

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

DANIEL ORFALE GIACOMINI

**A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS PELOS
CONSUMIDORES DESISTENTES E EXCLUÍDOS DOS
CONTRATOS DE CONSÓRCIO À LUZ DA LEI 11.795/08 E
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

DANIEL ORFALE GIACOMINI

**A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS PELOS
CONSUMIDORES DESISTENTES E EXCLUÍDOS DOS
CONTRATOS DE CONSÓRCIO À LUZ DA LEI 11.795/08 E
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Gomes Sodré.

SÃO PAULO

2010

BANCA EXAMINADORA

Aos meus filhos Luiz Felipe e Gustavo, à minha esposa Fernanda, aos pais Waldomiro e Maria Cecília e aos meus irmãos Thiago e Matheus, pois a verdadeira felicidade está em casa, entre as alegrias da família.

Ao meu avô Jorge, que não mais entre nós, sempre foi e será fonte de inspiração para a busca do conhecimento, não importando a idade.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Marcelo Gomes Sodré, orientador e amigo, pela confiança, paciência até a definição do tema e ajuda nos caminhos que levaram à conclusão deste trabalho.

Ao amigo e professor Alexandre David Malfatti, que acreditou em minha capacidade e ajudou-me diante das dificuldades.

Aos professores e amigos Frederico da Costa Carvalho Neto, Patrícia Caldeira e Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, pelo incentivo, oportunidades e credibilidade.

Aos amigos Fabíola Meira de Almeida Santos, Marcelo Gaido Ferreira, Daniel de Lima Passos, Pedro Paulo Barradas Barata e Christiane Hessler Furck.

Aos meus alunos do Curso de Especialização em Direito das Relações de Consumo – COGEAE, da PUC/SP.

Ao Rodrigo Luiz S. de Freitas, do departamento jurídico da ABAC, pela troca de informações sobre os consórcios, que foram de grande valia para o presente trabalho.

Aos amigos do escritório Braga Nascimento e Zilio Advogados Associados, pela convivência diária e apoio para a realização deste trabalho.

"É no embate dos contrários que se chega à
perfeita harmonia".
(Heráclito)

RESUMO

GIACOMINI, Daniel Orfale. *A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 e do Código de Defesa do Consumidor*. 2010. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

O presente estudo traz como objeto de investigação a devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes e excluídos do contrato de consórcio, pretendendo abordá-la e analisá-la à luz da nova legislação que regula o sistema de consórcios no Brasil, a Lei 11.795/08, e do Código de Defesa do Consumidor.

Para adentrar o tema, o trabalho traça, primeiramente, um perfil do sistema de consórcios no Brasil, com a evolução de sua história e de sua disciplina jurídica.

Com a análise do sistema de consórcios no Brasil, passa-se a discorrer sobre os fundamentos da defesa do consumidor, uma vez que, por se tratar de relação de consumo, o contrato de consórcio se submete às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Outra abordagem alude aos contratos de consumo, sendo o contrato de consórcio um típico contrato de adesão.

Faz-se necessário, também, a análise do contrato de consórcio, com a identificação de suas partes, conceitos fundamentais e características principais, com destaque para o poder regulatório e fiscalizador do Banco Central do Brasil e a fixação das condições mínimas do contrato de consórcio constante de suas circulares.

Com esse pano de fundo, o estudo encontra subsídios para discorrer sobre a questão da devolução das quantias pagas pelos consorciados desistentes e excluídos e que, até a novel legislação, encontrava divisão na doutrina e na jurisprudência, com relevantes argumentos econômicos e de direito pelos que entendem que a mesma deveria ocorrer de maneira imediata, assim como por aqueles que entendem que a devolução dessas quantias deveria ocorrer somente após o término do grupo, devidamente corrigidas.

Passa-se, então, a análise da forma com a questão da devolução das quantias pagas aos consorciados desistentes e excluídos foi tratada pela atual legislação, onde não há mais necessidade de se aguardar o encerramento do grupo, passando estes consumidores a participarem do sorteio para receberem de volta os valores pagos.

O resultado da pesquisa aponta no sentido de que a Lei nº. 11.795/08, categorizando o funcionamento da sociedade consorcial na prevalência do interesse do grupo de consórcio sobre o interesse individual do consorciado, agiu com espírito de razoabilidade e harmonia ao definir a nova sistemática de devolução das quantias pagas aos consumidores desistentes e excluídos, submetendo sua ocorrência à contemplação em sorteio, como é próprio do sistema de consórcio, desde a sua concepção.

Palavras-chave: Consórcio. Devolução de quantias pagas. Lei 11.795/08. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

GIACOMINI, Daniel Orfale. *Recovery of amounts paid by consumers dropouts and excluded from the consortium contracts in light of Law 11.795/08 and the Consumer Protection Code*. 2010. 189f. Dissertation (Master in Law)-Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

This study aims to investigate the refund of credits to consumers that were excluded or discontinued of purchasing pool agreements, seeking to scrutinize it in light of the recent legislation that regulates purchasing pool agreements in Brazil, Law No. 11795/08, as well as the Consumer Protection Code.

At first, the study draws the mechanism of purchasing pool agreements in Brazil, broaching its historical evolution and legal development.

Once the mechanism of purchasing pool agreements in Brazil is scrutinized, grounds of consumers' defense is analyzed, once, as it deals with a consumer relation, purchasing pool agreements are also subject to the rules set forth in the Consumer Protections Code.

Another aspect of the study relates to consumer agreements, provided that purchasing pool agreements are emblematic adhesion contracts.

It is also necessary to analyze purchasing pool agreements, identifying its parties, ground concepts and main characteristics, emphasizing Brazilian Central Bank's attribution to regulate and supervise such agreements, as well as to determine the ground conditions of purchasing pool agreements, as provided for in respective bills.

Once this scenario is drew, the ground is set to present the argumentation concerning refunding of amounts paid by consumers that were excluded or discontinued of purchasing pool agreements. Before the recent legislation, such topic caused disagreement among Court decisions and legal writers, with sound arguments, economical and legal, both to sustain that refund should occur immediately or that the refund should occur upon termination of the purchasing pool, dully updated.

The actual rules concerning refund of amounts is then scrutinized, considering that according to Law No. 11795/08 there is no need to wait termination of the purchasing pool in order to refund the amounts due to consumers, as excluded and discontinued consumers take part in the raffle in order to be reimbursed immediately.

The study carried on resulted in the conclusion that Law No. 11795/08 adopted the stand that the general interest of all the individuals that take part in the purchasing pool should prevail over the interest of one single consumer. To that extent, the Law No. 11795/08 is in line with rule of reason and the principle of harmony, as it conditioned the refund of amounts to the rule of raffle, which is proper to purchasing pool mechanisms, as it was conceived.

Keywords: Purchasing pool. Refund of amounts due. Law No. 11795/08. Consumer Protection Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O SISTEMA DE CONSÓRCIOS NO BRASIL	15
1.1 NOÇÕES GERAIS	15
1.2 ORIGENS HISTÓRICAS	16
1.3 OS “CONSÓRCIOS” NO DIREITO BRASILEIRO	18
1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONSÓRCIOS DE BENS DURÁVEIS E SERVIÇOS NO BRASIL.....	19
1.5 EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA JURÍDICA DO CONSÓRCIO NO BRASIL.....	27
2. A DEFESA DO CONSUMIDOR: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS	36
2.1 A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO	36
2.2 A BASE CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR....	40
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	44
2.4 O MICROSSISTEMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	54
3. OS CONTRATOS DE CONSUMO	61
3.1 NOÇÕES GERAIS DE CONTRATO	61
3.2 CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	65
3.3 PRINCÍPIOS DA TUTELA CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	68
3.3.1 A BOA-FÉ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	68
3.3.2 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.....	71
3.3.3 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO	72
3.3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	74
3.3.5 PRINCÍPIO DA EQUIDADE	76
3.3.6 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.....	79
3.3.7 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	80
3.4 CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS GERAIS CONTRATUAIS	84

4. O CONSÓRCIO E SEU CONTRATO.....	91
4.1 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE CONSÓRCIO	94
4.2 O CONTRATO DE CONSÓRCIO NA LEI 11.795/08	97
4.3 AS PARTES DO CONTRATO DE CONSÓRCIO.....	99
4.3.1 O CONSORCIADO.....	99
4.3.2 A ADMINISTRADORA DE GRUPOS DE CONSÓRCIO	102
4.3.2.1 A ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL E A LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRADORA DE GRUPOS DE CONSÓRCIO	106
4.3.3 O GRUPO DE CONSÓRCIO	107
4.3.3.1 A CONSTITUIÇÃO E O ENCERRAMENTO DO GRUPO DE CONSÓRCIO.....	108
4.3.3.2 AS ASSEMBLÉIAS REALIZADAS NO GRUPO DE CONSÓRCIO.....	109
4.3.3.3 AS CONTEMPLAÇÕES E OS RECURSOS DO GRUPO DE CONSÓRCIO.....	111
4.4 O BANCO CENTRAL DO BRASIL COMO ÓRGÃO REGULAMENTADOR E FISCALIZADOR DO SISTEMA DE CONSÓRCIOS.....	112
4.4.1 AS CIRCULARES DO BACEN E AS CONDIÇÕES MÍNIMAS DO CONTRATO DE CONSÓRCIO	117
5. O CONTRATO DE CONSÓRCIO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	124
5.1 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO ENTRE OS CONSORCIADOS E AS ADMINISTRADORAS DE CONSÓRCIO.....	125
5.2 O CONTRATO DE CONSÓRCIO DA LEI 11.795/08 À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	130
5.2.1 A DISCIPLINA DO CONTRATO DE CONSÓRCIO COMO INSTRUMENTO PLURILATERAL CELEBRADO POR ADESÃO	130
5.2.2 A PROPOSTA DE PARTICIPAÇÃO E OS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE CONSÓRCIO	135
5.2.3 A MULTA PECUNIÁRIA NOS CONTRATOS DE CONSÓRCIO DA LEI 11.795/08	137
5.2.4 O CONTRATO DE CONSÓRCIO CONTEMPLADO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.....	141
6. DESISTÊNCIA E EXCLUSÃO DO GRUPO DE CONSÓRCIO: A QUESTÃO DA DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS.....	144

