup>95</sup>.

Nessa senda, deve se reconhecer o caráter normativo dos princípios, o que implica na conscientização acerca da obrigatoriedade de comportamentos capazes de concretizá-los, bem como em não compreendê-los apenas como valores<sup>96</sup>. Os princípios possuem uma função pragmática, sendo considerados pontos de partida para a procura dos meios aptos a promover as finalidades que instituem, tanto que Humberto Ávila conceitua-os como normas imediatamente finalísticas e primariamente prospectivas<sup>97</sup>.

A atual função social do Direito é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade globalizada e massificada. Se as relações de consumo e contratuais tem funções econômicas, a função social deve envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa, nos seus vários *status* ou papéis no mundo atual<sup>98</sup>, principalmente de consumidor e cidadão com direitos que são inerentes à sua condição humana.

No Estado Democrático de Direito, em que a proteção jurídica visa o respeito aos direitos fundamentais, há uma interdisciplinaridade evidente na tutela do consumidor, ente vulnerável em sua própria definição jurídica. Defende-se o uso da teoria do “Diálogo das Fontes”, que afirma a necessidade de aplicação coerente e simultânea das normas coexistentes no atual sistema. Essa teoria foi trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques, sendo oriunda dos ensinamentos de Erik Jayme, através dos quais se preceitua que, em face de um direito pós-moderno com fontes legislativas plúrimas, é necessária a coordenação entre as leis do mesmo ordenamento<sup>99</sup>.

Na pós-modernidade, o campo de aplicação de normas em contradição é flexível e mutável, na medida em que engloba interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais simples, bem como acompanha as criações da prática contratual, com a nova concepção de contrato e novos vínculos da sociedade de consumo<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36-42.

<sup>96</sup> STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 584.

<sup>97</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

<sup>98</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

<sup>99</sup> MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 610.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 627.

A expressão diálogo das fontes é autoexplicativa, significando a lógica de seguir e coordenar um encontro, uma coerência a restaurar os valores do sistema, na qual uma lei não mais simplesmente exclui a outra, mas ambas dialogam entre si, em uma aplicação conjunta e harmoniosa, guiada pelos valores constitucionais e direitos fundamentais<sup>101</sup>.

Claudia Lima Marques entende que são três os tipos de diálogo das fontes. O diálogo sistemático da coerência, em que na aplicação simultâneas de duas leis, uma pode servir de base conceitual para a outra; o diálogo sistemático da complementariedade e subsidiariedade em antinomias, no qual na aplicação coordenada de duas leis, uma pode complementar a aplicação da outra no que couber, for necessário ou subsidiariamente – é o caso de cláusulas gerais em uma lei encontrarem uso subsidiário ou complementar em caso regulado por outra lei; e diálogo de coordenação e adaptação sistemática, em que há uma possível redefinição do campo de aplicação da lei<sup>102</sup>.

Nesse cenário, o diálogo das fontes deve ser utilizado para harmonizar as disposições de normas legislativas diversas com o Código de Defesa do Consumidor, bem como os princípios expressos ou implícitos que delas decorrem, amparando-se na Constituição Federal, diante das necessidades da sociedade contemporânea. Hoje, busca-se a harmonia e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico, em prol de uma eficiência funcional do sistema plural e complexo do Direito contemporâneo<sup>103</sup>.

As normas do Código Civil destinam-se a regular relações estabelecidas entre contratantes paritários, voltando-se as normas do Código de Defesa do Consumidor para a disciplina dos contratos de consumo e das práticas comerciais entre partes desigualmente situadas, sendo o critério da vulnerabilidade usado para determinar a incidência desse último diploma normativo.

Gustavo Tepedino faz considerações acerca do diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, asseverando que não podem ser considerados diplomas

---

<sup>101</sup> MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito a coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 31.

<sup>102</sup> MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 719-720.

<sup>103</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 137.

contrastantes, senão complementares, no contexto de um ordenamento complexo, sendo instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais<sup>104</sup>.

O método de diálogo das fontes encontra terreno fértil em situações que se sujeitam, concomitantemente, a disposições do CC e CDC, pois os princípios dessas fontes normativas convergem, visando a harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo. Nessa perspectiva, Flávio Tartuce explica que a primeira tentativa de aplicação da tese dialogal se dá com a aplicação do CDC e CC aos contratos, diante da aproximação principiológica entre os dois sistemas, consolidada pelos princípios sociais contratuais, sobretudo pela boa-fé objetiva e a função social do contrato<sup>105</sup>.

O Código Civil de 2002, surge após o CDC, e prevê os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da propriedade, do equilíbrio econômico dos contratos, da responsabilidade objetiva derivada do risco-criado, o que serve para se constatar a unitariedade do ordenamento e a aproximação progressiva das ferramentas de proteção da pessoa humana na vida civil/consumerista.

É preciso afirmar a unidade do ordenamento e manter o diálogo entre as normas relacionadas aos contratos civis, principalmente de adesão, com as normas contratuais do CDC, até mesmo para reforçar a proteção dos consumidores contratantes na sociedade massificada de consumo, em busca de uma máxima efetividade social dessas normas.

Há uma confluência de princípios entre as fontes normativas, além da coincidência de muitas cláusulas gerais, consubstanciando um diálogo de influências recíprocas, com respeito às suas diversidades. No entanto, salienta-se que o diálogo entre as fontes só pode beneficiar os consumidores, e não prejudicá-los<sup>106</sup>, diante do direito fundamental de defesa desses sujeitos estabelecido no inciso XXXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que é considerado cláusula pétrea.

A possibilidade de aplicação do diálogo das fontes, no caso de relações de consumo, está expressa no artigo 7º do CDC. O referido artigo dispõe que os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja

---

<sup>104</sup> TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.22, p. 1-4, 2005, p. 2.

<sup>105</sup> TARTUCE, Flávio. A teoria geral dos contratos de adesão no código civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia, Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 208.

<sup>106</sup> MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 729.

signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Diante do diálogo das fontes, a título de ilustração pode-se mencionar os enunciados das Jornadas de Direito Civil, relacionados às contratações civis, que abordam os princípios da dignidade da pessoa humana, boa-fé, função social do contrato e confiança, os quais também podem ser aplicáveis aos consumidores contratantes, desde que lhes beneficiem.

O Enunciado 23, da I Jornada de Direito Civil, em 2002, traz que a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. Já o Enunciado 26 dispõe que a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes<sup>107</sup>.

Por sua vez, o Enunciado 537, da VI Jornada de Direito Civil, estabelece que excepcionalmente os negócios jurídicos nulos podem produzir efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela; o que pode ser aplicado desde que seja favorável ao ente vulnerável, para proteção da boa-fé e função social do contrato<sup>108</sup>.

E, o Enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil, ao tratar do artigo 422 do CC, dispõe que os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação<sup>109</sup>.

Assim, se prestigia a ideia de sistema no ordenamento jurídico, permitindo-se que outras normas alheias ao microssistema consumerista sejam incorporadas na tutela especial do consumidor.

---

<sup>107</sup> JORNADA DE DIREITO CIVIL I: ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2002. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/Ijornada.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>108</sup> JORNADA DE DIREITO CIVIL VI: ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>109</sup> JORNADA DE DIREITO CIVIL IV: ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2006. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

### 3.3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O CDC contempla a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, expressamente no inciso I, do seu artigo 4º. Bruno Miragem e Claudia Lima Marques aduzem que a vulnerabilidade não é constatada a partir de critérios comparativos entre sujeitos, sendo:

mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação<sup>110</sup>.

Em um contexto geral, afirma-se que a vulnerabilidade em direito aparece em uma relação de forças quando se faz necessário compensar desigualdades consideradas naturais e resultantes de um fato objetivo (idade ou estado de saúde) ou como resultado de uma situação voluntária instituída entre pessoas privadas (em relação às obrigações)<sup>111</sup>, estando o consumidor abarcado na segunda hipótese como regra.

Essa vulnerabilidade do consumidor aumenta exponencialmente com a globalização e extrema massificação das relações de consumo. A superioridade técnica do fornecedor de serviços, ainda que pessoa física, afasta qualquer ideia de subordinação com relação ao consumidor<sup>112</sup>, e aquele que tem sua autonomia reduzida, como no caso das contratações consumeristas, é considerada vulnerável.

Na sociedade hodierna, o contrato comumente se converte em instrumento de exercício de poder. As empresas dispõem, a todos os usuários e adquirentes de bens e serviços, os contratos padrão. Nas relações de consumo, a condição de vulnerabilidade de um dos contratantes e o fato de encontrar-se em posição estruturalmente submissa, faz com que o exercício de determinados direitos por quem detém o poder configure um abuso ou um ato contrário aos bons costumes e à boa-fé objetiva exigida no tráfego jurídico<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.120.

<sup>111</sup> FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n.85, p. 15-24, 2013, p.16.

<sup>112</sup> FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 142.

<sup>113</sup> RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 18, n. 71, p. 168-194, 2009, p. 172.

Diante dessa ampla vulnerabilidade do consumidor na seara contratual, surge a necessidade de uma proteção reforçada, com o objetivo de promover lealdade, transparência e equilíbrio nas relações de consumo, com base na nova concepção do contrato, já estudada no presente trabalho.

Além do disposto expressamente na legislação, nota-se a tendência de valorizar os princípios jurídicos no direito de consumo, com intuito de proteger de maneira mais eficaz a parte hipossuficiente da relação<sup>114</sup>.

Os princípios contratuais clássicos, como a autonomia da vontade, a força vinculante (*pacta sunt servanda*) e a relatividade das convenções não deixaram de existir, mas devem ser interpretados sob nova ótica, delineada por valores constitucionais como a solidariedade social e a proteção da dignidade da pessoa humana, bem como conviver com a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico, com seus respectivos desdobramentos<sup>115</sup>.

### 3.3.1 Princípio da transparência e o direito à informação

O artigo 4º do CDC prevê que um dos princípios norteadores das relações de consumo é a transparência. Objetiva-se uma aproximação e vínculo contratual mais sincero, leal e menos danoso entre consumidor e fornecedor, abarcando o dever de informação clara e correta sobre as condições contratuais e o próprio conteúdo do contrato. Ademais, o princípio da transparência também é destinado a compensar as desigualdades entre os parceiros contratuais.

As normas protetoras visam assegurar a seriedade e veracidade das manifestações do fornecedor, buscando um respeito daqueles que serão os contratantes daquele bem. Assim, o legislador busca evitar lesões que podem acontecer no caso do consumidor não ter conhecimento do conteúdo contratual, de modo a assumir obrigações que não pode suportar ou não deseja<sup>116</sup>.

O consumidor somente está apto a ocupar seu espaço na relação de consumo se devidamente informado, de modo que o princípio da transparência tem significativos efeitos

---

<sup>114</sup> TONIAL, Nadya Regina Gusella. Caracterização das cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 17, n. 1, p. 144-156, jan. 2003, p. 150.

<sup>115</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 388.

<sup>116</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 745.

concretos. Somente através da informação acerca dos direitos e deveres advindos do contrato de consumo, é possível ao consumidor externar uma verdadeira e livre vontade, e realizar as suas expectativas legítimas, que o levaram a escolher aquele fornecedor como parceiro contratual.

Importante frisar que o princípio da transparência rege a conclusão do contrato, mas também a sua formação, compondo a essência do mesmo, como forma de alcançar uma justiça contratual. Como reflexo do princípio tratado, tem-se o dever de informar, seja através da oferta clara e correta sobre as condições do contrato, sob pena do fornecedor responder pela falha na informação; seja através do próprio texto do contrato, principalmente nos contratos pré-elaborados unilateralmente, que devem ser claros além de dever ser dada a oportunidade ao consumidor de conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena de não obrigar o consumidor por decisão judicial, mesmo se devidamente formalizado<sup>117</sup>.

O direito do consumidor à informação está exposto no inciso IV, do artigo 4º, e inciso III, do artigo 6º, ambos do CDC, como princípio basilar das relações de consumo, bem como direito básico do ente vulnerável nessa relação. Ainda, o artigo 31 do mesmo código indica um núcleo mínimo acerca das informações que devem ser prestadas. Com o advento da sociedade de massa e consequente consumo padronizado, tornou-se ainda mais essencial a prestação de informações nas relações contratuais<sup>118</sup>. Assim, além de ditar o conteúdo do contrato *standard*, o fornecedor tem o dever de bem informar ao consumidor todas as suas cláusulas e condições, diante da sua posição de superioridade e a necessidade do consentimento esclarecido daquele que está contratando, até mesmo por não haver a possibilidade de prévia discussão sobre os termos da avença.

A prestação de todas as informações necessárias e cabíveis deve abarcar todas as fases do contrato, durante as tratativas antes da formalização da contratação, no decorrer da sua vigência e após a sua extinção. Essa proteção ao consumidor enriquece o ato de comunicação, lutando pela qualidade de um relacionamento humano isento de vícios e de abusos, ao tratá-lo como um destinatário ou receptor que merece respeito.

Proteger o consumidor é proteger esse ato de comunicação, no que ele implica de respeito pela dignidade humana, e no que ele significa de uma solidária e responsável participação na

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 751-752.

<sup>118</sup> HERVADA, Javier. *O que é o direito: a moderna proposta do idealismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 141.

vida em comunidade<sup>119</sup>. Assim, em relação ao direito à informação, deve-se dizer que tem fundamento não apenas legal, mas constitucional, na medida em que valoriza a dignidade humana (artigos 1º, III, e 5º, XIV, da CF) e o consumo se insere no espectro maior da própria cidadania.

O conteúdo do contrato geralmente é posto pelo fornecedor e, embora haja a possibilidade de inserção de cláusula sugerida pelo consumidor no formulário anteriormente confeccionado (artigo 54, §1º, do CDC), na prática isso não é visto. Para a obtenção do produto ou serviço, o consumidor terá que aceitar aquelas condições delimitadas. A informação nesses contratos de consumo se presta a proporcionar ao aderente conhecimentos que permitam uma melhor escolha, além de buscar um maior equilíbrio na relação, que é assimétrica por natureza.

Um consentimento esclarecido em relação à contratação só é permitido a partir das informações adequadas e devidas sobre os bens de consumo e os termos envolvidos, sob pena do interessado ficar alienado no ato da sua escolha e definição<sup>120</sup>. Os consumidores devem ser estimados em sua dignidade, para que atuem como sujeitos livres, com real capacidade de decisão, o que não se alcança na ausência de esclarecimentos ou mesmo quando prestados incompletos, com omissão de partes importantes.

A informação potencializa a formação consciente e ponderada da vontade negocial, igualando posições de disparidade cognitiva, quanto ao objeto e condições do contrato<sup>121</sup>. Assim, as informações não podem ser ocultadas, omitidas ou dadas de forma incompleta nas negociações ou celebração do instrumento, devendo compreender todos os elementos negociais relevantes, “quer para a decisão de contratar, quer para a conformação concreta do contrato a celebrar, quer ainda para a completa funcionalidade do contrato”<sup>122</sup>, conforme expõe Ana Prata.

O consumidor deve saber e compreender as principais consequências dos vínculos obrigacionais assumidos, de modo que o fornecedor de produtos e serviços se torna um provedor de informações para que a parte mais fraca na relação jurídica possa contratar de forma livre e, conseqüentemente, digna<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> MONTEIRO, A. Pinto. Comunicação e Defesa do Consumidor. *Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico de Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, de 25 a 27 de novembro de 1993. Coimbra: G. C – Gráfica de Coimbra Ltda., 1996, p. 42 a 48.

<sup>120</sup> GUÉGUEN, Nicolas. *Psicologia do Consumidor: para compreender melhor de que maneira você é influenciado*. Tradução Gian Bruno Grosso. São Paulo: Editora Senac, 2010, p. 67.

<sup>121</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49

<sup>122</sup> PRATA, Ana. *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 49.

<sup>123</sup> CORREIA, Atalá. O Dever de Informar nas Relações de Consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 13-31, jan./abril. 2011, p. 19.



Além da informação dever ser a mais completa e abrangente possível, não pode ser apresentada de modo a dificultar a compreensão do consumidor, tendo que ser clara, correta, precisa, ostensiva e em língua portuguesa (artigo 31, do CDC). A violação a esse dever pode configurar-se por ato omissivo ou positivo e deve ser combatida, com base no dever de lealdade e transparência nas relações contratuais.

O dever de informar se presta a viabilizar uma livre contratação, como acima exposto, mas também tem como função a prevenção de prejuízos para as partes<sup>124</sup>, que ocorrem quando o consumidor contrata um bem de consumo que não desejaria se tivesse o adequado conhecimento daquelas condições contratuais.

### **3.3.2 Princípios da boa-fé objetiva, da confiança e do equilíbrio contratual**

As mudanças advindas da extrema massificação da produção, distribuição e consumo, incluindo a padronização contratual, junto à globalização e à informatização dos meios de comunicação, aumentaram exponencialmente a vulnerabilidade dos sujeitos que atuam nos mercados de consumo<sup>125</sup>, de maneira que é necessária uma tutela especial para a proteção dos seus direitos e interesses.

Com o advento da Constituição Federal, extraem-se os fundamentos para uma nova teoria contratual, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva. Segundo Teresa Negreiros, a fundamentação constitucional desse princípio assenta-se na tutela da pessoa humana, em que essa se presume parte integrante de uma comunidade e não um ser isolado<sup>126</sup>. O contrato passa a não ser mais visto como um mero instrumento para a satisfação de interesses egoísticos.

Diante dessa nova concepção, Daniel Sarmiento conceitua a autonomia privada como:

[...] o poder do sujeito auto regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 21.

<sup>125</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

<sup>126</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade<sup>127</sup>.

Nessa esteira, Judith Martins-Costa destaca que:

[...] reconhecer-se a autodeterminação não implica, porém, em desconhecer que os comportamentos humanos constitutivos de situações jurídicas devem alinhar-se a certos parâmetros éticos-jurídicos, precisamente porque o Direito é ordenamento, isto é, ordenação da atividade humana segundo certas escolhas axiológicas que, implícita ou explicitamente, cada sociedade faz traduzir em seu *corpus* normativo, a começar pela Constituição Federal<sup>128</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, promulgado após a Constituição Federal de 1988, absorve as diretrizes constitucionais e consagra especial atenção ao vulnerável da relação de consumo, ante aos contratos de massa elaborados previamente pelo fornecedor. Antes mesmo do Código Civil de 2002, o CDC prevê o princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual (artigos, 4º, 6º, V, 39, V, 51, IV), além de estabelecer regras específicas, realçando a atenção conferida ao momento da aproximação das partes e das tratativas pré-contratuais<sup>129</sup>.

O CDC preocupa-se com o momento anterior à contratação, englobando a transparência da oferta, com informação adequadas e completas sobre os produtos e serviços, e o modo de apresentação do contrato de adesão, além dos períodos de celebração e execução do contrato. Deve se observar as legítimas expectativas inerentes ao negócio, com clara definição dos direitos e obrigações das partes, até mesmo para que não seja um instrumento de obtenção de vantagens excessivas pelo fornecedor.

A boa-fé em referência é a objetiva, que pode ser definida como uma regra de conduta, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio na relação; que não se confunde com a boa-fé subjetiva, que diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador do seu direito.

O artigo 4º do CDC prevê a harmonia nas relações de consumo, a qual poderá ser buscada através da boa-fé objetiva nas situações em que figuram o consumidor e o fornecedor. O

<sup>127</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 188.

<sup>128</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 229-284, 2003, p. 237.

<sup>129</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 388.

princípio da boa-fé guia a formação, execução e interpretação dos contratos, sejam aqueles decorrentes das relações de consumo (artigos 47 e 4º, III, do CDC), como aqueles que regulam as relações civis (artigo 113 do CC).

Judith Martins-Costa ensina que a boa-fé é fonte de deveres jurídicos alocados na relação obrigacional, independentemente de expressa previsão legal ou negocial. Esses deveres podem estar anexos ou ligados instrumentalmente ao dever de prestação ou podem ser deveres de proteção, quando ligados à defesa contra danos ao patrimônio ou à pessoa do outro figurante da relação (indiretamente ligados ao dever principal)<sup>130</sup>.

A proteção dos interesses e expectativas dos sujeitos considerados vulneráveis acompanha todas as fases do contrato, buscando uma equidade de distribuição de direitos e deveres e a consequente justiça contratual.

A boa-fé pode estar associada diretamente à lealdade, à probidade no tráfico negocial e à uma especial consideração com os interesses alheios, cujo fim é a correção de assimetrias de poderes na relação obrigacional. Nos negócios jurídicos, especialmente nos contratos, a boa-fé estrutura-se como relação jurídica de cooperação<sup>131</sup>, buscando uma maior equidade entre as partes.

Como principais funções da boa-fé, tradicionalmente, podem ser destacadas: a interpretativa, em que o princípio atua enquanto referencial hermenêutico para todas as relações jurídicas; a que busca evitar o exercício abusivo de direitos subjetivos, impondo limites; e a que consiste na função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção<sup>132</sup>.

Fundada na doutrina alemã, Cláudia Lima Marques defende que a boa-fé teria mais duas funções: a de correção e adaptação, que permite ao julgador adaptar e corrigir o conteúdo dos contratos quando houver mudança das circunstâncias, a fim de garantir a permanência do vínculo, não obstante a ocorrência da quebra da base objetiva do negócio; e a de autorização para se decidir por equidade, pois para a concreção dessa cláusula geral há ativa participação do aplicador do direito<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado critério para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 219.

<sup>131</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado critério para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 252.

<sup>132</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 427-472.

<sup>133</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o tratamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In:

Enzo Roppo ensina que o predisponente, graças a sua posição economicamente dominante, encontra nos contratos *standard* um meio para expandir seus poderes de autonomia à custa da liberdade do outro<sup>134</sup>. Devido à restrição à liberdade do contratante, já que se veda o exercício pleno da autonomia privada, há um notório desequilíbrio entre os sujeitos.

Nos contratos entre desiguais, sendo menor ainda a possibilidade de exercício da autonomia privada para um dos contraentes, é mais forte o poder corretivo ou heterônomo da boa-fé, criando mecanismos de defesa dos interesses que a autorregulação deixaria indefesos. Há o intuito de assegurar o equilíbrio minimamente necessário para que a relação entre as partes seja de efetiva relação contratual, com base no valor liberdade e no valor justiça contratual<sup>135</sup>.

Por meio do princípio do equilíbrio contratual, não se considera a vontade livremente manifestada como única medida de justiça, adotando-se como padrão de justiça contratual a igualdade ou ao menos a correspondência entre prestação e contraprestação<sup>136</sup>.

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, institui como objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa, solidária e livre, aliando-o ao precípua princípio da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos. Dessa forma, o princípio da confiança é um elemento ético capaz de compor esse cenário idealizado, ao proteger as legítimas expectativas criadas pelo vínculo jurídico estabelecido entre os contratantes.

A confiança é a base de comportamentos sociais ou jurídicos individuais<sup>137</sup>, de maneira que a sua proteção abarca as expectativas de determinados deveres de conduta. Pode-se dizer que a confiança exprime situação em que uma pessoa adere, em termo de atividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras que tenha por efetivas<sup>138</sup>.

Através desse princípio, surge a repersonalização do direito privado, como base para uma nova interpretação funcional do contrato. A confiança é um componente axiológico contratual, não se resumindo aos elementos internos mas também a elementos externos sociais e

---

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 281-282.

<sup>134</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 318.

<sup>135</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., p. 574.

<sup>136</sup> CORREIA, Atalá. O Dever de Informar nas Relações de Consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 13-31, jan./abril. 2011, p. 16.

<sup>137</sup> DE FRADA, Manuel Antonio Carneiro. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 79.

<sup>138</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra, Almedina, 1984, p. 1.234.

antropológicos, antigamente considerados metajurídicos, que atualmente ganham cada vez mais relevância nos contratos<sup>139</sup>.

Assim, enquanto a função primeira da boa-fé como *standard* jurídico é propiciar o direcionamento de comportamentos no tráfico negocial, tendo acrescido ao papel negativo (não violar a legítima expectativa) um papel ativo ou dinâmico de direção da interação social (agir positivamente em vista do fim do contrato e colaborar ao adimplemento), o princípio da confiança tem por escopo imediato assegurar expectativas<sup>140</sup>.

A liberdade contratual sem limites permite sufocar a autonomia privada dos mais fracos, sem que o Estado exerça influência em relação ao conteúdo da contratação não há justiça substancial e sempre há exacerbação do individualismo e da tendência ao abuso, em detrimento do direito a igualdade<sup>141</sup>, por isso a importância desses princípios jurídicos imanentes da Constituição Federal e previstos nos diplomas normativos.

### 3.3.3 Interpretação em favor do consumidor

A ordem jurídica não deve ser vista como algo estável e fixo, como se tudo girasse em torno apenas da positividade do Direito<sup>142</sup>. O raciocínio silogístico, predominante na concepção daqueles que se apegam às normas como se nada pudesse ser construído sem elas, inviabiliza uma interpretação crítica e construtiva<sup>143</sup>.

Uma hermenêutica pautada na neutralidade axiológica é impossível, de modo que se escolha entre duas visões do Direito: uma conservadora e a outra progressista ou dialética<sup>144</sup>. A primeira defende o Direito como obra finda e apta a solucionar conflitos com base em categorias lógicas e inflexíveis. A segunda entende o Direito como algo inacabado e em constante modificação, aperfeiçoando-se com a dinâmica da própria vida, ou seja, “um Direito que não é,

<sup>139</sup> RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 18, n. 71, p. 168-194, 2009, p. 174.

<sup>140</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado critério para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 236.

<sup>141</sup> JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 79.

<sup>142</sup> SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003, p. 247.

<sup>143</sup> ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p. 172.

<sup>144</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 118.

enquanto proposta, definitivo”<sup>145</sup>. Assim, nesse trabalho busca-se compreender o Direito enquanto fenômeno mutável, o que se torna mais evidente quando analisa-se a sociedade de consumo de massa, marcada pela hipervulnerabilização daqueles que dispendem recursos no mercado em geral.

Um importante instrumento para assegurar a equidade e justiça contratual é a interpretação das cláusulas contratuais de maneira favorável ao polo vulnerável da relação de consumo, o que está previsto no artigo 47 do CDC. Esse dispositivo é iluminado pela boa-fé, em prol da proteção dos consumidores.

A regra consagra o caráter objetivo da interpretação típica dos contratos de consumo, ensejando o controle judicial abstrato, visto que não se considera o contratante concreto mas o consumidor potencial indeterminado (destinatário do fornecimento do produto ou serviço). Isso porque os contratos de consumo destinam-se a uma coletividade de pessoas, incidindo sobre suas vidas, já que necessitam daqueles bens. O interesse não tem a medida de um indivíduo, mas de um grupo social composto pelo fornecedor e todos os consumidores reais ou potenciais<sup>146</sup>.

Institui-se uma primazia da norma mais favorável ao consumidor, impondo a aplicação de normas em diálogo, estejam ou não presentes no CDC, além da integração de eventuais lacunas legislativas e do próprio contrato.

O mandamento de proteção ao consumidor direciona-se a todo o sistema jurídico, e não apenas ao microsistema consumerista, com base no artigo 7º do CDC. Sempre que uma lei garantir direitos para o consumidor, poderá ser somada às normas do CDC, inserindo-se na tutela especial das relações de consumo.

Em relação aos contratos, deverão ser interpretados e integrados de forma mais favorável ao consumidor. Nos contratos de adesão, as cláusulas tem sido interpretadas cada vez mais positivamente para o consumidor, principalmente nos casos de dúvida ou lacuna do contrato<sup>147</sup>, aponta Claudia Lima Marques.

O artigo 423 do CC prevê a interpretação mais favorável ao contratante, mas somente em contratos de adesão e nas cláusulas ambíguas ou contraditórias, diferentemente do artigo

---

<sup>145</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 118.

<sup>146</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Interpretação dos Contratos de Consumo*. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 145-156, ago. 1998, p. 148.

<sup>147</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 908.

mencionado do CDC, que beneficia os consumidores, em todos os contratos, mesmo se as cláusulas são claras.

Claudia Lima Marques assevera que como o contrato é lei entre as partes e uma delas, por sua vulnerabilidade diante da outra, pode ter assinado o mesmo sem compreender por completo tudo o que nele se dispôs ou por vício, o direito ampara os interesses desse contratante, fazendo prevalecer os reais objetivos pretendidos na contratação sobre a literalidade do contrato. Inclusive, destaca que a obrigação de bem explicar o contrato, entregar cópia do instrumento, é de responsabilidade do fornecedor<sup>148</sup>.

Ao interpretar o contrato de consumo de acordo com a boa-fé e a favor do consumidor, além de se verificar se houve ou não abuso (controle do conteúdo), o aplicador deverá ter em mente quais eram os deveres do fornecedor e como suas práticas ou cláusulas tentaram afastar o cumprimento desses deveres imperativos advindos principalmente das normas do CDC, que são de ordem pública e asseguram direitos indisponíveis no mercado<sup>149</sup>.

A interpretação do contrato deve ser mais favorável ao consumidor, levando em conta as normas imperativas do CDC, para assegurar uma melhor posição para aquele que não redige nem influencia o contrato.

Esclarece-se, entretanto, que essa interpretação do contrato favorável ao consumidor não pode ir ao extremo ao ponto de, em vez permitir um equilíbrio, promover o desfavorecimento excessivo do fornecedor. O que se busca é promover uma igualdade entre as partes, que já se encontra ameaçada pelo fato de uma delas superar a outra em poderes e meios<sup>150</sup>.

### 3.3.4 Proibição de cláusulas abusivas

O consumo de massa exigiu instrumentos negociais aptos a diminuir o tempo do momento da contratação, a fim de que o fornecedor pudesse atender a todos que a ele se dirigissem<sup>151</sup>, surgindo os contratos de adesão e ampliando-se os comportamentos sociais típicos que geram

<sup>148</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 922.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 926-927.

<sup>150</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Interpretação dos Contratos de Consumo. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 145-156, ago. 1998, p. 149.

<sup>151</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

efeitos jurídicos, equivalendo à verdadeiras contratações. Tais técnicas reduzem a vontade real do consumidor, pois os termos contratuais são pré-elaborados unilateralmente pelo fornecedor.

Como em sua quase totalidade apresentam-se os contratos com o consumidor como de adesão, impõe-se que sejam prevenidas as situações que possam violar as diretrizes basilares do microssistema consumerista<sup>152</sup>.

O contrato é expressão da liberdade individual, fonte geradora de obrigações. No entanto, com a evolução do tempo, assistiu-se à imposição de limites à essa liberdade contratual, ora definindo regras mínimas, ora vedando cláusulas. No mercado de consumo, são direcionadas restrições de ordem pública aos contratos, buscando estabelecer um equilíbrio de forças entre partes desiguais<sup>153</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor procura conferir uma proteção contratual ao consumidor, promovendo lealdade, transparência, confiança e equilíbrio nas suas relações com o fornecedor. Não são toleradas fraudes, o intuito de enganar, cláusulas obscuras, ininteligíveis, e contratos que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada. Isso porque, a vulnerabilidade nessa seara resta visível, já que a maioria dos contratos são elaborados unilateralmente pelos fornecedores, sem discussão nem possibilidade real de alteração de suas cláusulas, cingindo ao consumidor apenas aderir e assinar o documento<sup>154</sup>.

Além da clareza no momento anterior à contratação, o CDC trata do conteúdo do contrato, considerando uma série de cláusulas nulas, sem qualquer valor jurídico. Assim, nem tudo escrito no contrato vincula as partes, podendo o juiz ao analisar o seu conteúdo negar eficácia e validade a algumas cláusulas.

A caracterização de uma cláusula como abusiva pelo CDC não exige que a mesma tenha sido incluída no contrato por abuso do poder econômico do fornecedor, por má-fé ou dolo, vez que independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor. Apenas afasta-se o resultado, o desequilíbrio, sem exigir um ato reprovável do fornecedor.

A vontade das partes manifestada livremente no contrato não basta para o Direito, pois as normas do CDC instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações consumeristas, os quais podem ser considerados como um paradigma objetivo para a

---

<sup>152</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. As Cláusulas Abusivas nos Contratos com Consumidores no Direito Brasileiro e Italiano. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 42-50, abr./jun. 2001, p. 42.

<sup>153</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 386.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 382.



abusividade das cláusulas. Destaca-se que o termo contratual pode ter sido aceito conscientemente pelo consumidor, mas se é abusivo, seu resultado é contrário às normas de ordem pública do CDC, e a autonomia privada não prevalecerá<sup>155</sup>.

A sanção principal para as cláusulas abusivas é a nulidade de pleno direito, o que significa negar qualquer efeito jurídico à disposição contratual (artigo 51 do CDC). Em regra, nega-se efeito unicamente à cláusula, preservando-se o contrato. No entanto, se diante do exame do caso concreto, o contrato não mantiver condições de cumprir sua função, a nulidade contaminará todo o negócio jurídico (artigo 51, §2º), podendo o contratante requerer indenização por eventuais prejuízos.

A presunção de que a vontade foi viciada na confecção do contrato é absoluta e não admite prova em contrário, já que a proibição de cláusulas abusivas é norma de ordem pública e não admite contestação. O negócio entra no mundo jurídico mas não é válido, diante de uma visão social do Direito, que não se restringe ao campo individualista, atendendo ao interesse coletivo e ao reequilíbrio das relações de consumo<sup>156</sup>.

A declaração de nulidade das cláusulas abusivas pode ocorrer a pedido dos consumidores, das entidades que os representam, ou do Ministério Público. E, por tratar-se de nulidade absoluta, o juiz também poderá declará-la independentemente de requerimento, conforme exposto no artigo 168 do CC.

Essa possibilidade de declaração de ofício da nulidade das cláusulas abusivas decorre da natureza de ordem pública das regras sobre abuso de direito contra consumidores; caráter absoluto da invalidade prevista pelas normas do CDC; e a função social do contrato, pois a cláusula não pode servir à função individual dos fornecedores<sup>157</sup>, o que é corroborado pela necessidade de proteção dos vulneráveis.

Assim, o reconhecimento da abusividade das cláusulas inseridas nos contratos de consumo, podem e devem ser conhecidas de ofício pelo magistrado. Lembrando que a sentença que decreta a nulidade é desconstitutiva e produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de celebração do contrato.

No entanto, o novo Código de Processo Civil em seu artigo 10 dispõe que o juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade

---

<sup>155</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 902-903.

<sup>156</sup> NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002, p. 62.

<sup>157</sup> MARQUES, op. cit., p. 955.

de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Claudia Lima Marques ensina que, ao vislumbrar a possibilidade de reconhecer a nulidade absoluta da cláusula contratual, deve o juiz oferecer oportunidade às partes para se manifestarem a respeito, antes de proferir a decisão<sup>158</sup>, tendo em vista a vigência das novas normas processuais civis.

A declaração de nulidade absoluta das cláusulas abusivas apresenta conexão com o direito básico de efetiva e integral reparação dos danos na sociedade de consumo (artigo 6º, VI, do CDC), o qual concretiza a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a proteção pelo Estado-juiz dos consumidores<sup>159</sup>.

Além da nulidade, o CDC prevê a possibilidade de modificação da cláusula, buscando manter o vínculo, até mesmo por ser um direito do consumidor (artigo 6º, V). A cláusula que estabeleça prestação desproporcional ou excessivamente onerosa poderá ser revista ou modificada, a pedido do consumidor, pelo juiz, em razão de fatos supervenientes.

Por sua vez, Claudia Lima Marques assegura que é possível a aplicação de sanções administrativas, como as aplicadas pelo PROCON, com fundamento no artigo 56 do CDC<sup>160</sup>, o que inclui multa, suspensão de fornecimento de produtos ou serviços, suspensão temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, interdição total ou parcial de estabelecimento ou atividade, dentre outros.

O rol das cláusulas abusivas é composto de dezesseis incisos, que não configuram uma listagem exaustiva. Dentre elas, estão aquelas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, que consubstanciam uma regra geral para nulidade de cláusulas contratuais nas relações de consumo, o que se mostra acorde à nova concepção de contrato.

Podem ser divididas as cláusulas abusivas em grupos: aquelas que impossibilitam, exoneram, atenuam ou implicam em renúncia de direitos (artigo 51, I, II, III, VI, XV, XVI, CDC); aquelas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor (artigo 51, IX, X, XI, XII e XIII, CDC); as chamadas cláusulas-surpresa (apesar do veto presidencial ao inciso V do artigo 51, CDC); e as que afrontam a cláusula geral da boa-fé e equilíbrio contratual (artigo 51, IV, CDC)<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 405.

<sup>159</sup> Ibid., p. 948.

<sup>160</sup> Ibid., p. 404.

<sup>161</sup> Ibid., p. 962.

O inciso IV, do artigo 51, prevê que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

As obrigações iníquas são aquelas que rompem de maneira excessiva o equilíbrio contratual, afetam a comutatividade e o sinalagma, enquanto as abusivas se expressam geralmente também pelo caráter de potestatividade com que são colocadas<sup>162</sup>.

Por sua vez, entende-se como vantagem exagerada aquela que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; e 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.

A aplicação da boa-fé prevista no artigo 51 do CDC, que é entendida como cláusula geral a se aplicar aos contratos de consumo, requer uma postura do intérprete de substituição do raciocínio formalista, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase nos objetivos que procuram atingir<sup>163</sup>. Frisa-se que, em uma sociedade em que predominam os negócios massificados, a proteção do consumidor frente aos abusos contratuais só pode ser efetiva com base na boa-fé objetiva<sup>164</sup>.

Essa hipótese de abusividade é aberta e requer labor hermenêutico. Nesses casos, a boa-fé deve ser usada como parâmetro para se concluir acerca da nulidade das cláusulas. Por exemplo, se a disposição for contrária ao dever anexo de informar é nula. E, como o juiz tem a sua margem de liberdade na análise da nulidade ou não da cláusula contratual, deve fundamentar a sua decisão<sup>165</sup>.

Nessa senda, a doutrina trata das chamadas cláusulas-surpresa, que são aquelas que surpreendem o consumidor, justamente porque não possibilitam a correta informação sobre as

---

<sup>162</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

<sup>163</sup> SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996, p. 156.

<sup>164</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 418.

<sup>165</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413.

suas consequências, não permitindo, portanto, que o consumidor celebre um contrato consciente<sup>166</sup>.

A proibição de cláusula-surpresa relaciona-se com a cláusula geral da boa-fé, estipulada no inciso IV do artigo 51 do CDC, e configura uma técnica de interpretação da relação jurídica do consumidor que prima pela obediência à equidade e à própria boa-fé enquanto princípio, não devendo as cláusulas contratuais surpreenderem o contraente após a conclusão do negócio.

Isto posto, vários são os critérios para caracterização dessa cláusula, explica Nelson Nery. É preciso que se investigue o que o consumidor espera do contrato, ou seja, suas legítimas expectativas, bem como qual o conteúdo das cláusulas contestadas ou duvidosas. Se a discrepância entre a expectativa do consumidor e o conteúdo das cláusulas for tão grande, a ponto de justificar a sua estupefação e desapontamento, a cláusula é surpresa<sup>167</sup>.

Os homens, hábeis no emprego das formas técnicas, sabem utilizá-las para os seus fins e dar-lhes a aparência de exercer uma atividade irrepreensível<sup>168</sup>, por isso o desequilíbrio contratual pode encontrar-se dissimulado em cláusulas-surpresa.

Leonardo Garcia aponta como exemplo de cláusula surpresa aquelas que preveem a possibilidade de reajuste em plano de saúde, sem especificar os critérios a serem utilizados, o que denota uma abusividade e coloca o consumidor em estado de surpresa, pela falta de informação<sup>169</sup>. A situação não é tão similar, porém também podem ser consideradas as cláusulas de cessão de direitos da personalidade, objeto do presente estudo, como cláusulas que provocam uma reação de surpresa. Vejamos.

O consumidor contrata um serviço qualquer, como o de ensino, que não apresenta uma relação direta com os direitos à imagem, voz ou nome do contratante, de modo que assina um contrato extenso, com cláusulas de diversas naturezas e conteúdos. Dentre elas, estão essas cláusulas abusivas que, como estão inseridas no meio do contrato, muitas vezes passam despercebidas, não fazendo o fornecedor o seu papel de bem informar o consumidor de suas obrigações e direitos. Assim, não há dúvidas que essas cláusulas deixarão o contratante estupefato, trazendo uma discrepância com as suas expectativas legítimas, vez que não

---

<sup>166</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 392.

<sup>167</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 503-504.

<sup>168</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 25.

<sup>169</sup> GARCIA, op. cit., p. 392.

imaginária que ao contratar os serviços de uma escola ou faculdade, por exemplo, estaria cedendo o uso de direitos ligados à sua representação física ou psíquica.

Essas cláusulas de cessão dos direitos da personalidade se enquadram no inciso IV, do artigo 51, também por afrontar a boa-fé e o equilíbrio contratual, impondo uma obrigação que somente poderia ser objeto de uma disposição específica e limitada, não no bojo de um contrato de consumo qualquer.

Da mesma forma, as cláusulas apontadas são abusivas por estarem em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (inciso XV, artigo 51, do CDC), o qual veda qualquer espécie de contratação que contrarie os dispositivos integradores das normas consumeristas<sup>170</sup>.

A abusividade da cláusula que autoriza a utilização da imagem, voz e nome do indivíduo é patente, visto que como o fornecedor que redige o contrato, ele se pré-autoriza a utilizar os direitos da personalidade de outrem. O consumidor, muitas vezes, expressa sua vontade sem ter consciência de todo o conteúdo contratual, ou mesmo sabendo da existência de cláusula abusiva, nada pode fazer, pois precisa do produto ou serviço que a ela está vinculado no contrato. Essas cláusulas violam a incolumidade biopsíquica do consumidor e a conduta de boa-fé de cuidado com a imagem, a voz e o nome, que compõem o seu patrimônio imaterial, apesar de restar expressa a inviolabilidade desses direitos conforme o artigo 5º, X, da CF e artigo 11 do CC.

O Poder Judiciário, no âmbito processual, e a Administração Pública devem buscar a efetividade das normas de defesa do consumidor, inclusive conhecendo de ofício a sua violação<sup>171</sup> e aplicando sanções, quando se tornar necessário, respectivamente. É durante a interpretação conforme a boa-fé que o magistrado ou o componente da Administração Pública irão identificar os limites da liberdade contratual, quais as cláusulas que ferem esse princípio, quais são nulas e iníquas, e por isso não podem ser consideradas<sup>172</sup>, merecendo ser rechaçadas em prol da dignidade do contratante vulnerável.

Mesmo que as partes estabeleçam normas contrárias àquelas do Código de Defesa do Consumidor que regulamentam as relações de consumo, certo é que não gozarão de nenhuma validade em face do consumidor prejudicado, em razão da sua posição enfraquecida perante o

---

<sup>170</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 63.

<sup>171</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 907.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 917.

fornecedor<sup>173</sup>, ainda mais quando essas normas contrariam o quanto disposto na Constituição Federal e em outros diplomas normativos como o Código Civil.

---

<sup>173</sup> NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002, p.49.

## 4 CESSÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

A titularidade do direito de personalidade não é objeto de transmissão nem de renúncia, segundo Roxana Borges. Porém, expressões do uso desse direito podem ser cedidas, de forma limitada. Existe certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade, de modo que o exercício desses direitos pode sofrer limitação voluntária, a qual também é relativa. Inclusive, a autorização para uso de certos aspectos dos direitos de personalidade por terceiros, não os descaracteriza enquanto tal<sup>174</sup>.

### 4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A personalidade jurídica é mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Em concreto, titularizar a personalidade jurídica significa ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos imprescindíveis a uma vida digna.

Atualmente, a personalidade tem sido entendida mais como valor jurídico ou como princípio do que como um atributo jurídico. Não se pode admitir que a pessoa não seja considerada como sujeito e um fim em si mesma, conforme aduz Kant<sup>175</sup>. A pessoa não pode ser instrumentalizada, mesmo em prol de certo bem comum. O valor da pessoa humana e sua dignidade é o limite para a intervenção do Estado ou da sociedade na esfera individual do sujeito<sup>176</sup>.

Os direitos da personalidade estão relacionados aos atributos inerentes ao homem, sendo tutelados pela ordem jurídica interna e internacional. Os direitos denominados personalíssimos incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos. Possuem características peculiares e uma tipicidade aberta, de modo que seu catálogo pode ser ampliado de acordo com a demanda advinda das transformações do indivíduo e da sociedade.

---

<sup>174</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120-121.

<sup>175</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p.68.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 146.

#### 4.1.1 Objeto, conceito e características

No passado, existiam objeções à teorização dos direitos da personalidade, sendo a principal delas exposta por Savigny. Esse autor entendia que não existiam direitos da personalidade por considerar não ser possível o sujeito de direito ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto do próprio direito<sup>177</sup>.

Na contemporaneidade, entende-se que o objeto dos direitos da personalidade são as projeções físicas ou psíquicas do sujeito, ou as suas características mais importantes. Essas projeções da personalidade são bens e valores jurídicos tutelados pelo direito positivo e considerados essenciais para o ser humano. Dessa maneira, não há uma confusão entre sujeito e objeto do direito, pois são as várias expressões ou qualidades da personalidade que são tidos como bens jurídicos<sup>178</sup>.

Em relação à conceituação dos direitos da personalidade, merece ser destacada a exposta por Miguel Maria de Serpa Lopes, para quem os direitos da personalidade são aqueles atinentes à utilização e disponibilidade de certos atributos inatos ao indivíduo, como projeções biopsíquicas integrativas da pessoa humana, constituindo-se em bens jurídicos, assegurados e disciplinados pela ordem jurídica<sup>179</sup>.

Impende evidenciar, outrossim, o conceito defendido por Daisy Gogliano em que os direitos da personalidade são os direitos subjetivos particulares, consistentes nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo ordenamento jurídico e assegurada pelos meios, também jurídicos, para fruir e dispor dos atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus prolongamentos, aspectos e emanações, como fundamento natural da existência e da liberdade, pela necessidade de preservação e resguardo da integridade física, moral e psíquica do ser humano, no seu desenvolvimento<sup>180</sup>.

Quanto às características dos direitos da personalidades, de acordo com Roxana Borges, pode-se dizer que são vitalícios, pois duram por toda a existência da pessoa; são inatos, pois as pessoas os adquirem automaticamente, bastando a condição humana; absolutos, porque oponíveis erga omnes, gerando um dever geral de abstenção; e necessários, porque

<sup>177</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

<sup>178</sup> Ibid., loc.cit.

<sup>179</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 9. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v.1, p. 241.

<sup>180</sup> GOGLIANO, Daisy. *Direitos Privados da Personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 229.



imprescindíveis à própria vida. Ademais, esses direitos são classificados como indisponíveis, já que o titular não pode privar-se dos seus direitos; inalienáveis, pois não podem ser vendidos ou doados; intransmissíveis a outras pessoas; extrapatrimoniais, por compreenderem valores não aferíveis economicamente, apesar de ser possível repercussão pecuniária e compensação financeira em caso de lesão; e impenhoráveis<sup>181</sup>. No entanto, a autora ressalva que quanto às características da intransmissibilidade, extrapatrimonialidade e indisponibilidade, hoje existem pessoas que autorizam o uso por terceiros de certos aspectos de direitos da personalidade, como é exemplo o direito à imagem, de modo que existem relativizações<sup>182</sup>.

Carlos Bittar defende, na mesma linha, que os direitos da personalidade em suas características gerais e principiológicas são inatos (originários), intransmissíveis, impenhoráveis, absolutos, extrapatrimoniais, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes. Segundo ele, essa classificação está de acordo com o artigo 11 do Código Civil de 2002<sup>183</sup>.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos que transcendem a ordem jurídica positiva, porque ínsitos à natureza do homem como ente dotado de personalidade<sup>184</sup>. Assim, vale frisar que outra característica desses direitos é não serem *numerus clausus*, constituindo uma série aberta de aspectos da personalidade, em constante expansão e evolução, o que permite uma proteção mais abrangente dos indivíduos e mostra-se em consonância com o atual desenvolvimento sociocultural da humanidade<sup>185</sup>.

No texto da Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, ao lado das liberdades, o que inclui as liberdades de expressão e informação, estão previstos expressamente os direitos: a vida privada, intimidade, honra, imagem, direitos autorais, dentre outros. Porém, importa frisar, que essa especificação de direitos e garantias não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (parágrafo 2º, do artigo 5º).