6.1 A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS AOS CONSUMIDORES DESISTENTES E EXCLUÍDOS DOS CONTRATOS DE CONSÓRCIO ANTERIOES E NÃO ADAPTADOS À LEI 11.795/08	147
6.2 A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS AOS CONSUMIDORES EXCLUÍDOS NA LEI 11.795/08	155
6.3 A NOVA SISTEMÁTICA DE DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS COMO INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	161
CONCLUSÃO	165
ANEXO - A APLICAÇÃO DA NOVA SISTEMÁTICA DE DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS AOS CONSUMIDORES EXCLUÍDOS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	170
REFERÊNCIAS.....	182

INTRODUÇÃO

Em um trabalho científico que tem por escopo estudar um determinado tema, acreditamos que ao leitor devem ser apresentados sua contextualização, objetivos, justificativas e o problema que se coloca, ainda que não se tenha por escopo alcançar uma efetiva resposta ao mesmo, sem o que não é possível esperar que se possa compreender qual seria a pretensa utilidade de sua leitura.

O objetivo deste trabalho é investigar a questão da devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcios, tendo como base as disposições da Lei nº 11.795/08, que atualmente dispõe sobre o sistema de consórcios no Brasil, e do Código de Defesa do Consumidor.

Desde o início de nossos estudos sobre o Direito do Consumidor, um ponto que sempre nos levou a reflexão após a análise de situações que acabavam por gerar conflitos entre os interesses de consumidores e fornecedores, foi o de como o ordenamento jurídico poderia evoluir, a fim de resolver com razoabilidade a questão, tornando a relação mais harmônica, sem gerar mais custos aos consumidores e nem comprometer a permanência do produto ou do serviço no mercado.

Neste contexto se insere o presente trabalho que, ao discorrer sobre contratos de consórcios enquanto contratos de consumo, pretende analisar a questão da devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes e excluídos deste tipo de contrato.

Anteriormente à edição da atual legislação sobre o sistema de consórcios no Brasil, a devolução das quantias pagas aos consorciados desistentes e excluídos já nos despertava atenção e interesse de estudo, por apresentar relevantes argumentos econômicos e de direito pelos que entendem que a mesma deveria ocorrer de maneira imediata à desistência ou exclusão, assim como por aqueles que

entendem que a devolução dessas quantias deveria ocorrer somente após o término do grupo, devidamente corrigidas.

O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, embora defina em seu *caput* que são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em caso de resolução do contrato por inadimplência e, em seu parágrafo segundo, especificamente para os contratos do sistema de consórcios de produtos duráveis, determine que a compensação ou a restituição das parcelas quitadas devam ter descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo, infelizmente, não tratou do momento da devolução das quantias pagas.

A atual legislação que dispõe sobre o sistema de consórcios no Brasil tratou da devolução das quantias pagas aos consorciados desistentes e excluídos. Para os grupos de consórcio formados na vigência da nova lei e para os grupos anteriores a ela adaptados, diferentemente do que estabelecia a legislação anterior, não há mais a necessidade de o consorciado excluído ter que aguardar o encerramento do grupo; estes consumidores passam a participar do sorteio realizado nas assembleias e, em caso de contemplação, receberem de volta os valores pagos.

Relativamente ao momento da devolução das quantias pagas aos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcio, importa debater questões tais como: a devolução de imediato das quantias pagas importa em prejuízos à administradora de grupos de consórcio ou em desequilíbrio econômico e financeiro do grupo de consórcio? É abusiva a cláusula contratual que determina a devolução das quantias pagas somente quando do término do grupo? A novel legislação, ao estabelecer que a devolução das quantias pagas dar-se-á quando da contemplação em sorteio, agiu com razoabilidade e atendeu ao princípio da Política Nacional das Relações de Consumo que visa à harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo?

Para empreender a tarefa então proposta, organizou-se o estudo em seis capítulos. O primeiro deles aborda o sistema de consórcios no Brasil, com noções

gerais, suas origens e evoluções até os dias atuais. O segundo capítulo destaca os princípios e fundamentos da defesa do consumidor. No terceiro capítulo, discorre-se sobre os contratos de consumo, com ênfase para os princípios da tutela contratual no Código de Defesa do Consumidor e para os contratos por adesão. O quarto capítulo aborda o consórcio e seu contrato, com a apresentação de conceitos e características, bem como identificação de suas partes e de seu funcionamento, além do poder normativo do Banco Central do Brasil. No quinto capítulo, analisa-se a relação entre os contratos de consórcio e o Código de Defesa do Consumidor. Por fim, o sexto capítulo ingressa no estudo da devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcio, com análise da questão antes e após o advento da Lei n. 11.795/08 e especial interesse em verificar se a nova legislação agiu com razoabilidade de forma a trazer harmonia para o sistema de consórcios no Brasil.

1. O SISTEMA DE CONSÓRCIOS NO BRASIL

1.1 NOÇÕES GERAIS

O "Dicionário Houaiss da língua portuguesa"¹ diz que consórcio é o: "grupo de pessoas que assumem o compromisso formal de pagar mensalmente uma prestação para um caixa comum, destinada à compra futura de um bem (automóvel, eletrodoméstico etc.), cujas unidades serão entregues paulatinamente a cada um dos consorciados, a intervalos estipulados, mediante sorteio e/ou lance".

O sistema de consórcio, que pela união de pessoas visando à coleta de recursos que possibilitem a compra de bens aos seus integrantes, está há quase meio século no mercado de consumo nacional.

No Brasil, o consórcio viabiliza o acesso de consumidores ao mercado de consumo, mediante a captação de poupança popular, a partir do pagamento de uma contribuição mensal, garantindo aos integrantes dos grupos de consórcio a aquisição de bens e serviços.

Assim, o sistema de consórcios no Brasil representa, atualmente, o interesse de mais de três e meio milhões de consorciados², movimentando milhões de reais e participando do Produto Interno Bruto (PIB). Isto significa que o sistema de consórcio atende os princípios gerais da ordem econômica e financeira, proporcionando meios de uma existência digna aos consumidores, mediante o acesso de bens e serviços e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, pela criação de postos de trabalho, pela geração de impostos diretos e indiretos e pela

¹ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2ª reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, pág. 811.

² 3.811.422 de participantes ativos em Novembro/2009, de acordo com as estatísticas divulgadas pelo Banco Central Do Brasil através de publicação em seu *site* na Internet em 28/01/2010. <www.bcb.gov.br>. Acesso em 21 mar. 2010.

exploração da atividade econômica, observando a justiça social, a valorização do trabalho humano e a defesa do consumidor.

E é neste contexto que foi redigido pelo legislador brasileiro o Art. 1º da novel legislação que dispões sobre o sistema de consórcio – Lei nº. 11.795, de 08 de outubro de 2008:

“O sistema de consórcio, instrumento de progresso social que se destina a propiciar o acesso ao consumo de bens e serviços, constituído por administradoras de consórcio e grupos de consórcio, será regulado por esta Lei.”

O consórcio tem importante participação nas vendas de bens de consumo, além de constituir-se em uma das principais fontes de financiamento de veículos e da moradia própria.

O consórcio de imóveis permite a compra de lotes urbanizados, imóveis residenciais, comerciais, novos, usados, em área urbana ou rural, além de permitir a quitação do saldo devedor de qualquer financiamento habitacional e a utilização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Ademais, o sistema de consórcio também permite a aquisição diversificada de produtos e serviços, tais como: caminhões, tratores, aeronaves, embarcações, conjunto de bens, serviços turísticos, passagens aérea, ente outros.

Por definição constante no artigo 2º, da Lei nº. 11.795, de 08.10.2008, “Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupos, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento”.

1.2 ORIGENS HISTÓRICAS

A etimologia do vocábulo “consórcio” indica que vem do latim “*consortium*” e possui o significado comum de “associação, ligação ou união”, o que traduz uma idéia de junção de pessoas ou coisas com adesão, coesão e harmonia.

Como instituto jurídico, o consórcio remonta ao Direito Romano, mais especificamente à comunhão acidental existente entre co-herdeiros (*consensus*) que, com a morte do *pater familias*, ficavam proprietários em comum, postergando a partilha, recebendo essa propriedade comum denominação de *antiquum consortium* ou *consortium erectum non citum*.³

Ainda na antiguidade, outras formas de parceria na gestão de negócios despontavam na civilização helênica e Grécia Antiga, porém, somente com o desenvolvimento do comércio, a partir da Idade Média, idealizou-se, através do banqueiro napolitano Lorenzo Tonti, uma forma rudimentar do estado consorcial, denominado *tontines*, que tinha como objetivo reunir “um bom número de participantes comprometidos em contribuir periodicamente com certa quantia e por um determinado período, ao final do qual os sobreviventes partilhavam a pecúnia existente, fruto das contribuições vertidas e dos ganhos hauridos com seus empréstimos, na forma de uma *lump sum*, ou de uma anuidade entre as partes. Os que descontinuavam a contribuição e os que faleciam antes da data aprazada eram eliminados do grupo, sem qualquer compensação para si ou para seus sucessores”⁴.