O Código Civil de 2002, por sua vez, contém um capítulo denominado “Dos direitos da personalidade”, dentro do livro “Das Pessoas Físicas”, em que de forma sistematizada e sintética objetiva prever princípios e características fundamentais para orientar o intérprete e operador do direito. Além disso, há disposições do legislador acerca de direitos específicos da

---

<sup>181</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33-34.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 120-121.

<sup>183</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>185</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

personalidade, como direito à vida, ao corpo e à partes do corpo, direito ao nome, a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada.

As previsões de direitos da personalidade na Constituição Federal e no Código Civil não são listas exaustivas, mas apenas exemplificativas, que refletem um determinado momento histórico, que permanece sempre em mutação. O próprio parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, já citado, expressa esse entendimento, ao afirmar que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que sejam reconhecidos posteriormente<sup>186</sup>.

O Direito é um dos elementos que compõem a sociedade, sofrendo constantemente suas influências. Os direitos da personalidade são indissociáveis da dignidade da pessoa humana que, assim como eles, deve ser concebida em seu significado histórico, para uma efetiva concretização da ampla proteção à pessoa<sup>187</sup>.

#### **4.1.2 Direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana**

A doutrina ao longo do tempo apontou diversas formas de fundamentação dos direitos da personalidade. Com a 2ª Guerra Mundial e o holocausto, foi rompida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 através da barbárie e exceção do período de guerra, porém foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que elevou esse tema a outro patamar, inserindo novos parâmetros<sup>188</sup>.

A Declaração Universal trouxe a máxima de que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e direitos”, independentemente de condicionantes econômicas, sociais, culturais, religiosas, étnico-raciais ou civis. O pertencimento à humanidade é inerente da própria condição de ser humano, sendo uma derivação dessa condição a exigibilidade dos direitos humanos universais<sup>189</sup>.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, albergou-se no sistema jurídico nacional o quanto exposto na Declaração Universal de 1948, tornando-se matriz do texto constitucional a ideia de que o Brasil busca seus fundamentos na soberania, cidadania, dignidade da pessoa

---

<sup>186</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>188</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 42.

humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político, conforme o artigo 1º e seus incisos. Inclusive, se mostra evidente a opção do Constituinte pelo Estado como o meio e pelo homem como o fim, o que é um importante subsídio hermenêutico para os operadores do Direito.

Diante da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, proporcionou-se a afirmação de que a dignidade da pessoa humana confere fundamentação aos direitos humanos, aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, aos direitos da personalidade<sup>190</sup>.

Cabe frisar que antes mesmo do seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições nacionais, a dignidade da pessoa humana já figurava como um valor, proveniente da experiência axiológica de cada cultura, submetido às influências do tempo e do espaço<sup>191</sup>.

Esse valor da dignidade da pessoa humana, transformado em princípio jurídico, surge como um elemento unificador das normas e categorias jurídicas, com forte influência nos direitos da personalidade em geral<sup>192</sup>. É um critério ao qual todos os direitos do homem se referem, em maior ou menor grau.

A própria noção de personalidade jurídica está vinculada à ideia de dignidade da pessoa humana, que é valorizada quando se reconhecem uma gama de direitos da personalidade, entendida a personalidade como mais do que a aptidão para desempenhar papéis no universo do direito<sup>193</sup>.

Segundo Renan Lotufo, os direitos da personalidade consistem no mínimo essencial para o ser humano desenvolver-se dignamente, apontando que o crescimento dos direitos da personalidade está vinculado à inserção do respeito à dignidade da pessoa humana nos novos sistemas constitucionais<sup>194</sup>.

É indubitável que os direitos da personalidade tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Inclusive,

---

<sup>190</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

<sup>191</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>192</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 07.

<sup>193</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 62-63.

<sup>194</sup> LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. São Paulo: RT, 2002, v. 1, p.81.

estando positivada na ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana não pode ser entendida como um simples valor, de caráter apenas axiológico; mas como uma norma-princípio, com caráter deontológico e vinculante, que irradia seus efeitos por todo o ordenamento.

Consoante Roxana Borges, o sentido de dignidade enquanto princípio basilar do ordenamento jurídico, se relaciona com as noções de respeito à essência, características e sentimentos da pessoa humana. Ademais, o conteúdo da dignidade depende do próprio sujeito, o que traz um sentido subjetivo<sup>195</sup>, que não permite o uso de uma concepção objetiva de valores para conformar a dignidade das pessoas.

Não é recomendável adotar um modelo padrão de pessoa ou de dignidade, posto que o homem deve ser considerado em suas circunstâncias existenciais reais, inserido em uma sociedade dinâmica, plural e complexa. Para José Maurício Adeodato, um dos grandes desafios do Direito é justamente a valoração de perspectivas emocionais diferentes e quase sempre antagônicas que as pessoas tem sobre o mundo, o que decorre da individualidade humana e diferenças entre as pessoas<sup>196</sup>.

A apreensão do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana requer um conhecimento de base concreta e real, que repousa sobre valorações, não como produto de procedimentos formais<sup>197</sup>. Partir-se de uma noção abstrata de dignidade da pessoa humana pode acarretar a negação de direitos aos indivíduos, posto que o verdadeiro sentido e conteúdo desse princípio só são alcançados quando se analisa o sujeito concretamente.

Salienta-se, por oportuno, que uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana embasa todo o ordenamento jurídico e é capaz de orientar uma tutela adequada daqueles que são expostos à situações abusivas, a partir de uma interpretação teleológica e sistemática.

O direito deve ser interpretado como um sistema aberto, devendo a interpretação legal e constitucional estar em harmonia com a sociedade, com seus aspectos plurais e em constante transformação, desapegando-se de formalismos ultrapassados que em nada contribuem para uma maior e melhor proteção do indivíduo.

---

<sup>195</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

<sup>196</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 293.

<sup>197</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

## 4.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO COMÉRCIO JURÍDICO

Os bens e interesses da personalidade são classificados como bens jurídicos em sentido amplo, os quais admitem titularidade exclusiva ou coletiva e não exigem a patrimonialidade como regra. Assim, atributos da personalidade como imagem, nome, privacidade e integridade física podem figurar numa relação ou numa situação jurídica sob a titularidade jurídica e concreta de um sujeito de direito, enquanto objeto de direito<sup>198</sup>.

Os direitos da personalidade podem ser objeto de obrigações válidas, expõe Georges Ripert<sup>199</sup>. Um exemplo claro de contrato válido envolvendo direito de personalidade são aqueles feitos pela mídia televisiva com pessoas que irão expor sua imagem em programas de reality show.

Porém, destaca-se que a liberdade de uma pessoa não deve ser exposta ao domínio arbitrário de outrem<sup>200</sup>. Nesses contratos que envolvem os direitos inerentes à pessoa, é indispensável não permitir a sua sujeição sem limites a uma vontade desmedida de outrem, ainda mais na hipótese abordada no presente trabalho, em que se trata de uma relação jurídica naturalmente desequilibrada, que é a de consumo.

### 4.2.1 Autonomia privada

Em sentido amplo, autonomia jurídica individual coincide com o conceito de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar licitamente. A licitude da conduta reside, nesse aspecto, na ausência de sua proibição<sup>201</sup>.

O conceito de autonomia privada mais restrito corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Nesse sentido, consiste na manifestação de poder de criar normas jurídicas, dentro de certos limites estabelecidos, que são sempre reflexo das normas jurídicas<sup>202</sup>, leciona Luigi Ferri.

---

<sup>198</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40-43.

<sup>199</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 60.

<sup>200</sup> Ibid., p. 61.

<sup>201</sup> BORGES, op. cit., p. 47.

<sup>202</sup> FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Granada: Editorial Comares S.L, 2001, p. 7.

Com esse poder que o ordenamento jurídico atribui ao sujeito, esse se torna apto a estabelecer "miniordenamentos jurídicos" para situações específicas de sua vida, estabelecendo regras, reconhecidas e validadas pelo ordenamento, que disciplinam situações concretas do cotidiano<sup>203</sup>.

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado, que se materializa por meio da realização de negócios jurídicos, nos quais as pessoas ordenam, por si mesmas, seus próprios interesses nas relações jurídicas que optam por estabelecer com outros sujeitos<sup>204</sup>.

Luigi Ferri critica aqueles que preferem falar em autonomia da vontade em vez de autonomia privada, pois quando se fala do primeiro se desconhece o problema da autonomia privada (que, visto do ângulo subjetivo, significa a busca do fundamento do poder reconhecido aos particulares de criar normas jurídicas), e se dá relevo a vontade real ou psicológica dos sujeitos, que seriam a raiz ou causa dos efeitos jurídicos, em oposição a quem vê na declaração ou na manifestação de vontade como fato objetivo, fonte dos efeitos jurídicos<sup>205</sup>.

O negócio jurídico nasce de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pela ordem jurídica e que deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige, não bastando apenas a vontade<sup>206</sup>.

Com a Constituição Federal de 1988, a liberdade teve suas fronteiras delimitadas pela defesa de outros interesses existentes na sociedade, principalmente pelo fundamento da dignidade da pessoa humana e o objetivo de promover o desenvolvimento de uma sociedade mais justa. Assim, a liberdade negocial teve que acompanhar os valores e visar fins considerados legítimos pelo ordenamento jurídico<sup>207</sup>.

Enquanto limites à autonomia privada, podem ser elencados, as normas legais (incluindo aquelas advindas da Constituição Federal), a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Como os particulares podem procurar atingir seus objetivos de acordo com seus interesses, graças à sua autonomia, nas relações entre eles, a ordem jurídica é o árbitro para

---

<sup>203</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>205</sup> FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Granada: Editorial Comares S.L, 2001, p. 7.

<sup>206</sup> BORGES, op. cit., p. 53.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 55.

valorar esses escopos<sup>208</sup>, afirma Emilio Betti. Os indivíduos só podem realizar negócios jurídicos quando autorizados, expressamente ou implicitamente, pelo ordenamento jurídico, e aqueles negócios com conteúdo não patrimonial, mais do que os outros, tem seus limites no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (inciso III, artigo 1º, da Constituição Federal) e nos direitos fundamentais.

O negócio jurídico é considerado uma fonte normativa, modo de manifestação de normas jurídicas, que são uma expressão da autonomia privada. Essas normas criadas através da vontade dos indivíduos dirigida a interesses tipicamente privados, tem um conteúdo próprio, que as normas estatais determinam negativamente, subtraindo do poder privado certas matérias e relações que o Estado reserva a sua regulação<sup>209</sup>.

A autonomia privada, conforme aponta Luigi Ferri, não é uma atividade originária, mas uma atividade que encontra sua fonte de validade na lei, e que dessa recebe suas fronteiras, formais e substantivas<sup>210</sup>. Dessa maneira, os indivíduos não tem o poder de excluir os elementos de existência ou de validade dos negócios jurídicos, nem afastar sanções negativas previstas legalmente e grande parte dos efeitos decorrentes desses negócios.

Outra restrição em relação aos negócios jurídicos é a ordem pública, que seria composta pelo conjunto dos princípios fundamentais contidos no sistema jurídico, não suscetíveis de catalogação exaustiva, pois variável com os tempos, que deve prevalecer sobre as convenções privadas<sup>211</sup>.

Nessa esteira, Orlando Gomes define a ordem pública como um quadro de princípios gerais do ordenamento e interesses básicos da estrutura econômica, em que é possível estabelecer validamente relações jurídicas, ou princípios que consubstanciam interesses fundamentais da sociedade relacionados à sua ordem econômica e política<sup>212</sup>.

O conceito de ordem pública é de fundamental importância para o Direito, entendido como técnica de organização e controle social ou conjunto de normas que regulam a sociedade, o qual visa a manutenção do *status quo*, garantindo que o mesmo não será abalado. No entanto, é preciso evitar a inclusão de preceitos da moral e dos bons costumes na ideia de ordem pública.

---

<sup>208</sup> BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, v. 1 e 2., p. 104.

<sup>209</sup> FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Granada: Editorial Comares S.L, 2001, p. 9.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>211</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 434.

<sup>212</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 156.

Destaca-se, ainda, que os princípios da manutenção da ordem pública não são sempre expressos, de maneira que possuem elasticidade e abertura, de acordo com a sociedade para os quais se aplicam e o momento histórico, o que os torna essenciais para estabelecer limites à autonomia privada.

A moral e bons costumes comumente são consideradas limites à autonomia privada. A moral é composta pelo conjunto de regras aceites pela consciência social, que deve ser observada, por corresponder ao sentido ético imperante na comunidade<sup>213</sup>. Já os bons costumes são o conjunto de princípios que, em certo tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média. Assim, os negócios contrários aos bons costumes repugnam os sentimentos da maioria da população<sup>214</sup>, de maneira que o ordenamento retira-lhe a validade.

Sem pretender separar o direito da moral, Roxana Borges entende que a moral e os bons costumes, por si só, quando não refletidos em lei (que seja constitucional) ou quando não inferidos do ordenamento jurídico, não podem servir como barreiras para as escolhas de vida das pessoas<sup>215</sup>.

Por não admitir uma concepção objetiva de dignidade; por não considerar que a sociedade é dotada de consciência e moral próprias, como sujeito autônomo; por considerar a sociedade como uma pluralidade de individualidades heterogêneas; por não considerar que um costume pode ser bom ou mau em si mesmo; a autora citada argumenta que a moral e os bons costumes não podem constituir fatores isolados restritivos às liberdades pessoais, principalmente às atinentes aos direitos da personalidade<sup>216</sup>, com o que se concorda, posto que se vive em um Estado Democrático de Direito, que tem como marca característica a diversidade dos sujeitos que o integram.

Em uma atual perspectiva, pode-se dizer que a autonomia deixa de ser entendida como lei atribuível a si mesmo, para ser compreendida como abertura ao outro, o que lhe confere um caráter intersubjetivo, com base no reconhecimento de que a capacidade de se submeter a leis

---

<sup>213</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 2, p. 341.

<sup>214</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 157.

<sup>215</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 138.



outorgadas a si mesmo pressupõe um acordo social em torno do que é admissível como exercício dessa liberdade<sup>217</sup>.

Nas situações de cessão de direitos da personalidade, há uma disponibilidade apenas relativa do uso dos atributos físico-psíquicos de seus titulares, com uma série de limitações que devem ser respeitadas para a validade daquela negociação. Deve ser concedida às pessoas liberdade na realização de negócios jurídicos, no entanto a imposição de limites é necessária para concretizar os valores e atingir fins considerados legítimos pelo ordenamento jurídico, bem como para resguardar os interesses e direitos dos envolvidos naquela relação, com atenção às peculiaridades do caso concreto.

#### **4.2.2 Disponibilidade relativa desses direitos e o consentimento do interessado como premissa fundamental**

O caráter de direito da personalidade não proíbe o seu titular de fazer uso de projeções desses direitos com fins econômicos, como os de ceder uso temporário de imagem ou do nome<sup>218</sup>. No entanto, o exercício por parte de terceiro além de ter de observar os limites da autonomia e a *ratio* dos direitos da personalidade, não pode ultrapassar os limites da autorização feita pelo titular desses direitos, sob pena de configurar violação desses. Ainda, a interpretação dessa declaração de vontade deve ser feita de forma restritiva<sup>219</sup>.

A possibilidade de cessão de uso de alguns direitos de personalidade, ou de licença ou permissão, os torna disponíveis relativamente. O negócio jurídico que os tem por objeto deve ser o mais específico e detalhado possível, destacando como o direito será empregado, qual a finalidade do uso negociado, durante quanto tempo o uso é permitido, que lugares a permissão alcança<sup>220</sup>.

Os contratos envolvendo esses direitos devem ser expressos em escrito e preferencialmente inseridos em contratos próprios, dada a natureza dos direitos e os valores protegidos. Somente são compatíveis os contratos que importam em uso determinado ou

---

<sup>217</sup> PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. *O papel do direito privado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*. 2016. 323 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2016, p. 299.

<sup>218</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

<sup>219</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 122.

temporário dos bens disponíveis, e os modelos mais adequados são os contratos de concessão ou de licença, mantendo-se no âmbito do titular os demais direitos.

Não podem esses contratos importar em cerceamento da liberdade da pessoa ou sacrifício longo de sua personalidade, sendo considerada nula a cláusula que assim dispuser<sup>221</sup>. Ademais, constituem ilícitos não só os usos não consentidos, como também os que extrapolem os limites previstos no contrato<sup>222</sup>.

Como a cessão de uso dos direitos da personalidade pode ser onerosa, em se tratando de negócio jurídico bilateral quanto aos efeitos, deve se estabelecer a remuneração pelo uso do direito em questão. Ao se detalhar a delimitação do uso do direito de personalidade, a pessoa poderá fruir economicamente do uso desses direitos e garante-se a proteção dos direitos da personalidade, que não saem de sua esfera jurídica<sup>223</sup>.

Carlos Alberto Bittar frisa que premissa fundamental de qualquer utilização pública de direitos da personalidade de outrem é a autorização expressa e específica do titular, por via de contratos adequados<sup>224</sup>, para que possam ser discutidos e eleitos os modos como será aquele uso e outras condições.

O consentimento do titular do direito da personalidade é fundamental nessas negociações, não bastando apenas a adesão a um conjunto de termos constantes em um contrato que tenha por objeto a aquisição de um serviço ou produto que não mantenham ligação com o direito em si.

---

<sup>221</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>223</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

<sup>224</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84.

## 5 CLÁUSULAS DE CESSÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NOS CONTRATOS CONSUMERISTAS

Como já dito, em função da disponibilidade de certos direitos da personalidade, ocorre o respectivo ingresso no comércio jurídico, pela própria vontade do titular. Na realidade pós-moderna, por outro lado, sem consulta aos interessados e quase sempre contra a sua vontade, que não pode ser expressada pela ausência da devida informação ou falta de opções, entram no circuito negocial elementos integrantes do complexo da sua personalidade<sup>225</sup>.

Na sociedade de consumo, com a incessante contratação massificada, por contratos de adesão, como a compra de um bilhete de evento, crescem os atentados a direitos da personalidade, que atingem diferentes facetas, em grandes proporções, até mesmo diante dos termos fixados pelo fornecedor do bem de consumo.

Não podendo olvidar-se que, diante da globalização e aparatos de comunicação atuais, no caso de serem as cláusulas postas em prática, diante da suposta autorização do titular do direito da personalidade, a representação ou reprodução de seu nome, imagem ou voz, que são integrantes do complexo valorativo da pessoa humana, não terá limites, o que agrava ainda mais a violação e as possíveis lesões aos consumidores.

Vale frisar que nos contratos de consumo em que há disposição de direitos de personalidade há uma vulnerabilidade exacerbada, ou uma hipervulnerabilidade daquele que contrata. É que, além da vulnerabilidade do consumidor em si, as pessoas podem ser consideradas vulneráveis pelo fato de serem autoras de um ato de disposição dos direitos de personalidade, pois atuam na direção do risco de ter sua dignidade lesada, enquanto o fornecedor se move por interesse meramente patrimonial<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82.

<sup>226</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; MACHADO, Tamires Vieira Lopes. Consumer Contracts and Waivability of Personality Rights. In: MARQUES, Claudia Lima; PEARSON, Gail; RAMOS, Fabiana (Coord.). *Consumer Protection: Current Challenges and Perspectives*. Porto Alegre: Orquestra, 2017, p. 280.

## 5.1 DIREITOS EM ESPÉCIE OBJETOS DE VIOLAÇÃO: DIREITO À IMAGEM, DIREITO À VOZ E DIREITO AO NOME

O objetivo do presente trabalho está em analisar a violação dos direitos da personalidade nos contratos de consumo, com foco nos direitos à imagem, à voz e ao nome, o que não significa que, na prática, somente esses são alvos de ofensas.

O direito à imagem é regulado pelo artigo 20 do Código Civil, e está relacionado à representação física de uma pessoa, através de fotos, filmes, vídeos e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes de seu corpo ou sinais físicos que possam servir à sua identificação e reconhecimento<sup>227</sup>. Há uma proteção contra o uso, a exposição ou reprodução da imagem física da pessoa por outrem, que sejam feitas sem a sua autorização ou sem amparo na lei, embora seja o principal direito da personalidade objeto de violação nos contratos de consumo.

Esse direito é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto ou em partes significativas, revestindo-se de todos os caracteres comuns aos direitos da personalidade, porém somando-se a esses a disponibilidade. Isso permite que seja extraído proveito econômico do seu uso, pelo seu titular, mediante autorização prévia<sup>228</sup>.

Ainda, a Constituição Federal refere-se expressamente a esse direito no inciso X do artigo 5º, garantindo sua inviolabilidade e o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação, e no inciso XXVIII, assegurando a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem humana, inclusive em atividades desportivas.

Segundo o artigo supracitado do Código Civil, a pessoa pode proibir a publicação, exposição ou utilização da sua imagem se esse uso atingir sua honra, boa fama ou respeitabilidade – como na hipótese da inserção da imagem em um contexto constrangedor - ou se se destinar a fins comerciais. Se a utilização da imagem for necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, em regra a pessoa não tem direito à proibição.

---

<sup>227</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157.

<sup>228</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153-154.

No entanto, conforme bem ensina Roxana Borges, a exposição ou captação não autorizada da imagem de alguém, para ser ilícita, não demanda que haja ofensa à honra da pessoa nem intenção, dolosa ou culposa, daquele que indevidamente a usa<sup>229</sup>, basta que não exista o seu prévio consentimento da forma devida e condizente com as normas jurídicas.

Sem autorização, a imagem da pessoa só pode ser exposta ou reproduzida em situações restritas, como nos casos daqueles que exercem cargo público, possuem notoriedade artística ou social, ou por exigência da administração da justiça e manutenção da ordem pública. Ademais, se a imagem for registrada em espaços públicos, compondo cena pública, não se pode fazer objeção ao seu uso, desde que a imagem não constitua o objeto principal<sup>230</sup>.

Violadas as regras que permitem o uso da imagem do indivíduo por terceiros, é possível ingressar em Juízo para requerer o término da exposição da imagem e destruição dos meios utilizados para tanto, se for cabível, além da indenização por possíveis danos causados.

Com relação à autonomia privada sobre o direito à imagem, o ordenamento jurídico admite a realização de negócios jurídicos que tenham como objeto o uso da imagem de alguém, sejam gratuitos ou onerosos. No entanto, o valor atribuído a essa declaração de vontade é diferente daquela que importa somente transmissão de direitos patrimoniais<sup>231</sup>.

Por se tratar de um direito da personalidade, a autorização deve ser limitada no tempo e os objetivos do uso serão merecedores de interpretação restritiva. Os negócios precisam ser formalizados de maneira completa, mediante autorização expressa e escrita, detalhando como a pessoa deverá aparecer, com quem ou quais objetos, quando, a que veículos de comunicação o uso da imagem se destina e em qual período, além da remuneração, no caso de existir o caráter oneroso<sup>232</sup>.

Assim, um contrato de consumo firmado para a prestação de um determinado serviço não pode servir de instrumento hábil para a cessão do direito de imagem do consumidor, se não existir uma autorização consciente e apropriada nesse sentido, de modo que cláusulas que assim disponham serão consideradas inválidas e sem efeito.

Quanto ao direito à voz, enquanto direito de personalidade, Roxana Borges leciona que esse assemelha-se ao direito à imagem, por ser um elemento identificador do indivíduo,

---

<sup>229</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157.

<sup>230</sup> *Ibid.*, loc.cit.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 161.

podendo a pessoa ser reconhecida por meio do som de sua voz. Pode-se dizer que o direito à voz subsume-se ao direito à imagem, constituindo a imagem sonora da pessoa<sup>233</sup>, de modo que devem ser transferidas as mesmas considerações realizadas para o direito da personalidade já tratado.

De acordo com esse entendimento se posicionou Pontes de Miranda, defendendo que o direito à voz não tem autonomia, pois está contido no conceito de direito à imagem enquanto proteção da identificação da pessoa<sup>234</sup>.

O direito à voz recentemente foi constitucionalizado (artigo 5º, XXVIII, da CF/88), incidindo sobre a emanção sonora natural da pessoa. Carlos Alberto Bittar ressalta que, embora componente físico integrante do conjunto da imagem da pessoa, esse direito destacou-se para ganhar individualidade, em face do uso isolado, principalmente em rádio e gravações, em que se identifica a pessoa<sup>235</sup>.

O nome do sujeito é outro importante direito da personalidade, pois envolve o elemento pelo qual a pessoa é identificada na sociedade, em sua individualidade<sup>236</sup>, o qual tem previsão expressa no Código Civil e que também figura nas cláusulas consideradas abusivas em muitos contratos consumeristas hodiernos.