No direito italiano, a palavra consórcio é definida por Alessandro Borghioli⁵:

“Consórcio é, de fato, uma palavra polisensa, suscetível de indicar um caso geral em que surgem, essencialmente, situações caracterizadoras do interesse compartilhado em atribuir igualmente um destino comum”.

Da evolução e histórico do consórcio, desde a era romana, verifica-se que é inerente ao ser humano o estabelecimento de vínculos sociais, a união de esforços, o agrupamento que, apesar de nem sempre reconhecido como instituto

³ *Enciclopédia Saraiva de Direito*, Comissão de Redação, 1. ed., São Paulo: Saraiva, v. 18, 1978, p. 278.

⁴ CAPELO, Emílio Recamonde. *Benefício Proporcional Diferido na Previdência Complementar*. Brasília: MPAS, Secretaria da Previdência Complementar, 2000, p.9.

⁵ BORGIOIOLI, Alessandro. *Consorti e società consortili*. Milano: D.A. Giuffrè Editore, 1985, p. 2. “Consortio é, infatti, una parola polisensa, suscettibile di indicare genericamente fattispecie nelle quali emergano in sostanza, situazioni caratterizzate da comunanza d’interessi alle quali si attribuisce un altrettanto comune destino”.

jurídico, fizeram parte da realidade como fato social, presentes nas diversas e variadas comunidades.

1.3 OS “CONSÓRCIOS” NO DIREITO BRASILEIRO

Se a palavra “consórcio” tem um conceito comum que significa união, combinação, associação, tendo várias acepções análogas, invocando sempre uma forma de junção de pessoas ou coisas com adesão, coesão e harmonia, em seu senso jurídico, a referida palavra é plurissignificativa, ou seja, se presta a mais de um sentido.

No Direito Brasileiro, o vocábulo “consórcio” se faz presente com 05 (cinco) significados diversos, quais sejam: a) consórcio de empresas; b) consórcio de bens de consumo duráveis; c) consórcio administrativo; d) consórcios públicos; e) consórcio imobiliário⁶:

a) *consórcio de empresas*, como reunião ou associação de empresas, em especial para execução de um projeto de grande porte;⁷

b) *consórcio de bens de consumo duráveis ou serviços*, ou seja, sistema de autofinanciamento para a compra de bens de consumo duráveis – móveis ou imóveis - ou serviços, baseado na formação de grupos em que cada participante contribui, durante o número de meses combinado, com uma quantia mensal

⁶ Significados apresentados por Paulo Afonso Cavichioli Carmona em sua dissertação de mestrado com o tema: “O Consórcio Imobiliário como Instrumento de Intervenção Urbanística”. PUC/SP, 2006.

⁷ Tais consórcios de empresas não adquirem personalidade jurídica, conforme disciplina da *Lei das Sociedades Anônimas* (Lei nº 6.404/76, art. 278, § 1º), mas respondem solidariamente por danos causados aos consumidores (*Código de Defesa do Consumidor*, Lei 8.078/90, art. 28, § 3º), bem como são mencionados na *Lei Geral de Licitações e Contratos* (Lei nº 8.666/93, arts. 9º, II e 33), na *Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos* (Lei 8.987/95, arts. 2º, II e III, 18, XIII, 19, 20, sendo certo que este último dispositivo permite que o consórcio de empresas, vencedor da licitação, constitua uma empresa antes da celebração do contrato, afastando a disciplina da LSA mencionada), na *Lei de Concessões e Permissões de Serviços de Energia Elétrica* (Lei nº 9.074/95, arts. 11 e 21), na *Lei de Telecomunicações* (Lei nº 9.472/97, arts. 89, VI e 196, IV), na *Lei de Petróleo* (Lei nº 9.478/97, arts. 38, 39, 53, 56 e 60) e no novo *Código Civil* (Lei 10.406/02, arts. 1.097 a 1.101, que disciplinam as sociedades coligadas, uma forma de consórcios de empresas em sentido amplo, com a diferença que entre as empresas coligadas há relações de capital).

equivalente ao preço do bem a ser adquirido dividido por aquele número, sendo que os bens comprados com aquele montante apurado vão sendo sorteados entre os participantes;⁸

c) *consórcio administrativo*, como o “acordo de vontades entre duas ou mais pessoas jurídicas públicas da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para a consecução de objetivos comuns”;⁹

d) *consórcios públicos*, como pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, formadas por dois ou mais entes da Federação para gestão associada de serviços públicos, cujas relações internas são disciplinadas por contrato de programa (art. 241, CF e Lei nº 11.107/05);

e) *consórcio imobiliário*, como instrumento urbanístico consistente na forma de valorização de planos de urbanização ou edificação por meio do qual o proprietário transfere ao Poder Público Municipal o seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas (art. 46, § 1º, Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade).¹⁰

1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONSÓRCIOS DE BENS DURÁVEIS E SERVIÇOS NO BRASIL

No Brasil, em 1900, com objetivo de aquisição comum, que sorteava mensalmente a entrega de bens, foi criado o Clube de Mercadorias, regulamentado pelo governo Venceslau Brás, atingindo 120 (cento e vinte) participantes em 1917.

⁸ O consórcio neste sentido encontra disciplina jurídica na Lei 11.795/08, no *Código de Defesa do Consumidor* (Lei 8.078/90, art. 53, § 2º) e em Circulares do Banco Central do Brasil.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 296.

¹⁰ Daí porque o instrumento adquiriu o *nomem juris* de “consórcio imobiliário”, pois se trata de um “consórcio” no sentido etimológico do vocábulo, ou seja, encerra a idéia de junção, união ou associação, que só incide sobre bens imóveis, já que “imobiliário” diz-se dos bens que são imóveis por natureza ou por disposição de lei.

Na Alemanha, em 1936, com o mesmo objetivo, era criado o sistema alemão de cooperativa, que, semelhante à Caixa de Empréstimo e Poupança, era destinado à aquisição de veículos.

Em meados de 1950, surge o chamado *tanomishi*, sistema cooperativo desenvolvido no Japão, implantado no Brasil através de suas colônias de imigrantes, os quais depositavam valores que eram sorteados mensalmente entre os participantes.¹¹

Inspirado no instituto romano de gestão de um patrimônio comum e nas experiências que evoluíram da Antiguidade à Idade Contemporânea, o primeiro grupo de consórcio no Brasil foi criado em 1962, através da iniciativa dos funcionários do Banco do Brasil que, habituados a manusear dinheiro, constituíram um grupo de 200 pessoas, para a aquisição mensal de veículos automotores, por sistema de sorteio. As prestações pagas mensalmente eram compostas de uma taxa de administração e valor suficiente para garantir a contemplação de todos os participantes dentro de um período máximo de 60 (sessenta) meses.

Numa época em que o Brasil apresentava retração em sua taxa de crescimento e aceleração inflacionária, o mecanismo de crédito isento de juros, com flexibilidade na exigência de garantias, baixas mensalidades, aliado a um ambiente festivo em que se realizam as reuniões mensais para sorteio de valores, despertou o interesse da indústria automobilística, concessionária de veículos e do mercado consumidor, de um modo geral.

Na década de 60, grande parte da produção de automóveis foi adquirida pela população através do consórcio, sendo que, em 1966, a Willys Overland do Brasil detinha 55.000 (cinquenta e cinco mil) consorciados.

Em 1967, o consórcio já chamava a atenção de administradores inexperientes, em alguns casos, inescrupulosos no manuseio dos depósitos

¹¹ ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, *Consórcio – a realidade de um sonho brasileiro*, 2005, p. 5.

efetuados pelos consorciados. Esse fato chamou a atenção do Poder Público que baixou o primeiro ato sobre a matéria, dirigido às instituições financeiras.

Através da Resolução nº. 67, editada pelo Banco Central em 21 de setembro de 1967, foi determinado que os administradores mantivessem os recursos dos grupos de consórcio em contas bancárias de movimentação claramente identificada e, aos bancos, impôs que as retiradas dessas contas fossem autorizadas, exclusivamente, para a compra de bens objeto desse grupo consorcial.

No final da década de 60, alguns empresários fundaram a ABAC – Associação Brasileira de Administradoras de Consórcio, e o SINAC – Sindicato Nacional das Administradoras de Consórcio, com a finalidade de proteger, organizar, moralizar e aperfeiçoar as normas e mecanismos de proteção aos consumidores, empresários, e garantir a sobrevivência do sistema de importância fundamental à ordem econômica.

Na década de 70, crescia o consumo de bens duráveis e o consórcio se desenvolveu com base no direito civil, decidindo o Governo Federal sancionar a questão através da Lei nº. 5.768, de 20.12.1971, regulamentada em 09 de agosto de 1972 pelo Decreto nº. 70.951, que não se reportava diretamente ao consórcio, mas, de forma genérica, abrangia todas as modalidades de distribuição de prêmios mediante sorteios, vale-brindes, ou concurso a título de propaganda, estabelecendo normas de proteção à poupança popular, onde se incluiu o consórcio de bens móveis de consumo duráveis.

A partir dessa Lei, o consórcio passou a ser controlado pela Secretaria da Receita Federal, órgão ligado ao Ministério da Fazenda, que estruturou a administração do segmento consorcial como empreendimento regulamento sob sua fiscalização.

Na década de 1970, o sistema de consórcio cresceu juntamente com o chamado “Milagre Econômico Brasileiro”, sendo a melhor opção de financiamento para o consumidor, sofrendo pequena retração durante a crise do petróleo.¹²

Nos anos 80, o sistema de consórcio passou a vender os primeiros grupos de eletroeletrônicos e eletrodomésticos. A economia brasileira precisou se ajustar às normas impostas pelo FMI – Fundo Monetário Internacional, principalmente a contenção da demanda, ambiente favorável para o maior desenvolvimento do consórcio, como regulador de demanda, ou seja, comprometimento de renda futura com disciplinadas contemplações mensais, e, portanto, não inflacionário.