Os artigos 16 e 17 do CC asseguram a todos o direito ao nome e proíbem o seu emprego por outrem em publicações ou representações que os exponham ao desprezo público, ainda que ausente intenção difamatória.

O artigo 18 do CC permite o uso comercial do nome, porém exige autorização para tanto. Ou seja, podem ser realizados negócios jurídicos, frutos da autonomia das partes, em que é cedido o uso do nome, de forma onerosa ou gratuita, em publicações, propagandas comerciais etc. Porém, diante da natureza do direito, o negócio deve ser temporário e com finalidade especificada.

Em todas as situações de uso indevido dos direitos da personalidade, incluindo o direito ao nome, a pessoa atingida em seu direito da personalidade poderá ingressar em juízo para

---

<sup>233</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161.

<sup>234</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v.7. Direito de Personalidade. Direito de Família, p. 53.

<sup>235</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

<sup>236</sup> BORGES, op. cit., p. 221.

proibir esse ato, inclusive pleiteando indenização por danos morais e materiais decorrentes do uso impróprio.

No caso desse uso indevido estar inferido de cláusulas contratuais, será visto que essas merecem ser invalidadas, diante do seu caráter abusivo, contrário às normas de proteção do consumidor enquanto contratante e, principalmente, como pessoa humana digna.

Geralmente a violação da voz, da imagem e do nome dá-se nessas cláusulas pois o fornecedor que redige o contrato se pré-autoriza a usar esses direitos do consumidor. Não há uma manifestação efetiva da vontade do contratante e aquela autorização ficta é, grande parte das vezes, uma surpresa desagradável. Viola-se a incolumidade físico-psíquica do agente vulnerável na relação contratual e o dever de conduta de boa-fé<sup>237</sup>.

## 5.2 REQUISITOS DE VALIDADE

No caso dos contratos de consumo por adesão não se aplicam simplesmente os requisitos comuns de validade, porque vigoram normas jurídicas cogentes advindas do CDC, incluindo as hipóteses de nulidade por abusividade de cláusulas, as quais em um contrato civil negociado podem ser válidas<sup>238</sup>.

De acordo com o princípio geral da boa-fé, a análise de uma cláusula deve ocorrer em relação às demais cláusulas contratuais e mesmo em relação ao contexto em que o contrato foi celebrado<sup>239</sup>. Ainda, a cláusula deve se conformar com a normalidade das situações, não podendo passar despercebida de um contratante normal, e a assinatura do contratante deve ocorrer posteriormente à confecção de todos os termos contratuais<sup>240</sup>.

Além disso, deve haver capacidade intelectual do parceiro para entender os termos do contrato, relação entre prestação e contraprestação, ausência de violação a direitos fundamentais, bem como relação da obrigação assumida com a natureza do contrato.

<sup>237</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1265.

<sup>238</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Interpretação dos Contratos de Consumo. Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 145-156, ago. 1998, p. 153.

<sup>239</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Contratos de Massa e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas. Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 07-30, ago. 1998, p. 27.

<sup>240</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Ação Civil Pública e a Impugnação de Cláusulas Contratuais Abusivas. FMU Direito*, v. 18, n. 26, p. 67-112, jan. 2004, p. 75.

Impende destacar que em certas situações as cláusulas de cessão dos direitos da personalidade nas contratações de consumo são válidas, o que tem como requisito ter relação com a função do contrato. Exemplo são as cláusulas em concursos, promoções e sorteios, já que o intuito do contrato é promover a marca e captar novos clientes, a partir de eventos de publicidade, de modo que a cessão do uso da imagem está inserida nesse objeto, participando o consumidor apenas se tiver interesse e manifestar sua vontade, desde que sejam respeitadas todas as formalidades necessárias para tanto, principalmente a devida informação e as limitações ao uso do direito da personalidade.

Diversa é a situação em que o objeto do contrato é fornecimento de educação, saúde, entretenimento, em que não há uma relação direta com qualquer direito da personalidade, que não estão integrados à função do contrato. Nesses casos, é comum que o consumidor apenas conheça essa cláusula contratual que atua em seu desfavor quando ocorre o fato que enseja a sua aplicação, de modo que se entende essa disposição como abusiva e, conseqüentemente, nula de pleno direito.

Segundo o artigo 46 do CDC, o consumidor deve ter prévio conhecimento sobre o conteúdo do contrato, de modo a ser respeitado o seu direito básico à adequadas informações sobre os produtos e serviços em toda a sua extensão. Não sendo dada essa oportunidade ao contratante, as prestações por ele assumidas não o obrigarão.

Nos contratos de consumo ocorre um ajuste marcado pela desigualdade entre as partes, mas por se tratarem de contratos privados quanto mais esse nível se aproximar da exatidão, mais fidedigna será a emanção volitiva do contratante. Assim, os contratos não terão força jurídica em relação aos consumidores se o fornecedor não lhes tiver apresentado anteriormente os seus termos<sup>241</sup>.

Oportunizar o conhecimento do contrato de adesão não significa apenas permitir que sejam lidas as suas cláusulas contratuais, mas efetivamente esclarecer previamente todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato<sup>242</sup>. O consentimento, decorrente das manifestações de vontade livres, base do contrato comum, não é suficiente nos contratos de consumo. Os fatores de eficácia são a cognoscibilidade e a compreensibilidade prévias,

---

<sup>241</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 121-131, ago. 1998, p. 123.

<sup>242</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 559.



aferíveis segundo os paradigmas da legislação vigente<sup>243</sup>. As cláusulas devem ser comunicadas na íntegra, com informações precisas, para ciência da complexidade e totalidade do seu conteúdo.

Ressalta-se, inclusive, a possibilidade de haver inversão do ônus da prova em favor do consumidor (artigo 6º, VIII, CDC), nos casos, por exemplo, em que se ataca judicialmente a falta de conhecimento prévio e efetivo do conteúdo do contrato por não ter sido disponibilizado o acesso pelo fornecedor, o qual terá que provar que foi dada essa oportunidade, o que somente ocorrerá se essa ausência de informação não restar patente pelas características do próprio contrato, de modo a independe de produção de novas provas.

Além do dever de informar as cláusulas envolvendo cessão de direitos da personalidade, que devem ter relação com a função do contrato, a redação deve ser precisa, clara e compreensível para ser exigível (artigo 46, CDC), e os formulários para adesão devem ser impressos em caracteres ostensivos e facilmente legíveis.

Por sua vez, sendo cláusulas restritivas de direitos do consumidor, deverão vir em destaque (artigo 54, §4º, CDC), o que pode ocorrer de várias formas: caracteres com cor diferente, tarja preta em volta, tipo de letra diversa.

Diante da natureza dos direitos objeto de cessão, os termos contratuais devem ser os mais específicos e detalhados possíveis, destacando como o direito será empregado, qual a finalidade do uso negociado, durante quanto tempo o uso é permitido (vez que deve ser temporário o uso cedido), que lugares a permissão alcança, além de deverem ser escritos e, preferencialmente, em contratos próprios.

Nesse ponto, o entendimento adotado é de que se a cláusula de cessão do uso do direito da imagem, voz e nome, estiver inserida no corpo de um contrato cuja função apresente relação com essa divulgação (como em casos de promoções e sorteios facultativos), com o prévio e efetivo conhecimento do consumidor, redação do contrato de forma clara, de fácil compreensão e destaque desse dispositivo, a situação é válida, desde que também sejam respeitados os limites existentes para qualquer disposição de direitos da personalidade. No entanto, se faltar qualquer um desses pressupostos, a cláusula não produzirá efeitos jurídicos.

Outro cenário abarca os contratos de consumo que tem como objeto serviços diversos, como educação, saúde, entretenimento etc. Se a cláusula estiver inserida no corpo do contrato

---

<sup>243</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Interpretação dos Contratos de Consumo. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 145-156, ago. 1998, p. 154.

de adesão será nula, por ser imposta unilateralmente pelo fornecedor, não sendo possível a sua exclusão pelo consumidor, que tem restringido o seu acesso ao mercado e a bens essenciais, por estar condicionado à aceitação conjunta dessa cláusula, que não tem relação com a função contratual.

Para ser válida a cláusula de cessão do uso de direitos da personalidade nesses contratos deve existir um termo em apartado, além de informação e transparência por parte do fornecedor, que deve expor e esclarecer as condições dessa disposição, atendendo às restrições condizentes com esses direitos. Outrossim, não pode ser condicionada a anuência em apartado à adesão do contrato em si, sob pena de nulidade.

O consumidor deve estar livre para assinar ou não aquela cessão, o que não influenciará na aquisição do bem de consumo, que geralmente é a prestação de serviços. Esse poder de se restringir a aceitar apenas os termos contratuais que são referentes ao serviço, sem a obrigação de coadunar com a cessão de seus direitos mais íntimos, é essencial para a validade da cláusula.

Vale ressaltar que a utilização da imagem, voz e nome, para uso interno de uma escola, por exemplo, não pode ser impedida, diante do interesse coletivo envolvido, e para uso pessoal dos demais consumidores, no caso os pais dos menores, também não, vez que não há como existir um efetivo controle.

Entretanto, na hipótese do uso desses direitos da personalidade no âmbito externo, como para fins comerciais ou publicitários, serão aplicados todos os requisitos de validade acima elencados para que a cláusula produza efeitos, desde que o consumidor possa ser identificado. A título ilustrativo, pode-se dizer que, em caso de uma escola, se é divulgada em propaganda a imagem de uma criança, na qual essa não possa ser identificada, por meio da utilização de recursos como desfoque ou luz e sombra, não ocorre a violação de direitos da personalidade do consumidor, vez que é preciso a possibilidade de reconhecimento da pessoa exposta.

### **5.2.1 Situações de abusividade e nulidade**

Na concepção atual, o contrato deixou de ser considerado como a expressão máxima da autonomia privada e da força obrigatória, e passou a estar centrado no espírito da justiça e do

bem social, sendo vedada a presença de cláusulas que gerem desequilíbrio ou ausência de boa-fé entre as partes<sup>244</sup>.

Um dos direitos básicos do consumidor é o de proteção contra cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos ou serviços, conforme o artigo 6º, IV, do CDC, dando-lhes o regime de nulidade de pleno direito.

O CDC não elencou de forma exaustiva todas as cláusulas que podem ser invalidadas, mas traçou princípios e valores norteadores para a análise do caso concreto, como o disposto no artigo 51, IV, que considera nulas as cláusulas abusivas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, e no artigo 51, XV, que considera nulas as cláusulas contratuais que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; o que se vê nas cláusulas em que são cedidos direitos da personalidade em contratos para aquisição de bem de consumo.

Aquele que adere aos contratos de consumo entra em um círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. A não ser que não estude, não viaje, que não faça um seguro, que não gaste água ou eletricidade, que não use de transporte comum, lhe é impossível deixar de contratar<sup>245</sup>.

Não cabe às empresas fazer uso de direitos da personalidade, inseridos de forma indevida em contratos de consumo de produtos e serviços, não condizente com a sua atividade e contrário aos princípios expostos. A abusividade da cláusula reside na imposição de um comportamento que traz vantagem desproporcional e imotivada a um dos contratantes, rompendo a base do negócio jurídico e desvirtuando a finalidade essencial do mesmo.

A liberdade contratual não é reconhecida senão porque a troca dos produtos e dos serviços nos aparece como a mais justa e a mais fácil organização das relações sociais. No entanto, em certos casos, esta liberdade precisa ser limitada, em prol dos interesses de pessoas que se encontram vulneráveis no mercado de consumo. Não é por não ter natureza contratual que o contrato de adesão é suspeito, é, pelo contrário, por ser contrato<sup>246</sup>, e envolver uma flagrante

---

<sup>244</sup> TONIAL, Nadya Regina Gusella. Caracterização das cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 17, n. 1, p. 144-156, jan. 2003, p. 145.

<sup>245</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 112-113.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 116.

desigualdade daqueles que o integram na sua formação, de modo que se torna necessário impedir os abusos do poder econômico.

Os direitos e obrigações nascidos do contrato de consumo devem estar estreitamente determinados no seu conteúdo, e limitados à utilidade que as partes contam retirar do seu exercício. Não é o que se vê quando inserem-se cláusulas de cessão de direitos da personalidade em contratos que tem por objeto serviços diversos.

A utilização empresarial de valores componentes da esfera física ou intelectual da pessoa tem sido um fator latente de geração de abusos, seja em função da ausência de prévia autorização real do titular do direito ou desconhecimento dessa autorização, seja pelo uso excedente aos limites previstos no contrato<sup>247</sup>.

O direito, enquanto conjunto de normas de organização da sociedade, tem como função, quanto aos direitos da personalidade, evitar a interferência indevida de um indivíduo na esfera jurídica de outro que impeça o exercício positivo de seus direitos mais íntimos<sup>248</sup>. No entanto, observa-se o fenômeno da contratação em massa, em que cláusulas de cessão dos direitos à imagem, à voz e ao nome são inseridas nos contratos de adesão escritos, ou mesmo são impostas com o simples ato de aquisição de algum bem de consumo, embora sejam de disponibilidade relativa.

Nas situações onde há padronização e adesão, a contratação já nasce com uma pecha de injustiça formal ou de ofensa à autonomia privada com igualdade de chance para as partes envolvidas, de maneira que eventuais cláusulas impostas que disponham sobre direitos íntimos da parte considerada vulnerável devem ser atacadas e repelidas.

Essas cláusulas guardam uma espécie de quebra da relação de lealdade, cooperação ou outras condutas exigidas pela boa-fé, não se justificando a manutenção da obrigatoriedade destes termos pactuados. Caracterizado o desequilíbrio contratual, por esta cessão de direitos de personalidade, não existe a segurança jurídica para preservação do quanto aderido na assinatura do contrato ou aceitação de alguma outra forma.

Pode-se perguntar por que os consumidores aceitam aderir a contratos em que constam essas cláusulas, que nesse trabalho são classificadas como abusivas e nulas na grande maioria das hipóteses em que estão sendo postas na sociedade. Em primeiro lugar, o contratante pode

---

<sup>247</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83.

<sup>248</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

não saber da existência dessa cláusula no contrato que está assinando ou no bilhete que está adquirindo, através do qual usufruirá de algum serviço. Isso se dá por ser longo demais o contrato ou por conter letras muito diminutas, diante da ausência do necessário destaque ou por falta de transparência nas negociações em que se omitem informações relevantes.

Outra situação é aquela em que o consumidor sabe da existência daquela cláusula que viola os seus direitos mais íntimos, mas aquele fornecedor detém o monopólio daquela atividade, restando de certa forma obrigado a concordar com as imposições que lhes são feitas, sob pena de não obter aquele bem de consumo. No caso de não existir essa dominação do mercado por aquele fornecedor, a adesão do consumidor pode ocorrer pelo fato dessas cláusulas serem comuns a todas as contratações ofertadas naquele ramo, de modo que, se quiser adquirir o produto ou serviço ofertado, o contratante terá que aceitá-las.

Nesse caso, o verdadeiro problema não está na falta de informações suficientes sobre o teor das cláusulas abusivas, mas no fato de que o aderente, mesmo conhecendo o seu conteúdo, não tem outra alternativa senão aceitá-las, de modo que a eficaz proteção do consumidor somente pode ser feita pelo controle do conteúdo dos termos gerais daquele contrato<sup>249</sup>.

Hipótese diversa, mas também abarcada como abusiva, é aquela em que o consumidor nota a existência daquela cláusula inserida no corpo de um contrato de escola próxima à sua residência na qual deseja matricular seu filho, por exemplo, porém não lhe é conferida a possibilidade de excluí-la. Não é porque existe oferta de outras escolas que podem não impor essa cessão de direitos da personalidade nos contratos de adesão, que a cláusula torna-se válida. Ao contratante deve ser garantido o acesso ao mercado de consumo de bens e serviços, sem discriminação, permitindo a sua livre escolha, de acordo com a sua comodidade e preferência.

O mesmo é visto quando o consumidor acaba aderindo ao contrato que tem essa cláusula em seu bojo pela sua catividade no contexto e no tempo, pois quanto mais tempo passa e quanto maior o número de relações conexas com o mesmo grupo fornecedor, mais presa e submissa está a pessoa contratante. É o caso do sujeito que mantém seu filho matriculado durante todo o ensino infantil, fundamental e médio em uma escola, com a contratação de esportes e outros cursos na mesma instituição.

Defende-se que nos contratos consumeristas cujo objeto principal não seja a autorização para uso do direito de imagem, voz ou nome do consumidor, devem ser consideradas abusivas

---

<sup>249</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Contratos de Massa e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 07-30, ago. 1998, p. 15.

e nulas as cláusulas que disponham autorização tácita ou genérica para uso dos direitos de personalidade do aderente, quando isso não integra a finalidade principal do negócio e não esteja em um instrumento apartado.

No contexto das relações de consumo, os usos possíveis dos direitos da personalidade considerados relativamente disponíveis são aqueles restritos, já admitidos pela legislação (artigos 17 e 20 do CC), pela jurisprudência e pela doutrina, independentemente da existência de contratações. Para que as possibilidades de uso dos direitos de personalidade do consumidor, pessoa natural, sejam ampliadas, é necessária autorização escrita, específica e limitada<sup>250</sup>, preferencialmente em termo próprio.

Não basta o simples cumprimento da regra do artigo 54, §4º, do CDC, a qual exige que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, para validar a autorização genérica de uso da imagem, voz e nome em contratos que não tenham por finalidade específica a disposição de direitos de personalidade<sup>251</sup>. Condiciona-se o acesso ao consumo à prática de um ato que, em si, é considerado excepcional pela lei (art. 11 do Código Civil), de modo que essas cláusulas mesmo quando destacadas, através do uso de negrito ou sublinhamento por exemplo, permanecem sendo nulas.

Assim, na aquisição de um ingresso para um espetáculo público, a cláusula que atribui ao fornecedor direitos sobre a imagem, voz ou nome dos consumidores deve ser tida como nula (art. 11 do Código Civil e art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor). O mesmo deve ocorrer nos contratos de prestação de serviço com instituição educacional ou academia de ginástica que estipulam disposição de imagem e nome dos consumidores. Matricular-se numa escola ou faculdade, frequentar um curso, assistir a um espetáculo artístico ou esportivo não são atos que implicam, por si mesmos, disposição de direitos de personalidade<sup>252</sup>.

Busca-se coibir o uso abusivo da autonomia no âmbito patrimonial, especialmente no campo contratual, que acaba implicando na realização exclusivamente da vontade do contratante mais forte. Diante disso, importante a ideia de boa-fé objetiva, função social, eticidade, não como princípios contrários à autonomia, mas como instrumentos para a sua

---

<sup>250</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; MACHADO, Tamires Vieira Lopes. Consumer Contracts and Waivability of Personality Rights. In: MARQUES, Claudia Lima; PEARSON, Gail; RAMOS, Fabiana (Coord.). *Consumer Protection: Current Challenges and Perspectives*. Porto Alegre: Orquestra, 2017, p. 281.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 274.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 275.

realização de modo mais equânime na sociedade de consumo. Não há autonomia de verdade quando esta é só de um dos polos da relação.

É necessário valorizar as desigualdades, as diferenças de poder, especialização e posição entre os sujeitos livres do mercado de consumo, e aplicar normas e princípios como a boa-fé e a função social dos contratos, a fim de reequilibrar com equidade as situações diferenciadas<sup>253</sup>. A autonomia para se realizar da forma adequada dentro de um Estado que se pretenda fundado na dignidade da pessoa humana, depende da construção de mecanismos pelos quais se possam municiar os vulneráveis com meios para superar a desigualdade a fim de que, assim, possam se impor como agentes livres.

A própria ideologia do consumo, materializada nos atos de acumular e consumir, exigiram a criação de normas em consonância com os ditames constitucionais<sup>254</sup>, de maneira que o CDC é a criação de um conjunto normativo específico, baseado no caráter interventivo do Poder Público. Essa intervenção do Estado nos contratos de consumo pode ocorrer por meio do Poder Legislativo (normas do CDC de ordem pública e fim social), como já exposto, mas também pela atuação do Poder Judiciário e de órgãos administrativos.

O direito do consumidor, de cerne fundamental, exige concretude e eficácia, dada à relevância da sua maximização e efetividade, o que também pode ser dito em relação aos direitos da personalidade, que tem íntima relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e disposições específicas previstas no Código Civil.

Por isso, a proibição de cláusulas abusivas nos contratos, em especial nos de consumo, e a conseqüente nulidade dessas disposições, é um instrumento de proteção daquele considerado mais fraco na relação, que deve ser utilizado, mesmo de ofício pelos magistrados. Além dessa atuação judicial para modelar a liberdade contratual de forma concreta, uma fiscalização administrativa dos contratos impostos por adesão e documentos em que constam termos pré-estabelecidos para a aquisição de bem de consumo, mediante remuneração, é necessária, vez que os fornecedores não podem continuar dispendo de direitos tão caros aos indivíduos ao seu bel prazer.

Resta clara a abusividade das cláusulas objeto de análise do presente estudo, quando elencadas no interior dos contratos consumeristas. O fornecedor redige o contrato de adesão ou

---

<sup>253</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

<sup>254</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 278.

os termos que constarão em bilhetes ou tickets que são adquiridos pelo consumidor, previamente se autorizando a utilizar o nome, a voz e/ou a imagem do contratante, sem que exista uma manifestação consciente ou informada nesse sentido. Isso porque, quando da celebração daquele pacto, busca-se a aquisição de bem de consumo, que não diz respeito àqueles direitos que estão sendo envolvidos no contrato.

Quando ocorrem da maneira acima referida, há uma espécie de autorização ficta, que geralmente surpreende negativamente a uma das partes, e viola a dignidade do consumidor, juntamente com a sua incolumidade físico-psíquica. Além disso, resta clara a transgressão aos deveres de boa-fé, como o de cuidado e informação, bem como aos princípios da transparência, equidade e confiança.

Ofende-se princípios fundamentais do sistema jurídico, de maneira que as cláusulas devem ser consideradas nulas, a fim de que o consumidor atinja o esperado com o contrato que firmou, protegendo as suas legítimas expectativas, sem restrição e/ou desrespeito à direitos básicos e essenciais.

A invalidade, que ora se defende, pode ser considerada como um meio de valoração dos atos de autonomia privada, a partir da aferição do preenchimento ou não de certos requisitos que, para o legislador, seriam necessários para denotar a legitimidade dos efeitos jurídicos que o ato se destina a produzir.

Sinaliza-se ao intérprete uma presunção de legitimidade ou não das situações jurídicas que costumam decorrer de atos que apresentam ou não aqueles defeitos genéticos. Se o sistema jurídico reconhece e aprova os efeitos que decorrerão daquele ato privado, na normalidade dos casos, o mesmo será válido. No entanto, se isso não ocorrer padecerá o mesmo de invalidade, de modo que não serão produzidos efeitos.

A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, acarretando nulidade de pleno direito, posto que ofende a ordem pública de proteção do consumidor, com base nas normas do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, a nulidade da cláusula abusiva poderá ser reconhecida judicialmente por meio de ação direta ou reconvenção, de exceção substancial alegada em defesa (contestação) ou por ato de ofício do juiz<sup>255</sup>, independentemente de requerimento da parte ou interessado.

---

<sup>255</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 576.



Em questões judiciais relativas a cláusulas de contratos padronizados e de adesão, como as tratadas nessa dissertação, a desconsideração do princípio da autonomia privada na dimensão clássica e a prioridade do princípio da justiça contratual são fundamentais para preservar o equilíbrio entre os contratantes e a própria liberdade da parte fraca<sup>256</sup>.

A sentença que reconhece a nulidade da cláusula é constitutiva negativa, de forma que desconstitui a juridicidade do ato, com efeitos *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio já existia a situação de invalidade. Ainda, pode-se dizer que essa nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nos contratos de consumo não é atingida pela preclusão, por ser matéria de ordem pública (artigo 1º do CDC)<sup>257</sup>.

Ao ser reconhecida a nulidade da cláusula abusiva envolvendo a cessão dos direitos da personalidade, a mesma será inapta à produção de efeitos jurídicos, tornando-se totalmente ineficaz, independentemente de prova de prejuízo.