Em 1986, com o Plano Cruzado, que, em linhas gerais, introduziu no país uma nova moeda, substituindo o cruzeiro pelo cruzado, definiu regras como o congelamento de preços, o que fez com que vários setores fossem surpreendidos com preços defasados. O sucesso inicial deste plano se deu pelo controle inflacionário e conseqüente apoio popular, contribuindo para a expansão do consórcio, mas, a escassez dos produtos no mercado favoreceu o aparecimento do ágio. Nessa época, as regras estabelecidas pela Receita Federal impunham a obrigatoriedade da entrega do bem e não o fornecimento da carta de crédito, como hoje comumente acontece.

Para minimizar as conseqüências da situação, a Receita Federal impôs a proibição de oferta de lances, antecipação de parcelas vincendas, autorização para a formação de novos grupos, incluindo automóveis e motocicletas, na modalidade de preços diferenciados, e revogava a medida anterior, permitindo a ampliação da área de atuação do consórcio através de novas administradoras.

Com o Plano Cruzado II, houve aumento do IPI (imposto sobre produtos industrializados) sobre os automóveis, elevando o preço dos bens automotivos e, em conseqüência, a inadimplência dos consorciados, os quais não conseguiram absorver aumento tão repentino. Em razão do ocorrido, a Receita Federal interveio,

¹² ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, *Consórcio – a realidade de um sonho brasileiro*, p. 14.

permitindo o pagamento de parte do aumento de preço autorizado e a dilação do prazo de duração dos grupos.

Em 1987, com a edição do Plano Bresser, foram impostas novas normas restritivas ao consumo. Para o consórcio, foi restrito o limite de cotas a serem vendidas pelas administradoras, na época 20.000 (vinte mil)¹³.

Em 1988, a Constituição Federal do Brasil promoveu inovações substanciais para o país. Com ela, o consórcio passou a ser reconhecido como forma de financiamento sobre o qual caberia à União legislar, através do artigo 22, inciso XX.

Em 1988, foi instituído o Plano Verão e Cruzado Novo, com o intuito de novamente conter a demanda de consumo, sofrendo os grupos de consórcios prazos mínimos de duração, ou seja, os grupos de prazo máximo de 60 (sessenta) meses passaram a ter duração mínima de 30 (trinta); os grupos de 50 (cinquenta) meses tiveram os prazos mínimos estabelecidos em 25 (vinte e cinco) meses; e os de 25 (vinte e cinco) meses teriam prazo mínimo reduzido para 12 (doze) meses. Além disso, proibiu os lances e antecipações das prestações vincendas que ultrapassassem 20% do valor do bem objeto do plano de consórcio, mas, em contrapartida, estabeleceu prazo máximo de 30 (trinta) dias para a entrega do bem após a realização da assembléia.

Em 27 de outubro de 1989, através da Portaria MF n. 190, houve a imposição dos conceitos e mecanismos informativos do consórcio num único instrumento regulamentar, criando as regras que fomentaram o crescimento do consórcio.

Em 1990, com o início do Governo Collor tendo como meta a redução da inflação, com medidas polêmicas para promover a reforma monetária, baseando-se na drástica redução da liquidez da economia, aprovando o retorno do Cruzeiro em substituição ao Cruzado Novo, o consórcio sofreu diversas interferências do

¹³ ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, *Consórcio – a realidade de um sonho brasileiro*, p. 16.

Ministério da Fazenda, com a suspensão da autorização para a constituição de novas administradoras e a proibição para a formação de novos grupos de automóveis, utilitários, camionetas e imóveis.

Neste cenário, em 11 de setembro de 1990, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, o qual, no âmbito do sistema de consórcios, exigia uma nova postura frente aos consumidores, notadamente nas disposições de seu artigo 53.

Em março de 1991, o governo decidiu pela transferência do controle e regulamentação do consórcio da Receita Federal para o Banco Central do Brasil.

Em 1992, com o Plano Real começando a ser esboçado, baseado no ajuste fiscal, equilíbrio orçamentário e a criação de nova unidade de conta, a URV (unidade real de valor), com o fim de ajustar os preços, foi realizado o acordo automobilístico entre empresários, sindicato e governo, que reduziram o preço dos automóveis, reabrindo com isso as operações de consórcio que estavam paralisadas desde 1990.

No mesmo ano, houve o lançamento da carta de crédito em que o consorciado poderia escolher livremente o fornecedor do bem pretendido, tornando a administradora apenas uma prestadora de serviços.

De 1993 a 1997, o consórcio vivenciou momentos de expansão e retração acentuados, durante a estabilidade econômica ou no período de contenção da inflação.¹⁴

Em 03 de julho de 1997, foi editado pelo Banco Central do Brasil, a Circular nº. 2.766 que dispôs de novas normas para a constituição e funcionamento dos grupos de consórcio. A nova regulamentação deu maior autonomia aos

¹⁴ Aqui, esclareça-se que o consórcio, diferentemente dos financiamentos, não capta recursos no mercado financeiro, portanto não gera inflação e, ao contrário, tem efeito regulador de demanda e comprometedor de renda futura para os consorciados, servindo para adequar a produção e administrar o poder de compra da população, evitando o excesso de consumo.

contratantes e associados, como também aos envolvidos na proposta dos produtos ofertados, devendo obedecer às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo ano, através da Lei nº. 9.514/97, o consórcio de imóveis reconheceu a alienação fiduciária como garantia opcional à hipotecária.

Em 1998, foi liberado definitivamente o limite de prazo de duração dos grupos de consórcio, o que causou maior flexibilização do setor pela adequação do desejo do consumidor, sendo que, nesse ano, o sistema de consórcio respondeu por 1% do PIB (produto interno bruto) do país, com 2,6 milhões de consorciados.¹⁵

No ano seguinte, em 1999, houve a maxidesvalorização da moeda brasileira em relação ao dólar, ocasionando uma retração da economia. Com o objetivo de aquecer o mercado, foi liberada a formação de grupos de veículos usados, cujos valores tiveram como referência o percentual médio entre 70% a 80% sobre o valor do automóvel zero quilômetro. Também como medida estimuladora, foi autorizada, a partir de outubro, a constituição de novas administradoras a operar no mercado, o que não acontecia desde 1995.

Em 2000 e 2001, os setores da economia cresciam apresentando taxas de expansão, apesar da crise energética, que culminou em processo de racionamento de energia elétrica no país. No período, foram liberados os planos de viagens turísticas internacionais, que estavam bloqueadas desde 1997, como também ampliou a oferta de consórcios para a aquisição de equipamentos odontológicos.

Com a internet, as administradoras passaram a vender as cotas de consórcio pela *web*, com valores mais baixos em função da redução dos custos de venda.

Uma série de fusões entre administradoras de consórcio iniciou-se com a imposição, pelo Banco Central do Brasil, de um critério de comercialização das cotas

¹⁵ ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, *Consórcio – a realidade de um sonho brasileiro*, p. 25.

vinculados ao valor do patrimônio líquido ou redução do limite de cotas comercializadas pelas administradoras.

Em 2002, as instituições bancárias começaram a anunciar investimentos no segmento de consórcio, mesmo ano em que o Banco Central do Brasil favoreceu o consorciado contemplado, possibilitando este, ao adquirir um bem inferior ao valor de seu crédito, utilizar até 10% da carta de crédito para pagar as despesas com o seguro, taxas de cartório ou de licenciamento.

Neste contexto, o consórcio cresce e aumenta a participação no mercado através de grandes conglomerados bancários que passam a vê-lo como outra fonte de financiamento e rentabilidade para seus negócios.

No ano seguinte, em 2003, a Caixa Econômica Federal e o Bradesco lançam planos de consórcios de imóveis com a garantia de o consorciado poder utilizar o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) para ofertar lances, o que veio a facilitar o acesso à casa própria.

Em 2004 e 2005, verificou-se a diversidade de oferta de produtos com a possibilidade dos consorciados adquirirem uma maior quantidade de bens de consumo, como também plano de consórcio para reforma de imóveis.

Nesse período, através de 03 (três) circulares, o Banco Central do Brasil impôs regras quanto à aplicação dos recursos dos consorciados, dando mais segurança e credibilidade ao sistema, passando a responsabilizar os administradores diante dos dados repassados ao Banco Central, que significa que o controlador da empresa é quem responderá legalmente.

O ano de 2004 foi encerrado com crescimento recorde de 3,4 milhões de consorciados ativos e no ano de 2005 foi verificado um aumento de 8% sobre o número de consorciados ativos¹⁶.

¹⁶ ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, *Consórcio – a realidade de um sonho brasileiro*, p. 37.

Em 08 de outubro de 2008, depois de ser aprovada no Senado Federal de na Câmara dos Deputados¹⁷, foi promulgada a Lei nº. 11.975/08¹⁸, que dispõe sobre o Sistema de Consórcio no Brasil, visando garantir maior segurança para quem investe em uma poupança para aquisição de bem, como para quem administra o negócio. Outrossim, a nova lei voltou a reafirmar o poder normativo do Banco Central do Brasil, conferindo-lhe, dentro do marco regulatório, o poder de exigir condições mínimas que devem constar do contrato de participação em grupo de consórcio.

Analisando-se sua evolução histórica, pode-se afirmar que o consórcio conquistou o consumidor, que verificou no sistema a possibilidade de adquirir um bem ou serviço a custos mais baixos que os oferecidos por outras formas de financiamento que contém taxas de juros.