Em regra, a desconstituição se limitará à cláusula abusiva em questão, que no caso é a de cessão dos direitos da personalidade, a fim de manter o negócio jurídico celebrado pelas partes, excepcionando-se os casos em que isso não seja do interesse do consumidor. Busca-se extirpar o excedente viciado, conservando-se a contratação, seguindo disposição do §2º do artigo 51 do CDC, e atentando para o princípio da harmonização dos interesses dos participantes nas relações de consumo (artigo 4º, III, do CDC)<sup>258</sup>.

Há um sentimento de impunidade naqueles que estipulam essas cláusulas, vez que diante da falta de informação dos consumidores ou mesmo pela lógica da sociedade de consumo, em que é preciso consumir a todo tempo, a maioria dos sujeitos contratantes não provoca o Poder Judiciário para reconhecer a nulidade das disposições que autorizam a cessão de direitos à imagem, voz e nome, e os órgãos administrativos se mantêm, em geral, inertes.

Dessa forma, urge a alteração desse cenário de violação de direitos da personalidade e direitos do consumidor nos contratos de consumo, na sociedade pós-moderna, para que não sejam perpetrados abusos de fornecedores, que impõem constantemente cláusulas iníquas e abusivas nos termos contratuais, se locupletando disso.

---

<sup>256</sup> JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 324.

<sup>257</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 577.

<sup>258</sup> DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Controle Judicial das Cláusulas Abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 31-36, ago. 1998, p. 36.

Conforme Limongi França, “o direito existe para que a pessoa, em meio à vida social, seja aquinhoadada segundo a justiça com os bens necessários à consecução dos seus fins naturais”<sup>259</sup>. Aceitar a validade dessas cláusulas nas situações atacadas no presente trabalho, é a própria negação disso, no momento em que retira dos consumidores os poderes que exercem sobre a sua própria pessoa.

### 5.2.2 Direito à indenização por danos morais e materiais

Vive-se em uma sociedade de risco global, segundo expressão de Ulrich Beck<sup>260</sup>, em que todos podem ser vítimas e potenciais autores de ilícitos<sup>261</sup>. O cerne do problema da violação dos direitos da personalidade nos contratos de consumo não está na ausência de normas, mas, sim, na falta de aplicação e efetividade dessas no campo concreto.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior elucida o conceito de eficácia das normas como a qualidade que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, diante da existência das condições exigíveis para a sua observância ou para a satisfação dos objetivos almejados (eficácia social ou efetividade), ou porque presentes condições técnicas necessárias para a sua aplicação (eficácia técnica)<sup>262</sup>. A efetividade tem o sentido de sucesso normativo, de maneira que será a norma totalmente ineficaz socialmente se não for observada pelo seu destinatário, nem exista uma importância dada pelos Tribunais quanto a isso<sup>263</sup>. Tratando-se das relações de consumo, importa evidenciar que a vulnerabilidade do consumidor se agrava quando as leis se mostram ineficientes e inábeis ante aos fatos, de modo que as normas de proteção contidas no Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas amiúde, bem como o Poder Judiciário deve atuar em combate à abusividade nas contratações consumeristas.

A possibilidade de indenização por danos é prevista expressamente pelo CDC, o qual assegura ao consumidor, enquanto direitos básicos, a efetiva prevenção e reparação de danos (artigo 6º, VI) e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos (artigo 6º, VII).

<sup>259</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 936.

<sup>260</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

<sup>261</sup> GOULART PEREIRA, Flávia. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 51, p. 105-131, nov./dez. 2004, p. 108.

<sup>262</sup> FERRAZ, JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito; técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 200.

Como se vê, o códex que regula as relações de consumo deixa clara a possibilidade de cumulação entre as indenizações por dano moral e por dano patrimonial pelo mesmo fato, o que é reiterado pela Súmula número 37 do Superior Tribunal de Justiça<sup>264</sup>.

A exposição da imagem, voz ou nome da pessoa por meio de uma suposta autorização inserida em contrato de consumo com função diversa, configura uma ofensa indevida, principalmente diante da disponibilidade estritamente relativa desses direitos da personalidade.

A proteção desses direitos da personalidade poderá ser preventiva, por meio de ajuizamento de ação objetivando evitar a concretização da ameaça de lesão, por exemplo, ou repressiva, por meio da imposição de sanção civil (pagamento de indenização) ou penal, em caso da lesão já ter se efetivado.

O artigo 12 do CC, em seu *caput*, consagra as duas formas de proteção jurídica: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Os danos acarretados pelas cláusulas já abordadas afetam, principalmente, a esfera moral dos contratantes, sendo devida indenização para aqueles que se sentem ofendidos e desrespeitados nessas relações de consumo pactuadas com fornecedores. Essa reparação em dinheiro possuirá um cunho verdadeiramente simbólico<sup>265</sup>.

Além da nulidade e a consequente extinção dos efeitos jurídicos, os operadores do direito devem se conscientizar que pode haver a legítima expectativa dos consumidores de uma reparação pecuniária de ordem moral diante das cláusulas abusivas impostas, a qual deverá ser aferida de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. É o que se vê do julgado a seguir:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DIREITO À IMAGEM. UTILIZAÇÃO DE IMAGEM DE ALUNO. CAMPANHA INSTITUCIONAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM. CLÁUSULA INEFICAZ. DANO MORAL CARACTERIZADO. PARÂMETROS PARA O ARBITRAMENTO DA COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

<sup>264</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37, 17 de março de 1992. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf).>. Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>265</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 60.

- I. O direito à imagem foi elevado à categoria de direito fundamental pelos incisos V e X do art. 5º da Constituição da República e sua violação tem como consequência a reparação dos danos morais e materiais ocasionados.
- II. O direito à imagem é autônomo em relação a outros direitos fundamentais e sua transgressão implica em dano moral ou material, independentemente da concomitante transgressão a outros direitos da personalidade.
- III. De acordo com a inteligência do artigo 20 do Código Civil e do artigo 17 da Lei 8.069/90, a captação e o uso da imagem da criança para qualquer fim depende da autorização consciente de seus representantes legais.
- IV. Nos termos do artigo 54, §§ 4º e 5º, da Lei 8.078/90, nos contratos de adesão as cláusulas limitativas de direito do consumidor só se consideram válidas quando redigidas de maneira transparente e grafadas com realce e distinção.
- V. Age ilícitamente a instituição de ensino que, desprovida de autorização válida, utiliza imagem de criança do seu quadro docente para fins publicitários.
- VI. Para a caracterização do dano moral basta a demonstração do uso indevido da imagem da criança para fins publicitários.
- VII. Atendidas as peculiaridades do caso concreto, a importância de R\$ 7.000,00 traduz com fidelidade a combinação dos elementos que balizam o arbitramento da compensação do dano moral à luz do princípio da razoabilidade.
- VIII. Recursos conhecidos e desprovidos<sup>266</sup> (Grifos nossos).

Ainda, vale destacar que o valor da indenização, embora razoável, deve ser também substancial, para cumprir seu papel preventivo de dissuadir o infrator a não praticar condutas futuras similares<sup>267</sup>, em desfavor dos consumidores, que são os vulneráveis no mercado de consumo.

Os danos morais devem considerar o caráter repetitivo da prática e a persistência em recusar atendimento aos reclamos legítimos do consumidor, diante do seu caráter punitivo e não apenas ressarcitório, para desestimular a reiteração do ilícito.

No caso das cláusulas abusivas envolvendo a cessão de direitos da personalidade também podem ser caracterizados os danos patrimoniais, pelo fato da vítima ver diminuído seu patrimônio, pela perda de uma vantagem que a exposição de sua imagem devidamente autorizada lhe propiciaria, por exemplo. Normalmente, o valor do dano é aquele da vantagem perdida ou inviabilizada<sup>268</sup>.

<sup>266</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* nº. 20110710169974. Relator: James Eduardo Oliveira. Brasília, DF, 17 de agosto 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>267</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 498.

<sup>268</sup> GRINOVER, op. cit., p. 497.

O dano patrimonial inclui as perdas e danos diretamente relacionados ao uso indevido dos direitos da personalidade do consumidor, além de eventuais despesas feitas pelo consumidor no intuito de findar aquela exposição da sua pessoa.

### 5.3 CONFIGURAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 66 DO CDC

Além de serem abusivas e, conseqüentemente, nulas, em uma interpretação extensiva, é possível afirmar que essas disposições envolvendo os direitos da personalidade de consumidores, que se apresentam no corpo do texto de contratos envolvendo função de educação, saúde, entretenimento, dentre outras, podem consubstanciar ilícito penal. O artigo 66 da Lei 8.078/90 define como típica a conduta de fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços<sup>269</sup>.

Remete ao que dispõe o artigo 6º, inciso III, do CDC, que prevê como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes, preço, além dos riscos que apresentem; bem como alude ao artigo 31, do CDC, segundo o qual a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem, e também sobre riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores. Assim sendo, os bens jurídicos tutelados são a veracidade e transparência nas informações sobre os produtos e serviços.

O sujeito ativo é o fornecedor ou quem patrocina a oferta do produto ou serviço ao mercado consumidor. Já o sujeito passivo é a coletividade, podendo ser determinado consumidor quando lesado diretamente<sup>270</sup>. Oportuno lembrar que não é necessária a aquisição ou uso de produtos ou serviços pelo consumidor, para que esse seja classificado como vítima, pois aplica-se o conceito contido no artigo 29 do CDC, pelo qual basta que haja exposição do

---

<sup>269</sup> PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo: lei federal n. 8078/90 (CDC)*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

<sup>270</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 571.

sujeito às práticas comerciais, entre as quais está a oferta e apresentação de produto ou serviço<sup>271</sup>.

Os núcleos do tipo traduzem ação e omissão, sendo o delito de perigo abstrato, ou seja, em que é suficiente o risco de lesão da conduta. Assim, a consumação se dá com a afirmação falsa ou enganosa, o patrocínio da oferta ou a omissão de informação relevante, sem ser necessário nenhum resultado específico. Dessa forma, trata-se de delito de mera conduta<sup>272</sup>.

O elemento subjetivo pode ser o dolo, de maneira que o agente deve ter vontade e consciência no momento de afirmar ou omitir as informações. Ademais, pode ser a culpa, de forma que o sujeito desatende dever objetivo de cuidado, por negligência, imprudência ou imperícia<sup>273</sup>. Para a modalidade dolosa do delito, a pena cominada é de detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Para a forma culposa, a pena é de detenção de 1 a 6 meses ou multa.

A informação relevante referida no tipo penal é aquela referente a dado essencial, que influencia na aquisição ou contratação do produto ou serviço<sup>274</sup>. A cessão da imagem, nome e voz do indivíduo se refere a direitos fundamentais, que são disponíveis apenas relativamente, de modo que as cláusulas atacadas no presente trabalho não podem ser omitidas ao consumidor, vez que podem ser determinantes para a não celebração do contrato, o qual tem como função objeto totalmente diverso.

Embora essa conduta dos fornecedores nos contratos de consumo possa ser entendida como um crime, pelos argumentos acima expostos, entende-se que os princípios do direito penal não devem ser vistos como meras normas genéricas e abstratas, mas, sim, como regras de aplicação concreta. De acordo com os princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade, se a proteção do bem jurídico pode ocorrer por outras formas de sanção ou outros meios de controle social, como medidas cíveis e administrativas, sua criminalização não é recomendável. Não se justifica o emprego de um instrumento lesivo à liberdade e direitos fundamentais, se disponíveis meios menos gravosos e mais adequados de intervenção. Dessa forma, no caso dos delitos do CDC, em um mundo capitalista, uma reparação cível ao

---

<sup>271</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

<sup>272</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 455.

<sup>273</sup> PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo: lei federal n. 8078/90 (CDC)*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 73-74.

<sup>274</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.101-102.

consumidor, a nulidade judicial de cláusulas contratuais abusivas ou uma sanção administrativa aplicada diretamente à empresa surte muito mais efeito de prevenção e repressão.

Em relação aos delitos previstos no CDC, quando eventualmente utilizados na prática, não raro se indiciam integrantes de determinada empresa, através de denúncias genéricas, que apenas descrevem os fatos, sem individualizar a conduta do agente e o vínculo subjetivo, diante da impossibilidade de identificar uma verdadeira autoria no caso concreto, o que malfez o sistema jurídico-penal de atribuição de responsabilidade pessoal e subjetiva, condenando-se, por vezes, pessoas que não agiram nem se omitiram para a consumação dos delitos.

Realça-se o aspecto da dificuldade em descobrir os responsáveis pelas condutas delituosas nas empresas presentes no mercado de consumo, já que a responsabilidade se distribui entre várias pessoas, e acaba-se por punir um indivíduo substituível, o que esvazia o sentido de prevenção e até mesmo sanção da norma penal. Frequentemente quem responde por tais crimes são os funcionários das empresas, que se sujeitam a um regime de subordinação e não possuem sempre poder e meios de evitar a consumação de determinados tipos penais, como os previstos no CDC. Não se busca examinar em que medida o empregado colaborou ou atuou para a configuração do delito, podendo ser cometidas graves injustiças, como no caso de se indiciar um inocente, que sofrerá agruras indevidas.

Dessa forma, diante da criminalidade envolvendo empresas, e do sistema de consumo de massa, a dispensa de mecanismos de imputação pessoal, com a responsabilidade da pessoa jurídica, bem como a previsão de sanções rigorosas economicamente para entes coletivos, possibilitadas pela opção por sanções administrativas (como as previstas no artigo 56 do CDC), faz com que essas se transformem em meios idôneos para uma tutela eficaz do consumidor. Além disso, frisa-se a existência de toda uma tutela cível, individual e coletiva, disponível ao consumidor, para a defesa e garantia de seus direitos, incluindo reparação pecuniária por danos materiais e danos morais, a ser paga pelo fornecedor do bem de consumo.

#### 5.4 PRÁTICA CONTRATUAL NA CIDADE DE SALVADOR/BA

Em um mundo global e tecnológico, repleto de riscos, desigualdades e incertezas, torna-se comum a realização de negócios jurídicos contendo disposições que afrontam direitos e

princípios do ordenamento jurídico, inclusive envolvendo a violação de aspectos da personalidade do sujeito.

As disposições opressoras representam uma violação à ordem pública de proteção e são resultado de uma economia de massa, onde o interesse econômico sobrepõe-se aos direitos individuais, de forma premente<sup>275</sup>. Embora indispensável na sociedade contemporânea a contratação padronizada, é mister impedir a utilização de cláusulas abusivas, a exploração da fraqueza através do contrato de adesão<sup>276</sup>.

Com a constatação dessa violação de direitos da personalidade nos contratos de consumo, que são aqueles em maior quantidade hodiernamente, fora realizada pesquisa de campo no âmbito da cidade de Salvador, Estado da Bahia, angariando instrumentos frutos da autonomia privada, estando alguns anexos ao final do presente trabalho.

Na prática, observou-se ser natural a inclusão de cláusula de cessão de direitos à imagem, ao nome e à voz em contratos consumeristas com objetos diversos, no meio de suas disposições, como se integrasse o conjunto de direitos e obrigações que resultariam daquela relação instituída entre o fornecedor e o adquirente do produto/serviço.

A título de ilustração, conforme figuras 1,2 e 3 em anexo, pode-se apontar que instituições de ensino em Salvador estabelecem contratos de prestação de serviços educacionais, de nível fundamental e nível médio, com os consumidores, apresentando no bojo das cláusulas contratuais, uma que permite à contratada, desde a assinatura daquele documento, registrar o nome, imagem, voz, dados pessoais, biográficos dos alunos e os trabalhos escolares por eles produzidos, em qualquer meio material, virtual, magnético e/ou eletrônico, por meio de fotos, gravações e áudio e filmagens, sem limitação de tempo ou número de vezes. E, além disso, outras que facultam utilizar esses registros para divulgação em material de uso da instituição e/ou a este vinculada, antes ou após a extinção daquele contrato, seja ele para público interno ou externo, incluindo-se distribuição gratuita e/ou comercialização, sem que caiba ao consumidor o direito de pleitear da contratada ou de terceiros qualquer indenização por esse uso. Vejamos a seguir a transcrição integral dessas cláusulas:

---

<sup>275</sup> TONIAL, Nadya Regina Gusella. Caracterização das cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 17, n. 1, p. 144-156, jan. 2003, p. 153.

<sup>276</sup> SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula Geral de Boa-Fé nos Contratos de Consumo. *Opinio Jure*, Canoas, n. 3, p. 23-35, jan./jun. 1995, p. 26-27.



CLÁUSULA 20: O(A) CONTRATANTE autoriza a CONTRATADA, desde já, a registrar, por si ou por terceiros autorizados pela CONTRATADA, e vinculados aos seus objetivos institucionais, o nome, imagem, voz, dados pessoais biográficos do(a) aluno(a) e o(s) trabalho(s) escolar(es) por ele(a) produzido(s), individual e/ou coletivamente, inclusive quando de sua participação em Olimpíadas do Conhecimento, em qualquer meio material, virtual, magnético e/ou eletrônico, incluindo-se fitas magnéticas, CDs, DVDs, discos Blu-Ray e qualquer outra mídia, por meio de fotos, gravações de áudio e filmagens, sem limitação de tempo ou número de vezes, para os fins especificados na cláusula 21 (vinte e um) deste contrato, observando-se a legislação específica [...]

CLÁUSULA 21: O(A) CONTRATANTE autoriza a CONTRATADA, desde já, a utilizar os registros obtidos na forma estabelecida na cláusula 20 (vinte) deste contrato, para divulgação em material de uso da instituição e/ou a esta vinculada, antes ou após a extinção deste contrato, seja ele para o público interno ou externo, a exemplo de documentos, apostilas de curso, murais, jornais internos, livros, revistas e impressos diversos, incluindo-se distribuição gratuita e/ou comercialização, esta última, apenas para o (a) CONTRATANTE e/ou para o(a) aluno(a), de CDs (compact discs), DVDs (digital vídeo discs), discos Blu-Ray e outras mídias, informativos, livros do ano e do site/portal do Colégio xxxx na Internet, inclusive em redes sociais e outros sites ou blogs, bem como exibição através de qualquer mídia, incluindo-se rádio, jornais, revistas, televisão aberta ou fechada, circuito cinematográfico, telefonia fixa ou móvel, Internet, atividades de licenciamento de produtos e assemelhados, sem limitação de tempo ou número de vezes, observando-se a legislação específica, no particular, sem que lhe caiba pleitear da CONTRATADA ou de terceiros, qualquer indenização por esse uso.

Parágrafo Único: O(A) CONTRATANTE autoriza a CONTRATADA, desde já, a utilizar também, especificamente, o nome do(a) aluno(a), caso este(a) tenha participado de alguma Olimpíada de Conhecimento e tenha obtido destaque por sua participação, para, a critério exclusivo da CONTRATADA, produzir peça(s) publicitária(s) na(s) qual(is) esta parabeniza e exalta o(a) aluno(a) pela conquista por ele(a) obtida, e a divulgá-la(s) para o público interno ou externo, através da mídia que melhor lhe convier, sem limitação de tempo ou número de vezes, observando-se a legislação específica, no particular, sem que lhe caiba pleitear da CONTRATADA ou de terceiros, qualquer indenização por esse uso.

CLÁUSULA 22: O(A) CONTRATANTE autoriza, desde já, o(a) aluno(a) a dar entrevista para a imprensa, nas dependências do Colégio, referente a assuntos relacionados com a educação, e a comportamento das pessoas e afins, devidamente acompanhada e autorizada pela CONTRATADA, que examinará, previamente, a adequação do conteúdo.

Parágrafo Único: O(A) CONTRATANTE que não concordar com o que estabelece o caput desta cláusula deverá orientar o(a) aluno(a) a não dar entrevista a imprensa.

CLÁUSULA 23: O(A) CONTRATANTE declara ter conhecimento de que de modo a cumprir seu dever de zelar pelo(a) aluno(a) e por todos os outros

membros da Comunidade Escolar, a CONTRATADA possui câmeras de segurança nas áreas comuns do ambiente escolar, podendo vir a gravar e fazer uso das imagens captadas para fins pedagógicos e disciplinares, sem que lhe caiba qualquer indenização por esses fatos.

Nessa senda, academias de ginástica, que tem por objeto principal questões envolvendo o fornecimento e o acompanhamento da prática de exercícios físicos, utilizam contratos padrão em que está incluída cláusula de cessão do direito de uso de imagem, para a empresa fazer divulgações em fotografias, filmagens, reportagens, redes sociais, internet e comerciais, seja em nível local ou nacional, desde que não envolva o comércio de atividades ou produtos considerados ilegais ou imorais (figura 4):

CLÁUSULA DÉCIMA-QUARTA – DO DIREITO DE USO DE IMAGEM: O(A) CONTRATANTE ceder, por meio do presente instrumento, os direitos de uso e de sua imagem, à xxxx, para a divulgação em fotografias, filmagens, reportagens, redes sociais (a exemplo de facebook, instagram, etc), internet e comerciais vinculados à Academia, seja em nível local ou nacional, desde que não envolva o comércio de atividades ou produtos considerados ilegais ou imorais.

É flagrante a abusividade das disposições acima expostas. Estabelecem-se obrigações arbitrárias e sem relação ao objeto do contrato de consumo, em seu bojo, acerca de direitos disponíveis apenas relativamente, que requerem autorização específica e diferenciada, diante de sua natureza personalíssima. Ademais, nas cláusulas citadas a abusividade é mais flagrante por também envolver a renúncia de direitos, como o de requerer indenização por eventuais prejuízos decorrentes do uso do direito da personalidade, além de não limitarem essa utilização pelo fornecedor, que poderá ser dar por diversos meios e sob diferentes títulos (mesmo remunerados), sem existir um prazo definido para tanto, que pode ocorrer inclusive após o término do vínculo contratual.

Essas cláusulas são inválidas por causarem vantagem exagerada ao predisponente em detrimento do contratante, violando os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual. Essa vantagem, vale dizer, é presumida, diante da incompatibilidade com os princípios básicos no ordenamento jurídico e por sua estipulação limitar direitos essenciais<sup>277</sup>. Da mesma forma, a invalidade ocorre por não respeitarem os requisitos necessários para a validade de uma cessão

---

<sup>277</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Contratos de Massa e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 07-30, ago. 1998, p. 15.

de direito da personalidade, como a delimitação de uso determinado e temporário desses bens que são disponíveis apenas relativamente, e a possibilidade de fruição econômica relativa ao uso no caso de existir onerosidade na exposição.

Situação diversa é a de instituição de ensino superior que estipula cláusula em seus contratos, em que o uso gratuito da imagem do contratante resta condicionado à autorização expressa posterior, o qual será feito para a promoção de atividades educacionais (figura 5):

CLÁUSULA IV – DO USO DE IMAGEM. A CONTRATADA fica autorizada a utilizar, gratuitamente, a imagem do CONTRATANTE, coletivamente, para a promoção de suas atividades educacionais, em qualquer meio de comunicação e em qualquer época do ano, desde que autorizado expressamente pelo CONTRATANTE.

Embora conste a cláusula de cessão do uso da imagem no contrato de adesão para aquisição do serviço, a mesma só será apta à produção de efeitos com a posterior assinatura de uma autorização específica e expressa, de maneira que essa condição torna a disposição válida. Mesmo considerando que o uso da imagem não está bem delineado nessa cláusula, diante da disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, no momento da autorização vindoura isso poderá ser corrigido, elencando-se prazo e em quais meios se dará a divulgação, de modo que esses termos serão aceitos expressamente pelo contratante se for da sua vontade.

O mesmo pode ser dito das contratações em que as escolas fazem um adendo no contrato, colocando uma declaração em apartado que poderá ser assinada pelo contratante, autorizando a divulgação ou exibição de foto ou imagem (figuras 9 e 10):

#### AUTORIZAÇÃO PARA DIVULGAÇÃO OU EXIBIÇÃO DE FOTO OU IMAGEM

Eu, xxxx, já identificado(a) neste instrumento como CONTRATANTE, para todos os fins de direito e sem ônus de qualquer natureza, AUTORIZO A VEICULAÇÃO DE IMAGEM OU DIVULGAÇÃO DE FOTO pelo COLÉGIO xxxx do(a) menor, xxxx, indicado(a) no Cabeçalho deste TERMO DE ACORDO. A foto ou a imagem porventura divulgada pode ser individual ou conjunta com outros colegas e professores, produzida em atividades letivas, socioculturais ou esportivas, no espaço interno ou eventos do Colégio xxxx, com a finalidade múltipla de incentivar os jovens, pais e ex-alunos a participarem dos eventos promovidos pela escola e de divulgação institucional do projeto de educação deste estabelecimento de ensino. A referida autorização é extensiva a jornais, televisão, folders, murais, materiais gráficos e de atividades letivas da escola de maneira geral, englobando ainda o seu site oficial de divulgação na internet.

### AUTORIZAÇÃO DE IMAGEM

Eu, xxxx, já identificado no contrato de prestação de serviços escolares como CONTRATANTE, para todos os fins de direitos e sem ônus de qualquer natureza, autorizo a veiculação de imagem ou divulgação de foto em materiais publicitários institucionais da escola, pelo xxxx, do(a) menor xxxx. A foto ou imagem porventura divulgada em materiais publicitários institucionais da escola pode ser individual ou coletiva, com a finalidade de divulgação institucional.

Nessas hipóteses, não há uma autorização da cessão dos direitos da personalidade vinculada à realização do próprio contrato de consumo. O consumidor pode aderir ao contrato e, posteriormente, quando acionado para divulgar sua imagem, nome ou voz não aceitar fazê-lo, ou pode aderir às cláusulas contratuais referentes ao objeto real e principal do contrato, que no caso é a prestação do serviço de ensino, e não concordar com a declaração de cessão desses direitos da personalidade, que estará em local apartado do instrumento, tanto que será requerida uma nova assinatura, diversa daquela que se dá para a aquisição do serviço.

Por isso, defende-se a validade desses termos que são postos em separado do contrato de consumo, desde que seja permitido ao contratante a liberdade de escolha de assiná-lo ou não, sem que isso interfira na contratação do serviço oferecido por aqueles estabelecimentos de ensino, e ele seja plenamente informado. Essa autorização do uso dos direitos da personalidade nesses instrumentos se dá de forma específica, e encontra-se mais destacada e perceptível, já que não incluída no meio das cláusulas contratuais. Como não há a vinculação para adesão contratual, é possível afirmar que aqueles que estão adquirindo o serviço podem inclusive alterar os termos da cessão da maneira que melhor lhe convenha, além de poder simplesmente não concordar e restar proibido o uso do direito à imagem da criança ou adolescente, salvo os casos excepcionados por lei.

No entanto, embora se defenda não serem essas autorizações inválidas em regra, as disposições apresentadas acima merecem críticas, posto que não delimitam adequadamente o uso do direito à imagem, vez que deveria haver mais detalhes, principalmente a limitação temporal da cessão. Como as cláusulas expostas nas figuras 9 e 10 não atendem corretamente às especificidades de uma cessão de direitos da personalidade, pela ausência de delimitação completa do uso, está sujeita à invalidade.

Ainda na análise da realidade contratual envolvendo as relações de consumo, percebeu-se que essas cláusulas também são impostas em casos em que não há um contrato formal escrito

entre consumidores e fornecedores. Isso se dá, a título de ilustração, quando se compram ingressos para espetáculos artísticos. O consumidor, mediante remuneração, adquire aquele bem de consumo, mas ao fazê-lo se submete à ceder sua imagem, muitas vezes sem nem ter conhecimento. Algumas das cláusulas que neste trabalho são consideradas abusivas encontram-se no verso dos ingressos recebidos pelos consumidores, em letras minúsculas e geralmente ilegíveis, o que torna ainda mais absurda essa disposição acerca dos direitos da personalidade de terceiros.

O consumidor não tem a chance de poder conhecer e compreender aqueles termos contratuais, porque os meios para tal não foram colocados à sua disposição pelo fornecedor, que tem o dever de informar e falar claro. As cláusulas impressas em caracteres gráficos microscópicos não produzirão efeitos<sup>278</sup>.

Constatou-se que alguns tickets analisados são emitidos através de um sistema, o qual é contratado pelo promotor do evento. Assim, o consumidor dirige-se a um balcão de vendas para a aquisição da prestação do serviço de entretenimento, momento em que apenas imprime-se no anverso do ingresso, já contendo as cláusulas pré-definidas, o nome do evento, horários e atrações. Dentre essas cláusulas padrão, que estarão em todos os bilhetes de shows, espetáculos, apresentações, ofertadas por aquele promotor, consta uma que diz que ao ingressar no local da realização do evento você concorda com o uso de sua imagem, por tempo indeterminado, na transmissão, retransmissão e na divulgação comercial do evento, em quaisquer veículos de comunicação, tais como, mas não limitados a mídia impressa, eletrônica, digital, radiodifusão, internet, redes sociais, etc. (figura 6):

INFORMAÇÃO IMPORTANTE: [...] 9) Ao ingressar no local de realização do evento você concorda com o uso da sua imagem, por tempo indeterminado, na transmissão, retransmissão e na divulgação comercial do evento, em quaisquer veículos de comunicação, tais como, mas não limitados a mídia impressa, eletrônica, digital, radiodifusão, internet, redes sociais, etc.

Nessa esteira, a mesma prática foi verificada nos ingressos adquiridos por meios eletrônicos, em que a compra ocorre pela internet, e o contratante tem acesso ao ingresso para impressão através do próprio site ou pelo seu e-mail. O ticket é emitido através de um sistema de determinada empresa, por força de um contrato de prestação de serviços celebrado com o

---

<sup>278</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Interpretação dos Contratos de Consumo. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 145-156, ago. 1998, p. 151.

promotor/produtor do concerto/evento, no qual consta a cessão gratuita dos direitos de imagem, nome e voz dos consumidores que simplesmente estejam no evento (figura 11):

Termos de uso [...] 6. O evento poderá ser filmado, gravado e fotografado para posterior publicação, transmissão, retransmissão, reprodução e/ou divulgação em televisão, cinema, rádio, internet, publicidade em geral e qualquer outro veículo de comunicação, produção de CD e DVD e homevideo. Ao participar do evento você concorda e autoriza a utilização gratuita de sua imagem, seu nome e sua voz, nos termos ora mencionados, no Brasil e no exterior, sem limite de vezes e tempo, sem que isso caracteriza o uso indevido da imagem ou qualquer outro direito e sem que dessa utilização ocorra qualquer ônus e/ou indenização. Seu comparecimento ao evento implica aceitação incondicional dos termos acima. 7. Ao adquirir o ingresso o cliente declara conhecer e concordar com todas as informações acima.

Ou seja, nesse caso dos ingressos de eventos, também se vê a notória abusividade da pessoa ter que ceder o uso de seus direitos da personalidade ao simplesmente adquirir um serviço de entretenimento, o que se agrava quando consta que esse uso pelo fornecedor será por tempo indefinido e divulgado em diversos canais, enquanto que a autorização para utilização desses direitos deve ser bem delineada, com estipulação de prazo e meios de exposição permitidos, por exemplo.

Somado a isso, nota-se que a cláusula, no primeiro instrumento apresentado (figura 6), além de não ser destacada, mostra-se com letras diminutas, com cor inadequada, que praticamente impossibilitam a leitura e conhecimento do consumidor.

E, no segundo caso (figura 11), observa-se que o fornecedor frisa que a aceitação de todos os termos daquela contratação, incluindo a cessão de direitos da personalidade, se dá pelo simples comparecimento ao evento. Ora, adquirir e fruir de um serviço de entretenimento não implica em disposição de direitos tão caros ao indivíduo, que são disponíveis apenas relativamente, o que demanda uma série de especificidades. Ademais, nas cláusulas destacadas há uma série de irregularidades, como: a não delimitação dos meios de divulgação e do tempo para o uso dos direitos à imagem, voz e nome dos consumidores, vez que se fala que o uso permitido seria no Brasil e no exterior, em qualquer veículo de comunicação, sem limite de vezes e tempo; a gratuidade incondicionada; e a impossibilidade de indenização pela utilização desses direitos.

Hoje se considera que uma série de relações massificadas, direta ou indiretamente ligadas ao consumo, como os sorteios, brindes e prêmios, mesmo que supostamente gratuitas, são

remuneradas indiretamente na sociedade de consumo e incluem-se no artigo 3º, §2º, do CDC, como relações de consumo. Essas situações são reguladas em seus aspectos básicos pelas normas e princípios do CDC, especialmente no que tange à boa-fé, lealdade e cuidado entre fornecedores e consumidores no mercado de consumo<sup>279</sup>.

Embora se entenda que nesses casos é possível a estipulação da cessão do direito à imagem, voz ou nome daqueles consumidores que aceitam participar dos sorteios e promoções, com base na análise da função do contrato, na prática há uma série de violações aos direitos dos cidadãos, de maneira que essas cláusulas da forma como são postas não podem ser reputadas eficazes.

Um meio comum de violação de direitos da personalidade no mercado de consumo soteropolitano, consiste nos sorteios realizados por shopping centers em épocas festivas (natal, dia das mães, dia dos namorados etc.) ou em períodos de liquidação, em que existe uma remuneração indireta daqueles que aceitam participar de alguma chamada “promoção”. O indivíduo reúne determinado valor de gastos efetuados em lojas daquele shopping, comprovando-os por meio das notas fiscais respectivas, e cadastra-se para participar daquele sorteio, de modo que adere às suas regras. Dentre essas, nos regulamentos analisados, consta autorização para que seja utilizada a imagem, nome e voz dos contemplados para fins de divulgação, em qualquer meio, pelo período de um ano a contar da apuração (figuras 7 e 8):

XVI-DIVULGAÇÃO DA IMAGEM DO CONTEMPLADO: 1. Caso seja de interesse da Requerente/Mandatária e/ou das Aderentes utilizar a imagem dos contemplados para fins de divulgação da presente campanha, poderá fazê-lo, pelo período de 12 doze meses, sob fiel obediência aos comandos contidos no inciso XXV do Anexo III da Portaria MF nº 41, de 2008. 2. Os ganhadores autorizam, desde já, como consequência da conquista dos prêmios, a utilização de seus nomes, imagens e sons de sua voz, em qualquer um dos meios escolhidos pela Requerente Mandatária e/ou das Aderentes, para divulgação desta campanha, pelo período de 1 (um) ano contado da data da respectiva apuração e assim como os demais participantes autorizam, também, a utilização de seus dados, como endereço físico, eletrônico, telefônico e demais dados constantes no cupom/cadastro, desde que não fira o Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de formação e/ou atualização de cadastro da Requerente/Mandatária e/ou Aderentes, reforço de mídia publicitária e divulgação do evento em referência, sem nenhum ônus para estas, sendo certo, porém, o comprometimento da não comercialização ou cessão de dados a terceiros, ainda que a título gratuito.

---

<sup>279</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 757.

[...]7.6 Os ganhadora autorizam, desde já, como consequência da conquista do prêmio, a utilização de seus nomes, imagens e sons de voz, em qualquer um dos meios escolhidos pela Promotora, para divulgação desta campanha, pelo período de 1 (um) ano contado da data da apuração e, assim como os demais participantes, autorizam, também, a utilização de seus dados, como endereço físico, eletrônico, telefone e demais dados constantes do cupom-cadastro, desde que não fira o Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de formação e/ou atualização de cadastro da Promotora, reforço de mídia publicitária e divulgação do evento em referência, sem nenhum ônus para esta, sendo certo, porém, o comprometimento da não comercialização e a não cessão, ainda que a título gratuito.

Uma contratação livre pressupõe uma parte que saiba diante de quais possibilidades de conduta ela se encontra. O contratante deve compreender que ele tem opções, de contratar ou se abster de contratar, e deve estar apto a compreender qual consequência advirá de seu ato, sopesando quais vantagens e desvantagens obterá<sup>280</sup>.

O consumidor não é informado acerca desta cláusula, até mesmo porque na publicidade desses sorteios não consta referência expressa ou, se constar, está em letras diminutas, de modo que passam despercebidas, o que constitui uma afronta aos ditames constitucionais e legais. Ademais, não existem contratos prévios de adesão, bastando o simples cadastro e a comprovação das compras realizadas naquele centro, para validar essa relação de consumo, que ocorre mediante remuneração indireta, de maneira que se agrava ainda mais a vulnerabilidade do consumidor, que na maioria das vezes não tem contato com as cláusulas que regem os citados sorteios.

Os participantes das promoções/sorteios não recebem nenhuma informação acerca dos termos daquela relação que é travada através do mero cadastro, muito embora a cessão temporária daqueles direitos da personalidade integrem a função da contratação, que é a divulgação do evento como um atrativo para a aquisição de produtos e serviços pelos consumidores.

Nas cláusulas analisadas, embora conste a limitação temporal devida, não há delimitação dos meios em que ocorrerá o uso dos direitos, o que fica a bel prazer do fornecedor de maneira abusiva, afrontando as normas civis sobre a cessão de direitos da personalidade. Ainda, em relação ao segundo instrumento apresentado, nem mesmo há o devido destaque a essa cláusula

---

<sup>280</sup> CORREIA, Atalá. O Dever de Informar nas Relações de Consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 13-31, jan./abril. 2011, p. 17.



que envolve a disposição de direitos, o que contraria totalmente as disposições constantes no CDC.

Pode haver disposição dos direitos de personalidade nos contratos de consumo em que a finalidade principal seja a promoção da marca do fornecedor ou de certo produto ou serviço. Assim, sorteios, concursos e similares, que visam direta e principalmente à divulgação de interesse do fornecedor, em que o consumidor busca não um serviço ou produto em si, mas a *alea* de ganhar o prêmio, são relações em que tendem a ser válidas as cláusulas de disposição de direitos de personalidade, desde que o adquirente seja devidamente informado, a autorização seja por escrito, específica quanto à finalidade e meios, bem como limitada no tempo, o que não se viu na prática.

## 5.5 IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JUDICIAL

A noção de controle está associada ao juízo de conformidade entre o objeto analisado e uma regra, critério ou princípio já estabelecido. Controle significa a possibilidade de exame e verificação da juridicidade do ato, podendo inclusive ensejar a sua invalidação<sup>281</sup>.

A ampla e irrestrita liberdade fora transposta para um cenário onde o poder público, através do princípio da intervenção estatal, teve que fiscalizá-la a fim de coibir os excessos e abusos<sup>282</sup>. Essa ingerência exógena no conteúdo das avenças não constitui intromissão indevida do Estado, mas contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de determinado grupo social<sup>283</sup>.

Diante da proliferação das cláusulas abusivas, foram adotadas medidas legislativas que contemplam o controle judicial das disposições contratuais que causam desequilíbrio e ofensa aos direitos de apenas uma das partes, principalmente quando se tratam das contratações estandardizadas, marcadas pela predisposição unilateral dos termos do contrato de consumo.

A jurisdição integra e aplica o direito material, solucionando os conflitos e fazendo prevalecer a legalidade, a qual define o conteúdo das cláusulas contratuais na sociedade de

---

<sup>281</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Contratos de Massa e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 07-30, ago. 1998, p. 11.

<sup>282</sup> PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

<sup>283</sup> BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.79, n. 653, p. 54-68, mar. 1990, p. 54.

consumo. Desse modo, todos os consumidores podem contar com a tranquilidade de que não prevalecerá a vontade imperiosa do fornecedor, que se encontra em situação de vantagem<sup>284</sup>.

Incumbe ao Estado estar a serviço da coletividade e assumir um papel facilitador da atuação privada, para viabilizar e compatibilizar as atividades individuais com a força deontológica de outros princípios positivados na ordem jurídica<sup>285</sup>, como a igualdade, justiça contratual, boa-fé e função social.

A defesa do consumidor dirige-se ao Estado-juiz, o qual não investigará a intenção comum nos contratos de adesão, mas aplicará a legislação de forma cogente<sup>286</sup>, com suas regras e princípios. Tornar funcional o contrato, na diretriz da socialidade, abre um espaço privilegiado para o juiz examinar a contratação em várias dimensões e em uma extensão alargada<sup>287</sup>.

Esse controle judicial pode ser efetuado mediante provocação do interessado, restringindo-se aos limites da relação concreta deduzida em Juízo, ou mediante provocação de qualquer interessado, associações de consumidores e o próprio MP, o que atingirá cláusulas com o mesmo teor empregadas pela empresa predisponente nos contratos de consumo<sup>288</sup>.

Ainda, como o CDC regulou de modo próprio a nulidade das cláusulas contratuais abusivas, a qual expressou ser de pleno direito, o próprio magistrado pode de ofício proferir uma decisão invalidando a cláusula. Assim, nota-se que o legislador se preocupou em ampliar a proteção do consumidor, podendo o Poder Judiciário conhecer essa questão mesmo sem ser invocado para tanto, aplicando os princípios norteadores do sistema de proteção à relação de consumo.

Não há uma quebra da imparcialidade que comprometa a prestação jurisdicional, pois o que se busca é uma tutela efetiva ante aos fatos concretos, que trazem prejuízos ao consumidor e/ou o desequilíbrio da relação contratual de consumo<sup>289</sup>.

Cabe ao juiz a atribuição de averiguação do déficit, reconhecendo-lhe, tanto que constatado o vício, o poder de desfazer, tutelando-se os interesses dos contratantes

---

<sup>284</sup> NEGRÃO, Ricardo. Ação Civil Pública e a Impugnação de Cláusulas Contratuais Abusivas. *FMU Direito*, v. 18, n. 26, p. 67-112, jan. 2004, p. 94.

<sup>285</sup> JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 75.

<sup>286</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Interpretação dos Contratos de Consumo. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 145/156, ago. 1998, p. 153.

<sup>287</sup> JUSEFOVICZ, op. cit., p. 334.

<sup>288</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Contratos de Massa e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 07-30, ago. 1998, p. 18.

<sup>289</sup> NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002, p. 98.

preventivamente ou repressivamente<sup>290</sup>. Como não há tempo fixado para o exercício da pretensão de pleitear a nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, tem-se que a ação é imprescritível.

Entretanto, como o novo Código de Processo Civil em seu artigo 10 diz que o juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, deve o juiz oferecer oportunidade às partes para se manifestarem a respeito.

Os direitos da personalidade que são objeto das cláusulas em comento neste trabalho podem ser tutelados preventivamente, antes da ocorrência efetiva do atentado ao direito ou através da reparação do dano, após a prática efetiva da violação ao direito<sup>291</sup>. É possível afastar a ameaça ao direito, constante na simples existência da cláusula contratual de cessão, ou findar a violação quando já tiver ocorrido o uso indevido do direito, com a consequente indenização.

Através da inserção contratual de cláusulas abusivas, pode haver violação que atinja a esfera individual do consumidor, ofensa a um grupo específico de consumidores ou um conjunto de indivíduos indeterminados. Assim, a defesa judicial dos interesses e direitos envolvidos poderá se dar individualmente ou a título coletivo, conforme o artigo 81 do CDC.

Urge a necessidade de soluções efetivas, rápidas e de massa, o que traz a adequação ao processo coletivo, que encontra na interação entre CF, CDC e Lei da Ação Civil Pública o reconhecimento de um meio que viabiliza a prolação de uma decisão judicial para declarar a nulidade de uma cláusula contratual, atingindo a todos aqueles que eventualmente estariam sujeitos ao cumprimento dela<sup>292</sup>.

Ainda que na essência um contrato possua duas partes vinculadas entre si por um feixe de obrigações e direitos decorrentes da vontade, a realidade atual reclama a existência de contratos-padrão, cuja origem decorre de uma adesão de uma das partes, de forma integral e sem ressalvas, à vontade da outra parte<sup>293</sup>, abarcando diversos consumidores na mesma situação.

---

<sup>290</sup> DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Controle Judicial das Cláusulas Abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 31-36, ago. 1998, p. 32.

<sup>291</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 61.

<sup>292</sup> NEGRÃO, Ricardo. Ação Civil Pública e a Impugnação de Cláusulas Contratuais Abusivas. *FMU Direito*, v. 18, n. 26, p. 67-112, jan. 2004, p. 69.

<sup>293</sup> *Ibid.*, loc. cit.

O §4º, do artigo 51 do CDC prevê que 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.

Diante disso, importa destacar a relevante função do *Parquet*, o qual pode atuar extrajudicialmente, instaurando Inquérito Civil (IC), procedimento administrativo e preparatório, por exemplo quando eventualmente notificado por interessados da existência de contrato que infrinja o disposto no CDC, para verificar a existência das cláusulas abusivas introduzidas pelo fornecedor no mercado; ou judicialmente, especialmente através da ação civil pública.

Não há necessidade de que o órgão ministerial seja provocado para que possa agir de forma efetiva na realização do controle, todavia a maioria das notícias acerca de contratos abusivos chegam até ele por meio de reclamações dos consumidores ou até mesmo por denúncia levada à delegacia, se for o caso da configuração de um ilícito criminal<sup>294</sup>.

No Inquérito Civil, poderá o MP firmar compromisso de ajustamento (TAC), ou seja, um acordo com força de título executivo firmado com o fornecedor autor do contrato coletivo, exercendo um importante papel conciliador. Assim, o objeto desse procedimento poderá configurar um controle prévio e abstrato de cláusulas gerais, que poderão ser alvos de uma ação coletiva a ser proposta<sup>295</sup>, para defesa de interesses e direitos coletivos ou mesmo individuais homogêneos.

Nas hipóteses em que a cláusula abusiva consta de contratos de adesão, nos quais os termos são estabelecidos unilateralmente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar seu conteúdo, são acarretados reflexos jurídicos com caráter de generalidade, e isso porque o contrato é sempre o mesmo a ser apresentado aos contratantes. Desse modo, será cabível o instrumento da ação civil pública para impugnação. Sendo julgada procedente, a decisão produzirá efeitos, invalidando a cláusula abusiva em relação a todas as pessoas<sup>296</sup>.

Hoje, na medida em que uma determinada modalidade de contrato é celebrada inúmeras vezes por alguns fornecedores com milhares de consumidores, um mesmo dispositivo abusivo pode estar vinculando e regendo variadas relações jurídicas de forma repetitiva.

---

<sup>294</sup> NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002, p. 70.

<sup>295</sup> NEGRÃO, op. cit., p. 93.

<sup>296</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 121-131, ago. 1998, p. 129.

Quando se elabora um contrato de adesão não se faz apenas para um único consumidor, mas para todo e qualquer interessado no bem objeto daquele instrumento, de modo que aquela prática do fornecedor atinge uma multiplicidade de sujeitos<sup>297</sup>. Por isso, a cláusula quando inválida passará a não vincular mais qualquer um que possa contratar nos termos previstos naquele modelo geral, bem como aqueles que já contrataram aderindo às condições abusivas.

O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: nulidade de cláusula contratual abusiva, indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula e sofreram seus efeitos, e obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula<sup>298</sup>.

Por seu turno, as associações de defesa do consumidor, entidades e órgãos da Administração Pública destinados à defesa dos consumidores também tem a legitimidade ativa para propositura das ações coletivas em favor dos consumidores.

O sistema consumerista visa a correção dos defeitos por meio da intervenção judicial equilibrada, a qual irá expurgar o vício e ajustar o contrato aos princípios e regras conformadores do sistema, atentando para o princípio da conservação dos contratos<sup>299</sup>.

Essa nulidade não invalida todo o contrato, a menos que sua ausência cause ônus excessivo a qualquer das partes, e a decisão extinguirá os efeitos decorrentes da relação jurídica de consumo no que concerne à cláusula considerada abusiva, produzindo efeitos *ex tunc*.

Ainda, vale destacar o artigo 83 do CDC, que dispõe que para a defesa dos direitos e interesses protegidos no código consumerista são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar uma adequada e efetiva tutela. Extrai-se daí que o controle judicial das cláusulas abusivas não se resume aos casos concretos quando firmados os contratos, podendo ser também feito de forma geral, antes mesmo da respectiva celebração<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A proteção do consumidor e as “crises contratuais”: em busca da imprescindível efetividade das normas contidas na Lei n. 8.078/90. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; TEIXEIRA, Rafael Carneiro D’Ávila; DE SOUZA, Bruno Moitinho Andrade (Org.). *Crises Contratuais do Consumo*. Salvador: Ed. Paginae, 2016, p. 21.

<sup>298</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 105215/DF (1996/0053455-1). Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DF, 18 de agosto de 1997. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/527824/recurso-especial-resp-105215-df-1996-0053455-1>>. Acesso em 18 set. 2017.

<sup>299</sup> MARIMPIETRI, Flavia. O Sistema de Nulidades das Cláusulas Abusivas no CDC e a Revisão dos Contratos. *Revista do CEPEJ*, Salvador, n. 8, p. 29-40, jul./dez. 2007, p. 37.

<sup>300</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 157-166, ago. 1998, p. 159.