Hoje, inteiramente consolidado, o sistema de consórcios viabiliza a aquisição de diversos produtos que vão desde bens de produção, a caminhões, implementos agrícolas e rodoviários, ônibus, tratores, colheitadeiras, embarcações, aeronaves, computadores, antenas parabólicas, pneus, motocicletas, passando pelos eletroeletrônicos, kits de casa pré-fabricada, imóveis, construção, reformas e até serviços turísticos.

1.5 EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA JURÍDICA DO CONSÓRCIO DE BENS DURÁVEIS NO BRASIL

Fábio Ulhoa Coelho¹⁹ entende que a disciplina jurídica do consórcio, no Brasil, evoluiu por três diferentes etapas. Entre 1962 e 1971, vigorava a plena liberdade para qualquer pessoa estabelecer-se como administrado de consórcio. A

¹⁷ Projeto de Lei nº 533, de 2003 (nº 7.161/06 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre o Sistema de Consórcio”.

¹⁸ Promulgada em 8 de outubro de 2008, o termo inicial de vigência da lei 11.795/08 que dispõe sobre o Sistema de Consórcio, teve seu advento em 6 de fevereiro do ano corrente.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva. v. 3, 2009, p. 427.

segunda etapa inicia-se em 1971 e vai até 1997. Nela, o consórcio era contrato típico exaustivamente disciplinado pela autoridade regulamentadora. Em 1997, teve início a desregulamentação precária do setor, que se consolidou apenas em 2002, inaugurando a etapa atualmente em curso. Em 2008, entrou em vigor a Lei nº. 11.795, a lei do “sistema de consórcio” (LSC), que reforçou a precariedade da desregulamentação.

No período de 1960 a 1967, surgiram as primeiras administradoras de consórcios, as quais operavam sem qualquer legislação específica. Com um crescimento desordenado e com muitos consumidores enganados por empresários que arrecadavam os valores das prestações e simplesmente desapareciam, o consórcio ficou sem qualquer crédito, o sistema foi desacreditado, não restando outra alternativa ao Governo Federal senão a sua interferência.

A primeira intervenção do Poder Público ocorreu no ano de 1967, por intermédio do Banco Central do Brasil, através da Resolução 67, de 21.09.1967. Essa resolução determinou que as instituições financeiras somente admitissem a existência de contas de depósitos vinculados a consórcios, após a verificação da idoneidade de seus administradores, a existência do contrato de consórcio que especifique: (a) garantias que o consorciado deverá apresentar por ocasião da contemplação; (b) depósito obrigatório dos recursos arrecadados dos consorciados em bancos comerciais ou caixas econômicas, cujo levantamento somente poderá ser efetuado para o atendimento dos objetivos dos consórcios; (c) proibição de recebimento do bem objeto do contrato em moeda corrente; (d) fixação das regras na hipótese de desistência e exclusão do consorciado; (e) designação do representante dos consorciados junto à administradora, a fim de fiscalizar a gestão dos valores arrecadados; (f) local onde o consorciado possa obter as informações do grupo de que é participante; (g) indicação do bem objeto do consórcio, que não poderá ser inferior a 05 (cinco) vezes o valor do salário mínimo; (i) limite do valor mínimo das prestações mensais em montante correspondente a 2% do valor do bem; (j) limite de duração do grupo de consórcio em no máximo 50 (cinquenta) meses.

Em verdade, os contratos de consórcio passaram a ser regidos por esta Resolução e os princípios contratuais do hoje revogado Código Civil Brasileiro de 1916.

Em 1971, foi publicada a Lei nº. 5.768, que estabeleceu normas para organização e formação dos grupos de consórcios, bem como a obrigatoriedade de autorização do Ministério da Fazenda para organizar e administrar grupos de consórcio. A autorização do Ministério da Fazenda somente era fornecida aos empresários que apresentavam prova da capacidade financeira, econômica, gerencial e viabilidade econômica do plano e das formas de utilização das importâncias recebidas.

No ano seguinte, foi regulamentada a referida lei pelo Decreto 70.951, de 20.12.1971, surgindo a partir desta data, o primeiro regulamento do sistema de consórcio. As principais regras desse regulamento eram: (a) taxa de administração de no máximo 12% sobre o valor do bem objeto do contrato; (b) taxa de adesão de 1% cobrada na adesão do consorciado e compensada na taxa de administração; (c) constarão do contrato de adesão: duração do plano; percentual da contribuição mensal; contemplações por sorteio e lance; depósito dos valores arrecadados em conta vinculada com correção monetária, cujo levantamento dos valores somente poderia ser efetuado para atendimento dos objetivos do grupo; prazo máximo do grupo de 60 (sessenta) meses; número máximo de participantes – 100 (cem); permissão para a cobrança das despesas de registro dos contratos; (d) autorização para a constituição de bens móveis e imóveis.

Até 1987, em razão de contratempos como o aumento das prestações mensais, o reajuste de saldo de caixa e a dilatação dos grupos de consórcios aliada ao despreparo das administradoras para o atendimento da demanda, a intervenção no sistema pelo Poder Público foi maciça, o que não atendeu aos anseios dos consumidores e empresários do setor. Neste contexto, confirmam-se as normas editadas pelo Poder Público no período: Portaria do SRF 348, de 01.07.1987, dispõe sobre poderes para autorizar ou negar autorização para formar e organizar administradora de consórcios; Portaria do MF 157, de 18.03.1988, dispõe sobre autorização de caráter especial; Portaria do MF 08, de 17.01.1989, dispõe sobre

prazos para formação de grupos de consórcio, limita o valor de lance e antecipações e dá outras providências; Instrução Normativa do SRF 037, de 26.06.1979, dispõe sobre pedidos de autorização para grupos de consórcio; Instrução Normativa do SRF de 01.07.1981 visa dirimir dúvidas sobre a exata caracterização das irregularidades verificadas na execução das operações de consórcio; Instrução Normativa do SRF 065, de 05.07.1983, estabelece normas para a formação de grupos de consórcio que objetivem a aquisição de preços diferenciados; Circular SUSEP 024, de 15.03.1972, estabelece normas para o seguro de vida em grupos de consórcio; Circular SUSEP 021, de 15.08.1986, estabelece normas para o seguro de grupos de consórcio; Ato Declaratório (Normativo) SRF/CST 07, de 06.04.1977, dispõe sobre o reajustamento de preço constante da nota fiscal após aquisição de veículo através de consórcio; Ato Declaratório (Normativo) SRF/CST 65, de 28.10.1987, dispõe sobre as aplicações financeiras realizadas pelas administradoras de consórcio; Parecer Normativo SRF/CST 01, de 06.01.1983, dispõe sobre a aquisição de bens através de consórcios, entre outras.

A partir de 1987, o Ministério da Fazenda buscou consolidar as normas do sistema de consórcio. Nesse ponto, editou a Portaria MF 330, de 23.09.1987, que consolidou as regras do consórcio e revogou uma enorme gama de normativos.

A sedimentação desta política ocorreu com a edição da Portaria MF 190, de 27.10.1990, que reformulou de forma detalhada o sistema, estabeleceu o conceito de vários institutos do consórcio, além de viabilizá-lo para reflexos econômicos financeiros de nossa economia. O grande mérito dessa Portaria consistia na possibilidade de propiciar aos consorciados um aprendizado autodidático, haja vista que foi redigida de forma clara, com uma linguagem de fácil compreensão pelos consumidores.

Em março de 1990, uma série de normativos do Poder Público interferiu no sistema, culminando com a proibição por prazo indeterminado da constituição de administradora de consórcios e a comercialização de cotas para a formação de novos grupos, a saber: Portaria MF 191, de 27.10.1989, que consolidou o plano de contas e a demonstração de recursos do consórcio; Portaria MF 028, de 05.03.1990, que consolidou as normas para formação e organização de grupos de consórcio de

bens imóveis; Portaria da MEFP, de 13.08.1990 e Portaria da MEFP 496, que vedou a concessão de autorização para novas administradoras e a constituição de novos grupos de consórcio; Resolução Bacen/CMN 1778, de 19.12.1990, que vedou por prazo indeterminado a concessão de autorização para operar com consórcios e constituições de novos grupos e a venda de cotas novas e vagas.

Em 01.03.1991, A Lei nº.8.177 transferiu a competência de fiscalização e controle do sistema de consórcios para o Banco Central do Brasil, que, como sucessor do Ministério da Fazenda, tornou-se a autoridade responsável para concessão de autorização para constituição de novas administradoras e autorização para comercialização de cotas e formação de grupos de consórcios, fixando seus limites, prazos, normas e modalidades contratuais.²⁰

A partir de 1992, o Banco Central do Brasil passou a renormatizar o sistema, com a revogação da Resolução 1.778, de 19.12.1990, que vedou a constituição de novos grupos de consórcios e a venda de cotas novas e a edição de novas circulares no âmbito administrativo, financeiro e comercial, de interesses das empresas e dos consumidores. A Resolução Bacen 1.936, de 30.06.1992, revogou a proibição de comercializar cotas e constituir empresas de consórcios.

Nesse contexto, a Circular Bacen 2.196, de 30.06.1992, aprovou o Regulamento que disciplina a constituição e funcionamento de grupos de consórcios referenciados em automóveis, camionetas, *buggies* e utilitários, de produção nacional ou estrangeira.

Em 09.12.1992, a Circular Bacen 2.255 alterou o sobredito regulamento e possibilitou que as alterações introduzidas pela Circular 2.196/92, caso aprovadas pelos consorciados dos grupos já constituídos, poderiam ser aplicadas aos grupos anteriores à sua edição.

²⁰ Lei 8.177, de 01.03.1991: Art. 33. A partir de 01.03.1991, são transferidas para o Banco Central do Brasil as atribuições previstas nos arts. 7º e 8º da Lei 5.768, de 20.12.1971, no que se refere às operações conhecidas como consórcios, fundo mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza. Parágrafo único. A fiscalização das operações mencionadas neste artigo, inclusive a aplicação de penalidades, será exercida pelo Banco Central do Brasil.

Em 23.09.1992, o Banco Central do Brasil editou a Circular 2.230/92, estabelecendo que os dispositivos contidos no Regulamento anexo à Circular 2.196/92, passassem a disciplinar a constituição e o funcionamento dos grupos de consórcios referenciados em motocicletas e motonetas, constituídos a partir de 23.09.1992.

Em 26.05.1993, o Banco Central do Brasil, através da Circular 2.312, de 26.05.1993, regulamentou a constituição de grupos de consórcios referenciados em bilhetes de passagens aéreas.

Em 14.07.1993, a Circular Bacen 2.342 estabeleceu que as disposições contidas no regulamento anexo à Circular 2.196, de 30.06.1992, com as alterações introduzidas pela Circular 2.255, de 09.12.1992 – que disciplinam a constituição e o funcionamento dos grupos de consórcios referenciados em veículos automotores – passaram a disciplinar também aqueles referenciados em caminhões, ônibus, tratores, equipamentos rodoviários, máquinas e equipamentos agrícolas, aeronaves e embarcações, constituídos a partir de 01.08.1993.

Em 02.12.1993, a Circular 2.386 do Banco Central do Brasil aprovou o Regulamento de consórcio que disciplina a constituição e o funcionamento dos grupos de consórcios referenciados em eletrodomésticos, eletroeletrônicos, móveis, brinquedos, instrumentos musicais, bicicletas, entre outros, constituídos a partir de 03.01.1994.

Em 21.12.1993, a Circular Bacen 2.394 alterou o Regulamento anexo à Circular 2.196/92, com as modificações introduzidas pela Circular 2.255/92, que regulamentam a constituição e o funcionamento dos grupos de consórcios referenciados em caminhões, ônibus, tratores, equipamentos rodoviários, máquinas e equipamentos agrícolas, aeronaves e embarcações, automóveis, camionetas, *buggies*, utilitários, motocicletas e motonetas, possibilitando que as alterações introduzidas, caso aprovadas pelos integrantes dos grupos constituídos anteriormente à sua edição, poderão ser aplicadas aos citados grupos.

Em resumo, os grupos de consórcio que tenham por objetivo a entrega de automóveis, utilitários, camionetas, *boggies*, passagens aéreas, motocicletas, motonetas, caminhões, ônibus, tratores, equipamentos rodoviários, máquinas e equipamentos agrícolas, aeronaves e embarcações, eletrodomésticos, eletroeletrônicos, móveis, brinquedos, instrumentos musicais, bicicletas, entre outros, foram todos renormatizados pelo Banco Central do Brasil.

No início do segundo semestre de 1997, o Banco Central do Brasil editou a Circular 2.766, de 03.07.1997, iniciando um processo de desregulamentação das normas e regras dos contratos de consórcio. Em outras palavras, as administradoras de consórcio passaram a ter autonomia para fixar os limites, os prazos, as taxas, números de participantes e as principais modalidades dos contratos.

Fabiano Lopes Ferreira²¹, comentando a Circular Bacen 2.766/97, menciona que: “Embora alguns empresários considerem a referida circular um pouco tímida, não podemos negar que ela deu liberdade para que as administradoras de consórcio estipulem, através do contrato de adesão, as normas básicas de funcionamento do consórcio, principalmente com relação à forma de contemplação, à formação dos créditos, à fixação das prestações mensais e da cobrança de taxas e despesas”.

Entretanto, por outro lado, o Banco Central do Brasil estabeleceu a remessa obrigatória de informações relativas às operações de consórcios, estabelecendo que as informações prestadas pelas administradoras de consórcios devem apresentar: quantidade de grupos em andamento; cotas vendidas, contempladas e substituídas; número de participantes vivos; índice de inadimplência; taxa média de administração; bens pendentes de entrega, cujas informações devem ser consolidadas por segmento de bens.

A Circular Bacen 2.889, de 20.05.1999, estabeleceu que as informações devem ser consolidadas nos seguintes segmentos: SEGMENTO I - imóveis; SEGMENTO II - tratores, equipamentos rodoviários, máquinas e equipamentos

²¹ LOPES, Fabiano Ferreira. *Consórcio e Direito: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 170.

agrícolas, embarcações, aeronaves, veículos automotores destinados ao transporte de carga com capacidade superior a 1.500 Kg e veículos automotores destinados ao transporte coletivo com capacidade para vinte passageiros ou mais; SEGMENTO III - veículos automotores não incluídos no Segmento II, exceto motocicletas e motonetas; SEGMENTO IV – motocicletas e motonetas; SEGMENTO V – outros bens duráveis; SEGMENTO VI – serviços turísticos.

Neste contexto, os grupos formados antes da edição da Circular 2.766/97, poderiam ou não, aderir a este regulamento, cuja decisão deveria ser tomada na assembléia do grupo. De fato, os grupos formados antes da edição da Circular Bacen 2.766/97 eram regidos pelos seguintes regulamentos: Bens imóveis – Portarias 28/90 e 190/89 do Ministério da Fazenda; Veículos automotores – Circular Bacen 2.196/92; Eletroeletrônicos – Circular Bacen 2.386/93; Passagens aéreas – Circular Bacen 2.312/93.

Em 08.10.2008, a Lei nº.11.795 estabeleceu novas regras para o sistema de consórcios, a saber: (a) os interesses do grupo prevalecem sobre os interesses dos consorciados; (b) formação de grupos de consórcios referenciados em serviços de qualquer natureza²²; (c) utilização da carta de crédito para quitação de financiamento do consumidor²³; (d) maior dificuldade para restituição dos valores recebidos dos consorciados desistentes e/ou excluídos; (e) a possibilidade de execução do contrato de consórcio, entre outras novidades.

Em 03.02.2009, o Banco Central do Brasil editou as Circulares 3.432 e 3.433, estabelecendo os procedimentos a serem cumpridos para a constituição e funcionamento dos grupos de consórcio e a concessão de autorizações para o

²² FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. *ABC do Consórcio: Teórica e Prática*, 5. ed., Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 31: “A partir da vigência da Lei 11.795/08, poderão ser criados grupos de consórcios referenciados em serviços de qualquer natureza, isto é, poderão ser criados grupos de consórcio para financiar os estudos dos filhos, os cursos de pós-graduação, o pagamento de um implante dentário, a viagem dos sonhos, o pagamento de uma cirurgia plástica, entre outros serviços.”

²³ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza, *ABC do Consórcio: Teórica e Prática*, p. 32: “De acordo com a Lei 11.795/08, o valor do crédito poderá ser utilizado para a quitação de um bem em nome do consorciado, ou seja, o consorciado poderá quitar o financiamento da moradia própria ou o veículo, desde que o valor da carta de crédito for suficiente para quitação do contrato.”

funcionamento da administradora de consórcio. Com efeito, referidas circulares regulamentaram a Lei nº.11.795/08, que entrou em vigor a partir de 06.02.2009.

2. A DEFESA DO CONSUMIDOR: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS

Para melhor compreensão do tema da devolução das quantias pagas aos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcio na sistemática da Lei nº.11.795/08 e à luz do Código de Defesa do Consumidor, faz-se necessário uma abordagem sistêmica da defesa do consumidor, observando-se princípios e fundamentos consagrados na Constituição Federal e no diploma consumerista.

2.1 A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de darmos início à apresentação dos princípios norteadores do Direito Consumerista presentes na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, faz-se pertinente e indispensável conceituar o vocábulo “princípio” e analisar a sua função dentro do nosso ordenamento jurídico.

Não há uma definição exata para esta palavra. Podemos utilizar da Hermenêutica para chegarmos a um denominador comum. Partimos da idéia de que os princípios constituem um aglomerado de idéias iniciais ou básicas que servem de fundamento à formação de normas jurídicas.

Na Antiguidade, René Descartes²⁴, ao conceituar princípios, coloca-os próximos ao termo “começo”, “início” e não como “regras convencionais”. É o que se depreende do seu ensinamento:

Os princípios devem ser tão claros e evidentes que o espírito humano não possa duvidar de sua verdade ao aplicar atentamente a considerá-los; por outro lado é preciso que deles dependa o conhecimento das outras coisas, de forma que eles possam ser conhecidos sem elas, mas não reciprocamente elas sem eles.

²⁴ DESCARTES, René. *Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. XXII.

Para o filósofo, o princípio se assemelha a uma verdade absoluta, sendo imperiosa a sua auto-suficiência. Bem por isso, deve-se negar a qualidade de princípio a todo enunciado que se mostrar duvidoso. Admite-se, no entanto, que os princípios dependem de outros conhecimentos, de forma a servir como base de interpretação.

Nos ensinamentos de Geraldo Ataliba²⁵:

“(...) princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências”.

Paulo Bonavides²⁶, a seu modo, aduz que “os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico”.

Daí porque as leis buscam seus fundamentos nos princípios regradados na sociedade. Utiliza-se dos costumes e da analogia. Em suma, compreendemos que “os princípios são valores morais, políticos e jurídicos de determinada sociedade proclamados por normas de direito, que denominamos normas principiológicas”.²⁷

Os princípios, então, orientam e direcionam a interpretação das normas jurídicas em geral. São normas especiais que atuam como liga dentre as diversas normas componentes do sistema jurídico. Os princípios fazem com que os sem números de normas existentes no nosso ordenamento jurídico formem um conteúdo harmônico. Não fossem os princípios, os elementos (normas) do ordenamento jurídico jamais conseguiriam se interrelacionarem, a fim de formar um sistema uno e indivisível.

²⁵ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 6-7.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 257.

²⁷ ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50.