No caso das cláusulas abusivas de cessão dos direitos da personalidade nos contratos de consumo, abordadas nessa dissertação, o controle deve ocorrer antes ou após a contratação, em busca da retirada desses termos, por meio da declaração judicial da sua nulidade absoluta, em todos os formulários de adesão que as contemplem. Buscando a proteção do consumidor, o objetivo será manter o contrato de fornecimento do bem de consumo, que não possui relação com esses direitos de disponibilidade restrita, com exceção de situações atípicas já abordadas como válidas no presente trabalho.

Não se pode exigir que essa cláusula contratual esteja sendo realmente usada em algum caso concreto e esteja causando dano específico a consumidor ou grupo de consumidores, pois pelo caráter coletivo dos contratos de massa por adesão o correto é viabilizar um controle geral e abstrato da legalidade dos seus termos. Cabe aos legitimados pela lei, verificando a cláusula abusiva, o exercício do direito de ação para buscar do Estado-juiz o reconhecimento da nulidade e a liberação de todos que já contrataram e vierem a contratar dos efeitos dessa disposição<sup>301</sup> e, por sua vez, cabe ao magistrado, sem qualquer provocação, declará-la nula de pleno direito quando dela tiver conhecimento.

Todas as relações de consumo são reguladas e sofrem intervenção estatal, para que se cumpram os postulados constitucionais máximos<sup>302</sup>. Diante disso, as cláusulas abordadas no presente estudo são contratadas na manifestação da vontade individual somada à vontade legal, não mais apenas na vontade manifestada livremente<sup>303</sup>.

Deve existir um controle formal dos contratos de consumo, incluindo a proteção da manifestação da vontade livre e refletida, bem como um controle do conteúdo dos contratos, da equidade de suas cláusulas de prestações e contraprestações, dos direitos e deveres deles resultantes, controle que precisa ser exercido pelo Poder Judiciário, com a ajuda do Ministério Público, das entidades de proteção ao consumidor<sup>304</sup> e dos órgãos administrativos em geral (Administração Pública).

O juiz examinará inicialmente a manifestação de vontade do consumidor, verificando se foi respeitado o seu direito de informação sobre o conteúdo das obrigações que está assumindo (artigos 46 a 54 do CDC). Além disso, garantirá uma interpretação favorável ao consumidor.

---

<sup>301</sup> NEGRÃO, Ricardo. Ação Civil Pública e a Impugnação de Cláusulas Contratuais Abusivas. *FMU Direito*, v. 18, n. 26, p. 67-112, jan. 2004, p. 96.

<sup>302</sup> NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002, p. 52.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>304</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 902.

Posteriormente, analisará o conteúdo do contrato, coibindo especialmente as cláusulas abusivas, sob pena de nulidade absoluta (artigos 51 a 53 do CDC)<sup>305</sup>.

O objetivo é que essas pretensas disposições não surtam nenhum efeito jurídico, a nulidade do formulário-padrão do contrato de adesão busca resguardar os que já contrataram e os que irão contratar no futuro, fazendo com que essas cláusulas nos contratos deixem de vincular as partes contratantes<sup>306</sup>.

O consumidor deve poder optar pela via judicial, mas sem olvidar da via administrativa, vez que é lícito que órgãos extrajudiciais façam a proteção tão logo tenham conhecimento do fato contrário ao sistema de proteção<sup>307</sup>.

Mister destacar que o Decreto n. 2.181 de 20/03/1997, que regulamentou o CDC e dispôs sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), em seu artigo 22, permite a elaboração de uma consolidação administrativa das cláusulas a serem consideradas pelo PROCON como abusivas, prevendo a aplicação de multa ao fornecedor<sup>308</sup>. A jurisprudência prestigia o poder dos PROCONs autorizando-o a aplicar sanções, realizar controle de legalidade e interpretação de cláusulas contratuais, o que não se confunde com a função jurisdicional, mesmo porque "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da CF)<sup>309</sup>.

A atribuição de fiscalização e legitimidade às entidades representativas incrementam as medidas de proteção e a eficiência das soluções tomadas<sup>310</sup>. O art. 4º do CDC (norma principiológica que anuncia as diretivas, as bases e as proposições do referido diploma) legitima, por seu inciso II, alínea "c", a presença plural do Estado no mercado, tanto por meios de órgãos da administração pública voltados à defesa do consumidor (tais como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, os PROCONs estaduais e municipais), quanto por meio de órgãos clássicos (Defensorias Públicas do Estado e da União, Ministério Público Estadual e Federal, delegacias de polícia especializada, agências e autarquias fiscalizadoras, entre outros).

---

<sup>305</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1284-1285.

<sup>306</sup> NEGRÃO, Ricardo. Ação Civil Pública e a Impugnação de Cláusulas Contratuais Abusivas. *FMU Direito*, v. 18, n. 26, p. 67-112, jan. 2004, p.110.

<sup>307</sup> NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002, p. 66.

<sup>308</sup> MARQUES, op. cit., p.1283.

<sup>309</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 1279622/MG. Relator: Ministro Humberto Martins. DF, 17 de agosto de 2015. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/276529058/RESP-1279622>>. Acesso em: 18 set. 2017.

<sup>310</sup> NAHAS, op. cit., p. 70.

O Código de Defesa do Consumidor é zeloso quanto à preservação do equilíbrio, da equidade e da justiça contratuais, os quais não coexistem ante a existência de cláusulas abusivas. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num conceito aberto que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra a paridade entre os sujeitos no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor.

Na contemporaneidade, a partir do desequilíbrio dos poderes econômicos, dada a relevância do bem comum em relação aos interesses individuais, há um condicionamento crescente dos contratantes, para transformar o contrato em instrumento de caráter social<sup>311</sup>. O negócio jurídico, como fato social, constitui instrumento de distribuição de riqueza, conforme enuncia Fernando de Noronha, o que significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia da vontade, mas no princípio da boa-fé<sup>312</sup>.

Se o Direito permite que os predisponentes realizem sozinhos a definição do conteúdo dos contratos padronizados e de adesão, esse conteúdo deve permanecer sempre exposto à críticas em relação aos princípios e regras do sistema jurídico.

No entanto, na prática observa-se a falta de concretude das normas, exigindo-se dos instrumentos que integram a Política Nacional das Relações de Consumo uma atuação coesa e firme. Urge uma fiscalização constante de tais espécies contratuais por tratarem de objetos de inegável relevância para os seres humanos, que não podem ficar à mercê de interesses vexatórios e mesquinhos dos fornecedores.

A proteção contratual dos consumidores deve ser perseguida pelos órgãos públicos incumbidos de sua defesa, Ministério Público, Defensoria Pública, associações e fundações voltadas para a causa e pelo Poder Judiciário<sup>313</sup>, este último que exerce um controle essencial, vez que responsável por reconhecer a nulidade das cláusulas abusivas de cessão de direitos da personalidade nos contratos de consumo, que foram atacadas neste trabalho, retirando-lhes os efeitos jurídicos, que causam danos ao contratante enquanto consumidor e pessoa humana digna, violando as normas do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da própria Constituição Federal.

---

<sup>311</sup> JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 80.

<sup>312</sup> NORONHA, Fernando. *O direito do contrato e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.78.

<sup>313</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. A proteção do consumidor e as “crises contratuais”: em busca da imprescindível efetividade das normas contidas na Lei n. 8.078/90. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; TEIXEIRA, Rafael Carneiro D’Ávila; DE SOUZA, Bruno Moitinho Andrade (Org.). *Crises Contratuais do Consumo*. Salvador: Ed. Paginae, 2016, p. 169-170.



## 6 CONCLUSÃO

Na sociedade contemporânea, a difusão dos contratos de consumo por adesão através de instrumentos standardizados é fundamental, na medida em que permite transações rápidas e em larga escala, embora torne homogêneas as estratégias de condução dos negócios pelos fornecedores, privando uma das partes de influenciar na determinação do conteúdo contratual.

No entanto, a liberdade contratual sem limites permite sufocar a autonomia privada dos mais fracos. Sem que o Estado exerça influência em relação ao conteúdo da contratação não há justiça substancial. Diante disso, o próprio ordenamento jurídico, principalmente em dispositivos encontrados no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, age como balizador do exercício da liberdade contratual e, com vistas a amenizar a disparidade fática dos contratantes, coíbe abusos nas relações negociais privadas.

A criação de um novo paradigma contratual ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, que instaurou uma nova ordem jurídica, social e econômica. O contrato com conotação abstrata cedeu lugar para um modelo de conteúdo heterogêneo e plural.

O centro gravitacional do contrato passou a ser a boa-fé e a busca pela equidade, conforme resta patente nos artigos 421 e 422 do Código Civil. No primeiro dispositivo o legislador previu que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, enquanto no segundo restou expresso que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Antes mesmo das disposições civis referidas, o CDC já tinha positivado o princípio da boa-fé objetiva como linha de interpretação no inciso III, do artigo 4º, e como cláusula geral no inciso IV do artigo 51, além de prever diversos deveres anexos como a informação e o esclarecimento (artigos 30,31,46), cooperação (artigo 51, §2º), lealdade, transparência, dentre outros.

No Estado Democrático de Direito, em que a proteção jurídica visa o respeito aos direitos fundamentais, há uma interdisciplinaridade evidente na tutela do consumidor, contratante vulnerável em sua própria definição jurídica. Defende-se o uso da teoria do “Diálogo das Fontes”, que afirma a necessidade de aplicação coerente e simultânea das leis coexistentes. Assim, prestigia-se a ideia de sistema no ordenamento jurídico, permitindo-se que outras normas alheias ao microsistema consumerista sejam incorporadas na tutela especial do consumidor.

Considerados os benefícios e a imprescindibilidade da utilização das técnicas contratuais de produção em massa, os princípios contratuais clássicos, como a autonomia vontade, a força vinculante (*pacta sunt servanda*) e a relatividade das convenções devem ser interpretados sob nova ótica, delineada por valores constitucionais como a solidariedade social e a proteção da dignidade da pessoa humana, bem como conviver com os princípios da confiança, transparência, função social do contrato, boa-fé objetiva e equilíbrio econômico, com seus respectivos desdobramentos, como o direito à informação, a interpretação mais favorável ao consumidor e a proibição de cláusulas abusivas, para que a situação de desigualdade seja minimizada e o consumidor seja protegido.

A caracterização de uma cláusula como abusiva pelo CDC não exige que a mesma tenha sido incluída no contrato por má-fé ou dolo, vez que independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor.

Outrossim, não há um elenco exaustivo de todas as cláusulas que podem ser abusivas, apenas foram traçados princípios e valores norteadores para a análise do caso concreto, como o disposto no artigo 51, IV, que considera nulas as cláusulas abusivas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, e no artigo 51, XV, que considera nulas as cláusulas contratuais que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

As cláusulas de cessão de direitos da personalidade entendidas como abusivas no presente trabalho podem configurar verdadeiras cláusulas-surpresa, vez que o consumidor contrata um serviço qualquer, como o de ensino, que não apresenta uma relação direta com direitos ligados à sua representação física ou psíquica, de modo que assina um contrato extenso sem percebê-las, não fazendo o fornecedor o seu papel de bem informar o consumidor de suas obrigações e direitos, de modo a serem contrárias à boa-fé (artigo 51, IV, CDC).

Essas cláusulas de cessão dos direitos da personalidade se enquadram no inciso IV, do artigo 51, também por afrontar a boa-fé e o equilíbrio contratual, impondo uma obrigação que somente poderia ser objeto de uma disposição específica e limitada, não no bojo de um contrato de consumo qualquer.

Da mesma forma, as cláusulas apontadas são abusivas por estarem em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (inciso XV, artigo 51, do CDC), o qual veda qualquer espécie de contratação que contrarie os dispositivos integradores das normas consumeristas.

Mesmo que as partes estabeleçam normas contrárias àquelas do CDC que regulamentam as relações de consumo, certo é que não gozarão de nenhuma validade em face do consumidor prejudicado, em razão da sua posição enfraquecida perante o fornecedor, ainda mais quando essas normas contrariam o quanto disposto na CF e em outros diplomas normativos como o CC.

O caráter de direito da personalidade não proíbe o seu titular de fazer uso de projeções desses direitos com fins econômicos, como os de ceder uso temporário da imagem, voz ou do nome. No entanto, o exercício por parte de terceiro, além de ter de observar os limites da autonomia e a *ratio* dos direitos da personalidade, não pode ultrapassar os limites da autorização feita pelo titular desses direitos, sob pena de configurar violação desses. Ainda, a interpretação dessa declaração de vontade deve ser feita de forma restritiva.

O negócio jurídico que os tem por objeto deve ser o mais específico e detalhado possível, destacando como o direito será empregado, qual a finalidade do uso negociado, durante quanto tempo o uso é permitido, que lugares a permissão alcança. Ademais, o consentimento do titular do direito da personalidade é fundamental nessas negociações, não bastando apenas a adesão a um conjunto de termos constantes em um contrato que tenha por objeto a aquisição de um serviço ou produto que não mantenham ligação com o direito em si.

Vale frisar que nos contratos de consumo em que há disposição de direitos de personalidade há uma vulnerabilidade exacerbada, ou uma hipervulnerabilidade daquele que contrata. É que, além da vulnerabilidade do consumidor em si, as pessoas podem ser consideradas vulneráveis pelo fato de serem autoras de um ato de disposição dos direitos de personalidade, pois atuam na direção do risco de ter sua dignidade lesada, enquanto o fornecedor se move por interesse meramente patrimonial.

Aquele que adere aos contratos de consumo entra em um círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. A não ser que não estude, não viaje, que não faça um seguro, que não gaste água ou eletricidade, que não use de transporte comum, lhe é impossível deixar de contratar.

O direito, enquanto conjunto de normas de organização da sociedade, tem como função, quanto aos direitos da personalidade, evitar a interferência indevida de um indivíduo na esfera jurídica de outro. No entanto, observa-se o fenômeno da contratação em massa, em que cláusulas de cessão dos direitos à imagem, à voz e ao nome são inseridas nos contratos de

adesão escritos, ou mesmo são impostas com o simples ato de aquisição de algum bem de consumo, embora sejam de disponibilidade relativa.

Pode-se perguntar por que os consumidores aceitam aderir a contratos em que constam essas cláusulas, que nesse trabalho são classificadas como abusivas e nulas na grande maioria das hipóteses em que estão sendo postas na sociedade. Em primeiro lugar, o contratante pode não saber da existência dessa cláusula no contrato que está assinando ou no bilhete que está adquirindo, através do qual usufruirá de algum serviço. Isso se dá por ser longo demais o contrato ou por conter letras muito diminutas, diante da ausência do necessário destaque ou por falta de transparência nas negociações em que se omitem informações relevantes.

Outra situação é aquela em que o consumidor sabe da existência daquela cláusula que viola os seus direitos mais íntimos, mas aquele fornecedor detém o monopólio daquela atividade, restando de certa forma obrigado a concordar com as imposições que lhes são feitas, sob pena de não obter aquele bem de consumo. No caso de não existir essa dominação do mercado por aquele fornecedor, a adesão do consumidor pode ocorrer pelo fato dessas cláusulas serem comuns a todas as contratações ofertadas naquele ramo, de modo que, se quiser adquirir o produto ou serviço ofertado, o contratante terá que aceitá-las.

Nesse caso, o verdadeiro problema não está na falta de informações suficientes sobre o teor das cláusulas abusivas, mas no fato de que o aderente, mesmo conhecendo o seu conteúdo, não tem outra alternativa senão aceitá-las, de modo que a eficaz proteção do consumidor somente pode ser feita pelo controle do conteúdo dos termos gerais daquele contrato.

Hipótese diversa, mas também abarcada como abusiva, é aquela em que o consumidor nota a existência daquela cláusula inserida no corpo de um contrato de escola próxima à sua residência na qual deseja matricular seu filho, por exemplo, porém não lhe é conferida a possibilidade de excluí-la. Não é porque existe oferta de outras escolas que podem não impor essa cessão de direitos da personalidade nos contratos de adesão, que a cláusula torna-se válida. Ao contratante deve ser garantido o acesso ao mercado de consumo de bens e serviços, sem discriminação, permitindo a sua livre escolha, de acordo com a sua comodidade e preferência.

O mesmo é visto quando o consumidor acaba aderindo ao contrato que tem essa cláusula em seu bojo pela sua catividade no contexto e no tempo, pois quanto mais tempo passa e quanto maior o número de relações conexas com o mesmo grupo fornecedor, mais presa e submissa está a pessoa contratante. É o caso do sujeito que mantém seu filho matriculado durante todo o

ensino infantil, fundamental e médio em uma escola, com a contratação de esportes e outros cursos na mesma instituição.

Defende-se que nos contratos consumeristas cujo objeto principal não seja a autorização para uso do direito de imagem, voz ou nome do consumidor devem ser consideradas abusivas e nulas as cláusulas que disponham autorização tácita ou genérica para uso dos direitos de personalidade do aderente quando isso não integra a finalidade principal do negócio e não esteja em um instrumento apartado, desde que esse não seja condição para acesso ao contrato de consumo.

No contexto das relações de consumo, os usos possíveis dos direitos da personalidade considerados relativamente disponíveis são aqueles restritos, já admitidos pela legislação (artigos 17 e 20 do CC), pela jurisprudência e pela doutrina, independentemente da existência de contratações. Para que as possibilidades de uso dos direitos de personalidade do consumidor, pessoa natural, sejam ampliadas, é necessária autorização escrita, específica e limitada, em termo próprio.

Não basta o simples cumprimento da regra do artigo 54, §4º, do CDC, a qual exige que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, para validar a autorização genérica de uso da imagem, voz e nome em contratos que não tenham por finalidade específica a disposição de direitos de personalidade. Condiciona-se o acesso ao consumo à prática de um ato que, em si, é considerado excepcional pela lei (art. 11 do Código Civil), de modo que essas cláusulas mesmo quando destacadas, através do uso de negrito ou sublinhamento por exemplo, permanecem sendo nulas.

Assim, na aquisição de um ingresso para um espetáculo público, a cláusula que atribui ao fornecedor direitos sobre a imagem, voz ou nome dos consumidores deve ser tida como nula (art. 11 do Código Civil e art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor). O mesmo deve ocorrer nos contratos de prestação de serviço com instituição educacional ou academia de ginástica que estipulam disposição de imagem e nome dos consumidores. Matricular-se numa escola ou faculdade, frequentar um curso, assistir a um espetáculo artístico ou esportivo não são atos que implicam, por si mesmos, disposição de direitos de personalidade.

Resta clara a abusividade das cláusulas objeto de análise do presente estudo, quando elencadas no interior dos contratos consumeristas. O fornecedor redige o contrato de adesão ou os termos que constarão em bilhetes ou tickets que são adquiridos pelo consumidor,

previamente autorizando a utilização do nome, da voz e/ou da imagem do contratante, sem que exista uma manifestação consciente ou informada nesse sentido. Isso porque, quando da celebração daquele pacto, busca-se a aquisição de bem de consumo, que não diz respeito àqueles direitos que estão sendo envolvidos no meio do contrato.

A sanção principal para essas cláusulas abusivas é a nulidade de pleno direito, o que significa negar qualquer efeito jurídico à disposição contratual (artigo 51 do CDC), e sua declaração pode ocorrer a pedido dos consumidores, das entidades que os representam, do Ministério Público, ou pelo juiz de ofício. Além disso, são cabíveis reparações pecuniárias por danos morais e materiais em favor do consumidor e, em uma interpretação extensiva, é possível afirmar que essas disposições envolvendo os direitos da personalidade de consumidores, que se apresentam no corpo do texto de contratos envolvendo função de educação, saúde, entretenimento, dentre outras, quando são omitidas ou não esclarecidas, podem consubstanciar o ilícito penal previsto no artigo 66 da Lei n. 8.078/90.

Em contrapartida, impende destacar que em certas situações as cláusulas de cessão dos direitos da personalidade nas contratações de consumo são válidas hipoteticamente. Exemplo são as cláusulas em concursos, promoções e sorteios, já que o intuito do contrato é promover a marca e captar novos clientes, a partir de eventos de publicidade, de modo que a cessão do uso da imagem está inserida nesse objeto, participando o consumidor apenas se tiver interesse e manifestar sua vontade, desde que sejam respeitadas todas as formalidades necessárias para tanto, principalmente a devida informação e as limitações referentes aos direitos da personalidade.

Segundo o artigo 46 do CDC, o consumidor deve ter prévio conhecimento sobre o conteúdo do contrato, de modo a ser respeitado o seu direito básico à adequada informação sobre os produtos e serviços em toda a sua extensão. As cláusulas devem ser comunicadas na íntegra, com informações precisas, para ciência da complexidade e totalidade do seu conteúdo.

Além do dever de informar as cláusulas de cessão de direitos da personalidade, que devem ter relação com a função do contrato, a redação deve ser precisa, clara e compreensível para ser exigível (artigo 46, CDC), e os formulários para adesão devem ser impressos em caracteres ostensivos e facilmente legíveis.

Por sua vez, sendo cláusulas restritivas de direitos do consumidor, deverão vir em destaque (artigo 54, §4º, CDC), o que pode ocorrer de várias formas: caracteres com cor diferente, tarja preta em volta, tipo de letra diversa.

Diante da natureza dos direitos objeto de cessão, os termos contratuais devem ser os mais específicos e detalhados possível, destacando como o direito será empregado, qual a finalidade do uso negociado, durante quanto tempo o uso é permitido (vez que deve ser temporário o uso cedido), que lugares a permissão alcança, além de deverem ser escritos e, preferencialmente, em contratos próprios.

Nesse ponto, o entendimento adotado é de que se a cláusula de cessão do uso do direito da imagem, voz e nome, estiver inserida no corpo de um contrato cuja função apresente relação com essa divulgação (como em casos de promoções e sorteios facultativos), com o prévio e efetivo conhecimento do consumidor, redação do contrato de forma clara, de fácil compreensão e destaque desse dispositivo, a situação é válida, desde que também sejam respeitados os limites existentes para qualquer disposição de direitos da personalidade. No entanto, se faltar um desses pressupostos, não será apta à produção de efeitos.

Outro cenário abarca os contratos de consumo que tem como objeto serviços diversos, como educação, saúde, entretenimento etc. Se a cláusula estiver inserida no corpo do contrato de adesão será nula, por ser imposta unilateralmente pelo fornecedor, não sendo possível a sua exclusão pelo consumidor, que tem restringido o seu acesso ao mercado e a bens essenciais, por estar condicionado à aceitação conjunta dessa cláusula, que não tem relação com a função contratual.

Para ser válida a cláusula de cessão do uso de direitos da personalidade nesses contratos deve existir um termo em apartado, além de informação e transparência por parte do fornecedor, que deve expor e esclarecer as condições dessa disposição. Outrossim, não pode ser condicionada a anuência em apartado à adesão do contrato em si, sob pena de nulidade.

O consumidor deve estar livre para assinar ou não aquela cessão, o que não influenciará na aquisição do bem de consumo, que geralmente é a prestação de serviços. Essa liberdade de se restringir a aceitar apenas os termos contratuais que são referentes ao serviço, sem a obrigação de coadunar com a cessão de seus direitos mais íntimos, é essencial para a validade da cláusula.

Para o levantamento empírico dessa violação de direitos da personalidades nos contratos de consumo, que são aqueles em maior quantidade hodiernamente, fora realizada pesquisa de campo no âmbito da cidade de Salvador, Estado da Bahia, angariando instrumentos frutos da autonomia privada, estando alguns anexos ao final do presente trabalho como uma amostra.

Na prática, observou-se ser comum a inclusão de cláusula de cessão de direito à imagem, ao nome e à voz em contratos consumeristas com objetos diversos, no meio de suas disposições, como se integrasse o conjunto de direitos e obrigações que resultariam daquela relação instituída entre o fornecedor e o adquirente do produto/serviço, o que é abusivo e nulo.

Até mesmo nos instrumentos concretos (em anexo) em que a cláusula mostra-se apartada, após os termos contratuais envolvendo o bem de consumo, ou quando a cláusula integra contrato consumerista com fim promocional e de publicidade (sorteios), não restam cumpridos todos os requisitos de validade para a cessão de direitos da personalidade, o que inclui a devida informação prévia e completa, delimitação precisa dos meios e temporariedade do uso desses direitos, dentre outros, de modo que são conseqüentemente nulos.

Estando no mais alto grau de juridicidade, o direito do consumidor, de essência fundamental, exige concretude e eficácia, o que também pode ser dito em relação aos direitos da personalidade, que tem íntima relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e disposições específicas previstas no Código Civil.