O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito e explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam²⁸.

Ao cuidar dos princípios jurídicos, Celso Antonio Bandeira De Mello²⁹ assim dispõe:

“(...) princípio jurídico é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

No mesmo diapasão, Eros Roberto Grau³⁰ destaca que “princípio jurídico não é senão uma regra jurídica particularmente importante, em virtude das conseqüências práticas que dele decorrem”.

Os princípios impõem valores fundamentais que devem ser respeitados e observados, ou seja, o conteúdo de toda e qualquer norma jurídica deve estar de acordo com os princípios jurídicos, assim como a interpretação dessas normas deve, por eles, guiar-se.

Valendo-se das lições de Dworkin e Larenz, José Joaquim Gomes Canotilho³¹ diferencia os princípios das normas e leciona que: “Os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de Direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”.

²⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.09.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 230.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 97.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.086.

Nos dizeres de Luiz Antônio Rizzatto Nunes³²:

“Embora os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, por todos os motivos já elencados, aqueles têm maior pujança axiológica do que estas. São, pois, normas especiais, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientando e condicionando a aplicação de todas as demais normas. E, conforme defendemos no início, os princípios se impõem de forma absoluta.”

Ainda que pareça abstrata e genérica a idéia de princípio, sua incidência e eficácia no plano real é plena e total, pois, como todas as normas jurídicas devem, necessariamente, respeitar princípios jurídicos, a partir do momento em que elas incidem no caso concreto, levam consigo o conteúdo nele inserido.

E não somente quando a norma atua no mundo concreto, mas, também quando há ausência de lei (leia-se lei infraconstitucional). Com efeito, ainda que não haja norma para incidir no caso concreto - quando houver lacunas na lei, portanto, o juiz utilizará para decidir o caso, dentre outros meios, os princípios gerais do direito. Dada a importância crucial do princípio jurídico, ele sempre estará incidindo num mundo real, seja na interpretação de uma norma, seja na colmatação de alguma lacuna, e sempre em primeiro plano.

Com precisão, Patricia Caldeira Pavam³³ adverte que:

“Na escala hierárquica do nosso ordenamento jurídico, os princípios ocupam posição de supremacia, uma vez que traduzem valores fundamentais e traçam diretrizes do microssistema ao qual pertencem. São, pois, a guia mestre do intérprete, de tal sorte que, ao lançar mãos das regras de interpretação, o estudioso terá que, inevitavelmente, acompanhar a direção dos princípios, sob pena de realizar uma interpretação falha, inválida e até antijurídica.”

Logo, diante da definição e função dos princípios, concluímos que não é possível interpretar uma norma sem se pautar nos princípios jurídicos. Dos princípios surgem várias normas e preceitos. O princípio dá a idéia, a base, o caminho a ser

³² RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Princípios do direito material do consumidor na Constituição Federal*. Tese de livre docência. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 40.

³³ PAVAM, Patricia Caldeira. *O Ministério Público e a defesa em juízo do direito individual e homogêneo do trabalhador*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 55.

percorrido pelas normas. Tendo em mira a teleologia do princípio é que se elaborarão normas condizentes com o sistema jurídico, bem como se interpretará tais normas. Ele dá o molde do ordenamento jurídico.

2.2 A BASE CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor não surgiu por acaso, tampouco decorreu de um simples projeto como qualquer lei ordinária. Ele é a concretização de uma longa evolução e resultado de todos os movimentos e legislações consumeristas anteriormente ocorridos no Brasil³⁴ e no exterior³⁵.

Segundo Sergio Cavalieri Filho³⁶, na década de 80, já havia se formado no Brasil forte conscientização jurídica quanto à necessidade de uma lei específica de defesa do consumidor, uma vez que o Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, não mais conseguiam lidar com situações tipicamente de massa. Essa conscientização foi levada para a Assembléia Nacional Constituinte, que acabou por optar por uma codificação de normas de consumo.

Assim, foi o constituinte originário que determinou a elaboração de uma lei para a defesa do consumidor, o que evidencia que o Código de Defesa do Consumidor, diferentemente de outras leis ordinárias em geral, tem origem

³⁴ Marcelo Gomes Sodré em sua obra *“Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor”* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007) divide as fases da legislação de defesa do consumidor em: primórdios da legislação (até meados da década de 1930); primeiro estágio: legislação penal (meados da década de 1930 a 1960); segundo estágio: legislação de direito administrativo (de 1960 a 1985); e terceiro estágio: legislação de direitos difusos (1985 aos nossos dias).

³⁵ Mario Ferreira Monte, jurista português, ao fazer uma retrospectiva histórica do consumerismo, narra que: “Na verdade, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor foi o culminar de um movimento, já que, como confessadamente dizem os autores de seu anteprojeto, ele se inspirou em outras leis advindas de outros países [...]. Por outro lado, significa o primeiro passo para a codificação, no resto do mundo, porque, na verdade, foi o primeiro Código a surgir, principalmente se atendermos à sua ambiciosa estrutura, bem como à quantidade de normas que regulamentam todas as matérias atinentes ao consumidor e onde tem lugar mesmo um conjunto de normas sancionatórias, administrativas e penais” (*Da proteção penal do consumidor: o problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*. Almedina, 14996, p. 82).

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo, Editora Atlas: 2008, p. 10.

constitucional. Em outras palavras, foi o constituinte originário, portanto, que instituiu um direito subjetivo público geral a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, para que o Estado, na forma da lei, realizasse a defesa do consumidor.

De fato, após diversas constituições, apenas a atual determina a “codificação” das normas de consumo. A Constituição Federal de 1988 trouxe o arcabouço necessário para erguer-se em nosso ordenamento jurídico um microssistema de proteção às relações de consumo. Com o advento da atual ordem constitucional, erigiu-se a proteção do consumidor à categoria de direito assegurado pela Lei Maior.

São três os artigos da Constituição Federal que tratam diretamente do tema da defesa do consumidor: Art. 5º, inciso XXXII; Art. 170, inciso V; e Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os quais passamos a analisar.

A Constituição Federal de 1988, quando cuidou dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabeleceu, no inciso XXXII de seu artigo 5º, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Neste contexto, importante frisar que o Estado ao qual se refere nossa Constituição Federal é traduzido pela atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário³⁷. Assim, todos, na forma da lei, devem zelar pela proteção dos interesses e direitos do consumidor.

Marcelo Gomes Sodré³⁸ atesta que o pressuposto de existência do inc. XXXII do art. 5º da CF é de que a relação de consumo é, por definição, desigual. As partes desta relação – consumidor e fornecedor – não têm o mesmo poder e conhecimento, e por isto uma delas – o consumidor – merece proteção do Estado. A idéia da vulnerabilidade do consumidor, que é explicitada na legislação específica, já está escrita na própria Constituição Federal na exata medida em que cabe ao Estado proteger este ator vulnerável nas relações de consumo.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 266, Destacando-se: “Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista”.

³⁸ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

Como o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal não explicita como o Estado deve promover a defesa do consumidor, encontramos no art. 170 do texto constitucional os limites desta defesa, onde ela foi incluída entre os princípios gerais da Ordem Econômica, no mesmo *status* dos princípios da soberania, da propriedade privada, da livre concorrência e outros.

Com efeito, tem-se a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica (inciso V do art. 170 da CF). Dentre os princípios que elegeu o constituinte como indispensáveis para alicerçar a ordem econômica, repousa a defesa do consumidor. Ou seja, qualquer atividade econômica desenvolvida no Brasil, além de fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, assegurando-se aos cidadãos uma vida digna, deverá observar e suportar os ônus decorrentes da defesa do consumidor.

É possível dizer que se encontra na Constituição Federal um óbice para o desenvolvimento de atividade econômica lesiva ao consumidor. Alçou o legislador a defesa do consumidor à categoria de garantia-base, sem a qual a atividade econômica não pode desenvolver-se dentro do campo da legalidade.

Comentando o comentar o artigo 170 da Constituição Federal sob a ótica da defesa do consumidor, Marcelo Gomes Sodré³⁹ afirma que: “O legislador constitucional, em 1988, optou por estabelecer que a livre iniciativa e a defesa do consumidor eram ambos, em conjunto, princípios da ordem econômica; por esta razão, tais princípios devem ser compatibilizados. Melhor dizendo: a livre iniciativa deve ser limitada (não é tão livre quanto poderia parecer!) ao fato de o consumidor não ser lesado. E cabe ao Estado, pelas mais diversas formas, prevenir e punir a ultrapassagem destes limites. É este, inclusive, o sentido do disposto no par. ún. do art. 170 da CF.”

E, com o escopo de trazer a regulamentação da questão à sede infraconstitucional, encontramos o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que trouxe a seguinte determinação: “O Congresso Nacional, dentro de

³⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. “*Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*”. p. 165.

120 (cento e vinte) dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

A “codificação” se deu após o trabalho de uma comissão de notáveis juristas adeptos do tema. Teve seu tratamento final depois de decorridos quase 2 (dois) anos. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi votado e aprovado com alterações ao projeto inicial, culminando com a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A proteção do consumidor no Brasil apresenta disciplina constitucional, o que revela a magnitude da tutela jurídica. De interesse, neste ponto, excerto extraído do magistério de Cláudia Lima Marques⁴⁰:

“A Lei 8.078/90 tem clara origem constitucional (artigo 170, artigo 5º, todos da Constituição Federal de 1988-CF/88), subjetivamente direito fundamental e princípio macro, ordenador da ordem econômica do país. E igualmente lei geral principiológica em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo”.