Por isso, a proibição de cláusulas abusivas nos contratos, em especial nos de consumo, e a conseqüente nulidade dessas disposições, é um instrumento de proteção daquele considerado mais fraco na relação, que se dá por meio do Poder Judiciário.

Esse controle judicial pode ser efetuado mediante provocação do consumidor contratante, associações de defesa do consumidor, entidades e órgãos da Administração Pública destinados à defesa dos consumidores, e pelo próprio Ministério Público, a título individual ou coletivo. Ainda, o próprio magistrado pode de ofício proferir uma decisão invalidando a cláusula.

Os direitos da personalidades que são objeto das cláusulas em comento neste trabalho podem ser tutelados preventivamente, antes da ocorrência efetiva do atentado ao direito ou através da reparação do dano, após a prática efetiva da violação ao direito.

Ainda, vale destacar o artigo 83 do CDC, que dispõe que para a defesa dos direitos e interesses protegidos no código consumerista são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar uma adequada e efetiva tutela. Extrai-se daí que o controle judicial das cláusulas abusivas não se resume aos casos concretos quando firmados os contratos, podendo ser também feito de forma geral, antes mesmo da respectiva celebração.

No caso das cláusulas abusivas de cessão dos direitos da personalidade nos contratos de consumo, abordadas nessa dissertação, o controle deve ocorrer antes ou após a contratação, em busca da retirada desses termos, por meio da declaração judicial da sua nulidade absoluta, em



todos os formulários de adesão que as contemplem. Buscando a proteção do consumidor, o objetivo será manter o contrato de fornecimento do bem de consumo, que não possui relação com esses direitos de disponibilidade restrita, com exceção de situações atípicas abordadas como válidas no presente trabalho.

Não se pode exigir que essa cláusula contratual esteja sendo realmente usada em algum caso concreto e esteja causando dano específico a consumidor ou grupo de consumidores, pois pelo caráter coletivo dos contratos de massa por adesão o correto é viabilizar um controle geral e abstrato da legalidade dos seus termos. Cabe aos legitimados pela lei, verificando a cláusula abusiva, o exercício do direito de ação para buscar do Estado-juiz o reconhecimento da nulidade e liberação de todos que já contrataram e vierem a contratar dos efeitos dessa disposição.

Deve existir um controle formal dos contratos de consumo, incluindo a proteção da manifestação da vontade livre e esclarecida, bem como um controle do conteúdo dos contratos, da equidade de suas cláusulas de prestações e contraprestações, dos direitos e deveres deles resultantes, controle que precisa ser exercido pelo Poder Judiciário, com a ajuda do Ministério Público, das entidades de proteção ao consumidor e dos órgãos administrativos em geral (Administração Pública).

Se o Direito permite que os predisponentes realizem sozinhos a definição do conteúdo dos contratos padronizados e de adesão, esse conteúdo deve permanecer sempre exposto a críticas em relação aos princípios e regras do sistema jurídico.

Na realidade, observa-se a falta de concretude das normas, exigindo-se dos instrumentos que integram a Política Nacional das Relações de Consumo uma atuação coesa e firme. Urge uma fiscalização constante de tais espécies contratuais por tratarem de objetos de inegável relevância para os seres humanos, que não podem ficar à mercê de interesses vexatórios e mesquinhos dos fornecedores.

A proteção contratual dos consumidores deve ser perseguida pelos órgãos públicos incumbidos de sua defesa, Ministério Público, Defensoria Pública, associações e fundações voltadas para a causa e pelo Poder Judiciário, este último que exerce um controle essencial, vez que responsável por pronunciar a nulidade das cláusulas abusivas de cessão de direitos da personalidade nos contratos de consumo, que foram atacadas neste trabalho, e que precisam ser repelidas para salvaguarda da incolumidade biopsíquica do consumidor e do direito de livre acesso ao mercado de consumo.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- ALVES, Alaôr Caffé; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. et al. *Direito, Sociedade e Economia. Leituras Marxistas*. São Paulo: Manole, 2005.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Contratos de Massa e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 07-30, ago. 1998.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 2.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARBER, Benjamin R. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2009.
- BARBOSA, Livia. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A sociedade de consumo*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, v. 1 e 2.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.79, n. 653, p. 54-68, mar. 1990.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *A Distinção. Crítica social do julgamento*. Tradução Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: EDUSP, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Poder Simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 mar. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm)>. Acesso em: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 105215/DF(1996/0053455-1). Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DF, 18 de agosto de 1997. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/527824/recurso-especial-resp-105215-df-1996-0053455-1>>. Acesso em 18 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 1279622/MG. Relator: Ministro Humberto Martins. DF, 17 de agosto de 2015. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/276529058/RESP-1279622>>. Acesso em: 18 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* nº 37, 17 de março de 1992. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* nº. 20110710169974. Relator: James Eduardo Oliveira. Brasília, DF, 17 de agosto 2015. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 157-166, ago. 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 121-131, ago. 1998.

CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a Hipermodernidade ou o Hipermoderno explicado às crianças*. Tradução Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra, Almedina, 1984.

CORREIA, Atalá. O Dever de Informar nas Relações de Consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 13-31, jan./abr. 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Controle Judicial das Cláusulas Abusivas. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 31-36, ago. 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da; TEIXEIRA, Rafael Carneiro D'Ávila; DE SOUZA, Bruno Moitinho Andrade (Org.). *Crises Contratuais do Consumo*. Salvador: Ed. Paginae, 2016.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade*. 2013. 501f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2013.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DE FRADA, Manuel Antonio Carneiro. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. Edipro, 2000.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n.85, p. 15-24, 2013.

FERRAZ, JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Granada: Editorial Comares S.L, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FROMM, Erich. *Ter ou ser*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos Privados da Personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. As Cláusulas Abusivas nos Contratos com Consumidores no Direito Brasileiro e Italiano. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 42-50, abr./jun. 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GOULART PEREIRA, Flávia. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 51, p. 105-131, nov./dez. 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 11. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 11. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUÉGUEN, Nicolas. *Psicologia do Consumidor: para compreender melhor de que maneira você é influenciado*. Tradução Gian Bruno Grosso. São Paulo: Editora Senac, 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

HERVADA, Javier. *O que é o direito: a moderna proposta do idealismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Editora Método, 2007.

JORNADA DE DIREITO CIVIL I: ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/Ijornada.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

JORNADA DE DIREITO CIVIL VI: ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

JORNADA DE DIREITO CIVIL IV: ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. Curitiba: Juruá, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Interpretação dos Contratos de Consumo. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 145-156, ago. 1998.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. São Paulo: RT, 2002, v. 1.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MAFFESOLI, Michel. *O Conhecimento Comum: introdução à Sociologia Compreensiva*. Tradução Aluizio R. Trinta. Porto Alegre: Sulina, 2010.

MARIMPIETRI, Flavia. O Sistema de Nulidades das Cláusulas Abusivas no CDC e a Revisão dos Contratos. *Revista do CEPEJ*, Salvador, n. 8, p. 29-40, jul./dez. 2007.

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

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; PEARSON, Gail; RAMOS, Fabiana (Coord.). *Consumer Protection: Current Challenges and Perspectives*. Porto Alegre: Orquestra, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 229-284, 2003.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v.7.

MONTEIRO, A Pinto. Comunicação e Defesa do Consumidor. *Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico de Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, de 25 a 27 de novembro de 1993. Coimbra: G. C – Gráfica de Coimbra Ltda, 1996.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: LTr, 2002.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. Ação Civil Pública e a Impugnação de Cláusulas Contratuais Abusivas. *FMU Direito*, v. 18, n. 26, p. 67-112, jan. 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

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

OLIVEIRA FILHO, João Glicério. *A hierarquização dos princípios da ordem econômica na constituição brasileira de 1988*. 2012. 122 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2012.

PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo: lei federal n. 8078/90 (CDC)*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. *O papel do direito privado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*. 2016. 323 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2016.

PELLEGRINO, Fabiana Andrea de Almeida Oliveira. *Tutela jurídica do superendividamento*. 2. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.



\_\_\_\_\_. *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 18, n. 71, p. 168-194, 2009.

REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RIFIKIN, J. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Makron Brooks, 2004.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

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

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Tradução Francisco Ayala. México: Ed. Nacional, 1927.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 9. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v.1.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula Geral de Boa-Fé nos Contratos de Consumo. *Opinio Jure*, Canoas, n. 3, p. 23-35, jan./jun. 1995.

\_\_\_\_\_. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas*. São Paulo: Ltr, 2001.

SLATER, Dan. *Consumer Culture and Modernity*. São Paulo: Nobel, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLOMON, Michael. *O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo*. Porto Alegre: Bookman, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

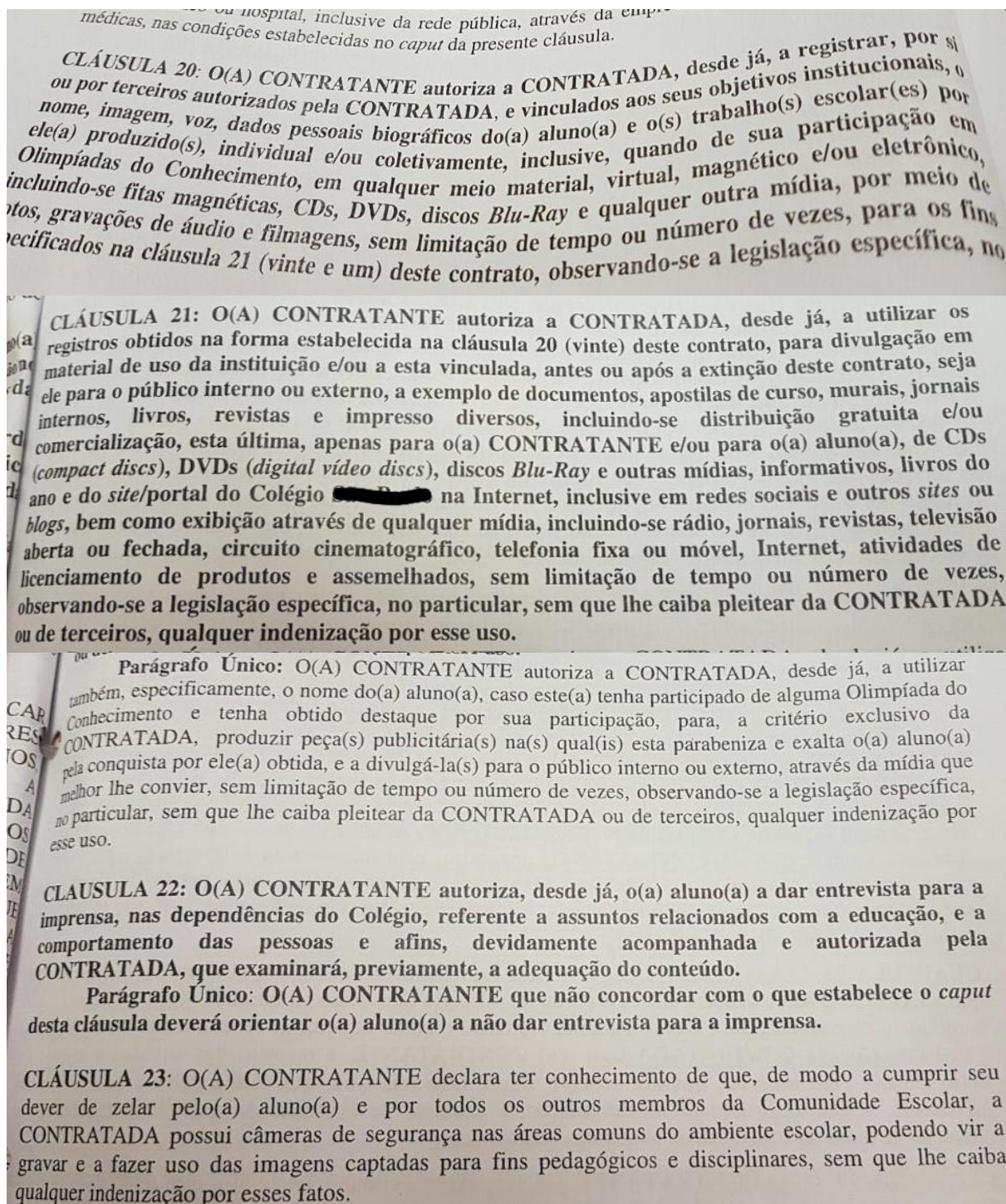
TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.22, p. 1-4, 2005.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. Caracterização das cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 17, n. 1, p. 144-156, jan. 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes Vigliar. *Ação Civil Pública*. 5. ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

**ANEXO – Cláusulas de cessão de direito à imagem, voz e/ou nome nos contratos de consumo analisados na cidade de Salvador/BA**

**Figuras 1, 2 e 3 – Cláusulas em contrato de adesão de instituição de ensino fundamental e de nível médio**



**Figura 4** – Cláusula em contrato de adesão de academia de ginástica

**CLÁUSULA DÉCIMA-QUARTA - DO DIREITO DE USO DE IMAGEM:** O(A) **CONTRATANTE** ceder, por meio do presente instrumento, os direitos de uso de sua imagem à [REDACTED] para a divulgação em fotografias, filmagens, reportagens, redes sociais (a exemplo de facebook, instagram, etc), internet e comerciais vinculados à Academia, seja em nível local ou nacional, desde que não envolva o comércio de atividades ou produtos considerados ilegais ou imorais.

**Figura 5** – Cláusula em contrato de adesão de instituição de ensino superior

#### **Cláusula IV – DO USO DE IMAGEM**

A **CONTRATADA** fica autorizada a utilizar, gratuitamente, a imagem do **CONTRATANTE**, coletivamente, para a promoção de suas atividades educacionais, em qualquer meio de comunicação e em qualquer época do ano, desde que autorizado expressamente pelo **CONTRATANTE**.

**Figura 6** – Cláusula em ingresso físico para espetáculos artísticos

**INFORMAÇÃO IMPORTANTE:** 1) Este ingresso é emitido através do sistema E [REDACTED] pela E [REDACTED] inscrita no CNPJ sob nº 2 [REDACTED] inscrição municipal nº 5 [REDACTED] e localizada à Rua Samaritã, 1117 cj 21 - São Paulo - CEP 02518-080, com base em contrato de prestação de serviços com o promotor do evento. 2) O promotor do evento é o único e exclusivo responsável pela sua realização, assim como por qualquer adiamento ou cancelamento do mesmo, sendo assim o único e exclusivo responsável pela eventual restituição do valor de face do ingresso com base em tais fatos. 3) O evento poderá ser cancelado pela ocorrência de condições climáticas adversas, doença do artista, casos fortuitos, de força maior ou decisões judiciais impeditivas. 4) O ingresso é válido apenas para o dia, hora, local, setor e assento (quando aplicável) para o qual foi emitido. 5) Para ingressos de meia-entrada, é obrigatório apresentar um documento oficial válido que comprove o direito ao benefício no ato da compra do ingresso e na entrada do evento, nos termos das legislações vigentes. 6) Ao ingressar no local de realização do evento o participante poderá ser submetido à revista privada. 7) Proibida a entrada de equipamento de fotografia ou filmagem profissional e/ou com lente removível, bem como garrafas, bebidas, alimentos, armas, objetos cortantes, pontiagudos e/ou que possam cobrir em risco a integridade física daqueles que estejam no local do evento, sob pena de retenção de tais bens. 8) Proibida a filmagem do evento, no todo ou em parte, sob pena de retenção do equipamento. 9) Ao ingressar no local de realização do evento você concorda com o uso da sua imagem, por tempo indeterminado, na transmissão, retransmissão e na divulgação comercial do evento, em quaisquer veículos de comunicação, tais como, mas não limitados a mídia impressa, eletrônica, digital, radiodifusão, internet, redes sociais, etc. 10) Após o início do show os assentos marcados e indicados nos ingressos não são garantidos. 11) Não será efetuada a troca ou restituição do valor do ingresso por qualquer motivo que não o cancelamento ou a alteração de data ou local do evento. A E [REDACTED] e a produção do evento não se responsabilizam pelo não comparecimento do cliente ao evento, independentemente do motivo, seja por caso fortuito ou força maior, tais como chuvas, tempestades, alagamentos, congestionamentos, etc. ou por desistência por parte do titular da compra. 12) A E [REDACTED] e o promotor do evento não se responsabilizam por ingressos comprados de empresas e/ou pessoas que não sejam canais de vendas oficiais: nos pontos de venda físicos oficiais, na Internet (www. [REDACTED] com.br), na Central de Vendas pelo telefone (40 [REDACTED] ou nas bilheterias oficiais. Os ingressos têm características únicas de segurança que serão validadas durante o controle de acesso ao evento. 13) A revenda ou a obtenção de vantagem financeira do ingresso não é permitida em nenhuma circunstância ou por quaisquer meios. A prática de serviços de agenciamento e revenda de ingressos estará sujeita a consequências legais aplicáveis. 14) Os ingressos entregues ou retirados se tornam de responsabilidade e risco exclusivos do cliente, e não podem ser reemitidos, reimpressos ou substituídos em caso de perda, roubo ou dano. 15) O presente ingresso se subordina à política de venda de ingressos e sistema operacional da E [REDACTED] em www. [REDACTED] com.br. 16) Guarde este ingresso até o final do evento, ele é seu comprovante. **NÃO DOBRE, NÃO RASGUE, NEM AMASSE ESTE INGRESSO.**

**Figura 7** – Cláusula em regulamento de sorteio de prêmios por Shopping Center em Liquidação

## XVI- DIVULGAÇÃO DA IMAGEM DO CONTEMPLADO:

1. Caso seja de interesse da Requerente/Mandatária e/ou das Aderentes utilizar a imagem dos contemplados para fins de divulgação da presente campanha, poderá fazê-lo, pelo período de até 12 doze meses, sob fiel obediência aos comandos contidos no Inciso XXV do Anexo III da Portaria MF no 41, de 2008.

2. Os ganhadores autorizam, desde já, como consequência da conquista dos prêmios, a utilização de seus nomes, imagens e sons de voz, em qualquer um dos meios escolhidos pela Requerente/Mandatária e/ou das Aderentes, para divulgação desta campanha, pelo período de 1 (um) ano contado da data da respectiva apuração e assim como os demais participantes autorizam, também, a utilização de seus dados, como endereço físico, eletrônico, telefone e demais dados constantes do cupom/cadastro, desde que não fira o Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de formação e/ou atualização de cadastro da Requerente/Mandatária e/ou das Aderentes, reforço de mídia publicitária e divulgação do evento em referência, sem nenhum ônus para estas, sendo certo, porém, o comprometimento da não comercialização ou cessão dos dados a terceiros, ainda que a título gratuito.

3. Em se tratando de contemplado menor de idade, o mencionado Termo de Quitação e Entrega de Prêmio (item 2, Inciso XIII), deverá ser preenchido em nome do menor, mas assinado pelo representante legal, que deverá juntar cópias de seu RG, CPF e Certidão de Nascimento do menor, caso este não possua RG e CPF.

4. Em caso de quaisquer dos ganhadores vierem a falecer antes do recebimento do prêmio, o respectivo prêmio será entregue ao espólio, na pessoa do seu inventariante. Não havendo processo de inventário, será entregue aos herdeiros do contemplado, desde que devidamente comprovada esta condição.

Fonte: <http://cdl.com.br/sorteio-da-liquida-salvador-2017/>

**Figura 8** – Cláusula em regulamento de sorteio de prêmios por Shopping Center no Natal

7.6 Os ganhadores autorizam, desde já, como consequência da conquista do prêmio, a utilização de seus nomes, imagens e sons de voz, em qualquer um dos meios escolhidos pela Promotora, para divulgação desta campanha, pelo período de 01 (um) ano contado da data da apuração e, assim como os demais participantes, autorizam, também, a utilização de seus dados, como endereço físico, eletrônico, telefone e demais dados constantes do cupom/cadastro, desde que não fira o Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de formação e/ou atualização de cadastro da Promotora, reforço de mídia publicitária e divulgação do evento em referência, sem nenhum ônus para esta, sendo certo, porém, o comprometimento da não comercialização e a não cessão, ainda que a título gratuito.

Fonte: <http://shoppingdabahia.com.br/novidades-e-eventos/promocao-natal-shopping-da-bahia-2016.htm>

**Figura 9** – Cláusula à parte após contrato de escola de ensino infantil, fundamental e de nível médio

**AUTORIZAÇÃO PARA DIVULGAÇÃO OU EXIBIÇÃO DE FOTO OU IMAGEM**

Eu, \_\_\_\_\_, já identificado(a) neste instrumento como **CONTRATANTE**, para todos os fins de direito e sem ônus de qualquer natureza, **AUTORIZO A VEICULAÇÃO DE IMAGEM OU DIVULGAÇÃO DE FOTO** pelo **COLÉGIO \_\_\_\_\_** do(a) menor, \_\_\_\_\_, indicado(a) no Cabeçalho deste **TERMO DE ACORDO**. A foto ou a imagem porventura divulgada pode ser individual ou conjunta com outros colegas e professores, produzida em atividades letivas, socioculturais ou esportivas, no espaço interno ou em eventos do Colégio \_\_\_\_\_, com a finalidade múltipla de incentivar os jovens, pais e ex-alunos a participarem dos eventos promovidos pela escola e de divulgação institucional do projeto de educação deste estabelecimento de ensino. A referida autorização é extensiva a jornais, televisão, *folders*, murais, materiais gráficos e de atividades letivas da escola de maneira geral, englobando ainda o seu site oficial de divulgação na internet.

Salvador, 16 de Dezembro de 2016  
Assinatura do contratante: \_\_\_\_\_

**Figura 10** – Cláusula à parte após contrato de escola de ensino infantil e fundamental

AUTORIZAÇÃO DE IMAGEM

Eu, \_\_\_\_\_, já identificado no contrato de prestação de serviços escolares como **CONTRATANTE**, para todos os fins de direitos e sem ônus de qualquer natureza, autorizo a veiculação de imagem ou divulgação de foto em materiais publicitários institucionais da escola, pelo \_\_\_\_\_ do(a) menor \_\_\_\_\_.

A foto ou imagem porventura divulgada em materiais publicitários institucionais da escola pode ser individual ou coletiva, com a finalidade de divulgação institucional.

Salvador, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017

Assinatura do contratante \_\_\_\_\_

**Figura 11** – Cláusula em ingresso eletrônico para espetáculos artísticos, como peças de teatro e apresentações de ballet

#### Termos de uso

1. Este ingresso é válido somente para a data, horário, local e assento para o qual foi emitido.
2. Não será permitida a entrada após o início da sessão, não havendo, neste caso, devolução de valores ou troca de ingresso.
3. Este ingresso foi emitido através do sistema [REDACTED] por força de um contrato de prestação de serviços celebrado entre o promotor/ produtor do concerto/evento. Todos os demais serviços relativos ao evento são de responsabilidade dos realizadores do evento.
4. O promotor/ produtor é o único responsável pela realização do concerto/evento, bem como por seu adiamento, cancelamento e toda e qualquer divulgação relativa a esses fatos. No caso de cancelamento e/ou adiamento do concerto/evento o promotor/ produtor é o único responsável pela devolução/ restituição dos valores de face do ingresso. A [REDACTED] poderá prestar os serviços de devolução mediante orientação do promotor/ produtor no mesmo local em que o ingresso foi adquirido. Confira os procedimentos através da imprensa e/ou em nosso site [www.\[REDACTED\].com.br](http://www.[REDACTED].com.br) ou em nosso Call Center 4-[REDACTED]. Eventual restituição será realizada em até 30 dias após a data prevista para realização do evento.
5. É proibido fotografar, gravar ou filmar qualquer parte do concerto/evento sem prévia autorização da produção.
6. O evento poderá ser filmado, gravado e fotografado para posterior publicação, transmissão, retransmissão, reprodução e/ou divulgação em televisão, cinema, rádio, Internet, publicidade em geral e qualquer outro veículo de comunicação, produção de CD e DVD e homevídeo. Ao participar do evento você concorda e autoriza a utilização gratuita de sua imagem, seu nome e sua voz, nos termos ora mencionados, no Brasil e no exterior, sem limite de vezes e tempo, sem que isso caracterize uso indevido da imagem ou qualquer outro direito e sem que dessa utilização ocorra qualquer ônus e/ou indenização. Seu comparecimento ao evento implica aceitação incondicional dos termos acima.
7. Ao adquirir o ingresso o cliente declara conhecer e concordar com todas as informações acima.