Além do Art. 5º, inciso XXXII; Art. 170, inciso V; e Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o professor Marcelo Gomes Sodré⁴¹ destaca que o Art. 24 tem dois incisos (V e VIII)⁴² relevantes na formação de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Contudo, aponta o professor Marcelo que a Constituição Federal do Brasil foi pouco sistemática no que diz respeito à defesa do consumidor, não existindo um capítulo específico, nem um artigo específico sobre o tema, o que demonstra algum atraso do Brasil em relação a outros países, pois em constituições contemporâneas tal já ocorria.⁴³

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

⁴¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. “*Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*”. p. 162.

⁴² CF/88, Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) V – produção e consumo; (...) VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁴³ Em sua obra “*Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*”, Marcelo Gomes Sodré cita que as Constituições Nacionais de Portugal e Espanha, por exemplo, apresentam artigos sistematizadores a respeito do assunto. No âmbito da América Latina, a Constituição Argentina, em reforma ocorrida em 1989, passou a ter um artigo extremamente organizador sobre a defesa do consumidor.

Logo, deduzimos que as diretrizes do Direito do Consumidor estão fortemente relacionadas e vinculadas aos preceitos de natureza fundamental. Assim, demonstramos a importância do Direito Constitucional ao tema em tablado, pois é dele que se realiza “o estabelecimento de poderes supremos, a distribuição da competência, a transmissão é o exercício da autoridade, a formulação dos direitos e das garantias individuais e sociais⁴⁴”.

Igualmente, verifica-se, pela redação dos dispositivos constitucionais que tratam diretamente do tema da defesa do consumidor, destacada preocupação do constituinte com os denominados direitos metaindividuais, bem como com os direitos individuais pertinentes à seara consumerista. Para Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano⁴⁵, cuida-se, em verdade, de diferenciada categoria de direitos voltada a um correspondente grupo de destinatários até então em situação de desproteção, tendo em vista a sua não-identificação como sujeitos necessitados de especial proteção estatal, já que questões relativas ao agora já catalogado mercado de consumo eram resolvidas em âmbito civil ou comercial.

Essas observações têm como escopo ressaltarmos alguns princípios e normas que serão abordadas adiante, e que serviram de embasamento à legislação infraconstitucional.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Como se sabe, o nosso sistema jurídico é estruturado de forma “piramidal”, hierárquica, trazendo no topo a Constituição Federal, a norma mais importante, o ponto de partida⁴⁶ do ordenamento jurídico inteiro, de tal forma que é ela quem confere validade a todas as demais normas infraconstitucionais.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22

⁴⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano e SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado: (doutrina e jurisprudência)*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2

⁴⁶ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 69.

Desta forma, resta evidente que os princípios constitucionais são ainda mais importantes do que os princípios gerais. Aliás, são verdadeiras regras-mestras dentro do sistema positivo. Eles exercem o papel de catalizadores de todas as normas constitucionais, sistematizando-as e concatenando-as, a fim de dar forma ao documento jurídico. Nenhuma interpretação será válida se conflitar com um princípio constitucional.

De grande valia é a lição de Celso Ribeiro Bastos⁴⁷:

“Os princípios constitucionais são aqueles que guardam valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que a norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa, ganha com força valorativa a espriar-se por cima de um sem número de outras normas.”

Em nossa atual Constituição Federal, podemos vislumbrar princípios que direcionam e dão base às normas consumeristas implantadas em leis infraconstitucionais, assim como as que estão previstas no Código do Consumidor.

Precisamos começar dizendo que a Constituição Federal, cronologicamente, declara que o regime político brasileiro é o republicano do tipo federalista e o Estado brasileiro é Estado Democrático de Direito, sendo que a República brasileira tem como fundamentos: a) a soberania; b) a cidadania; c) a dignidade da pessoa humana; d) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e) o pluralismo político (art. 1º, *caput*).

Do art. 3º da Carta Magna exurgem os objetivos fundamentais da República: a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; b) a garantia do desenvolvimento nacional; c) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; d) a promoção do bem de todos,

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 143.

sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses princípios, que estão ligados a outros relativos aos direitos e garantias fundamentais, são necessários à correta interpretação de todas as normas constitucionais, bem como daquelas instituídas no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, exporemos, de forma sistemática, os princípios constitucionais norteadores das relações de consumo, com objetivo de darmos enfoque didático ao desempenho do presente trabalho.

Começamos dizendo que a soberania é um princípio fundamental do Estado brasileiro, que aparece no inciso I, do art. 1º. Encontra-se, também, no inciso I do art. 170 e está ligado ao art. 4º, que trata dos princípios pelos quais a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais. A soberania de um Estado implica a sua autodeterminação com independência territorial, de modo que pode, por isso, pôr e impor normas jurídicas na órbita interna e relacionar-se com os demais Estados na ordem internacional. Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁴⁸ destaca que é muito importante realçar o aspecto da soberania, quanto mais se pretende, à guisa de implementação de uma “ordem globalizada”, impor uma série de condutas sem que o sistema constitucional o permita.

O Art. 3º da CF, que apresenta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dita no seu inciso I o seguinte: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. O conceito de justiça espelhado no texto maior é aquele dirigido à realidade social concreta.

⁴⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

Essa é uma das metas que o Estado Brasileiro busca constantemente alcançar ao longo de um lapso temporal indeterminado. Trata-se, portanto, de uma norma de conteúdo programático⁴⁹.

Não se trata de uma abstração da norma máxima. É objetivo a ser alcançado realmente no contexto histórico atual pela República. Isto dará ao intérprete, tanto das regras constitucionais quanto das infraconstitucionais, alternativas de resolução de problemas não só a partir dos princípios reguladores da justiça, como daqueles tradicionalmente conhecidos como equidade na aplicação de cada caso concreto.

Também como decorrência do estabelecido no inciso I do art. 3º do texto constitucional, a República brasileira tem como objetivo a construção de uma sociedade solidária. Trata-se de um dever ético que se impõe a todos os membros da sociedade, na medida em que compõem um único todo social.

Outrossim, é essencial numa relação de consumo a observância da livre contratação. O consumidor é livre para negociar com qualquer tipo de fornecedor, contanto que seja feita de forma lícita e legal. Para que tenhamos um Estado Democrático de Direito é fundamental a observância deste princípio, como também o da justiça nas relações consumeristas, onde devem ser respeitadas as obrigações de cada parte, buscando sempre evitar o desequilíbrio contratual.

Outra preocupação que devemos ter é com a segurança jurídica nas referidas relações. A teoria contratual vem observar o compromisso das partes com o justo. “Segurança e justiça passaram a ser os dois valores a serem perseguidos em plano de harmonização efetiva⁵⁰”.

⁴⁹ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da et al. *Direito Constitucional – concursos públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1996, p. 21.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 09.

No *caput* do Art. 5º⁵¹, a intenção do legislador constituinte foi a de fixar a igualdade entre os indivíduos, assim como podemos observar no inciso I, que diz: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Trata-se de uma norma dirigida ao aplicador da lei e ao próprio legislador, uma vez que somente através da positivação é possível igualar os indivíduos e, dessa forma, a elaboração de toda e qualquer norma deve se basear no tratamento igual das pessoas. O princípio da igualdade proíbe, assim, que uma lei seja fonte de privilégios ou perseguições. Deva ela tratar todos de forma equânime.

O princípio da igualdade é fundamental para as normas que norteiam as relações de consumo, pois o objetivo do Código de Defesa do Consumidor é de determinar o ponto de equilíbrio entre consumidores e fornecedores, tratando os desiguais de forma desigual.

Tratar com desigualdade seria discriminar, não manter uma igualização. Uma das funções da lei é discriminar situações, e isso não fere, por si só, o princípio da igualdade. Em outras palavras, nada impede que a lei adote um critério de discriminação, desde que o mesmo seja justificado e tenha correlação lógica com o tratamento jurídico e os valores protegidos.

Em consonância com as explanações acima, temos a norma consagrada no Art. 4º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Desta maneira, procurou-se, de alguma forma, garantir a igualdade com a harmonia entre as pessoas envolvidas na relação consumerista. Este equilíbrio é

⁵¹ CRFB/88, Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

bastante difícil de ser operacionalizado, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor, respaldado na lei. Defendemos o entendimento de que a igualdade das partes deve ser absoluta, não devendo existir distinções que provocariam máculas ao direito de igualdade e, conseqüentemente, ocasionariam o desequilíbrio contratual e processual.

O princípio da igualdade é o mesmo princípio da isonomia. Referem-se à isonomia entre homens e mulheres, consumidores e fornecedores, contratantes e contratados, empregadores e empregados, entre outros, a depender da relação jurídica realizada.

Temos, também, o princípio da legalidade, elencado no inciso II do Art. 5º, que instrui: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. De início, para melhor compreensão, citaremos as informações trazidas por Alexandre de Moraes⁵² em seu livro de Direito Constitucional:

“O art. 5.º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio busca combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei”.

Este princípio é o principal sustentáculo do Estado de Direito. Tem como alvo preceituar que somente condutas típicas, determinadas em lei, do qual se impõe sanção, submetem o agente do fato à pena cabível. Tal informação tem ligação direta com o inciso XXXIX, que informa: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Constatamos dois princípios, o da anterioridade e da reserva legal, exigindo que o preceito e a sanção estabelecidos pelo legislador precedam ao fato típico.

O movimento consumerista no Brasil foi coroado com a inclusão da defesa do consumidor na Constituição da República de 1988. Admite-se a defesa do

⁵² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 66.

consumidor como princípio constitucional e, mesmo, como direito fundamental. Assim está veiculado no inciso: “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

A partir deste inciso, dá-se início à construção de um sistema normativo de competência da União, que regulará as relações de consumo. Surge, então, o Código de Defesa do Consumidor - a Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, cuja promulgação se deve ao mandamento constitucional acima descrito.

Ainda no campo constitucional, entendemos que há um princípio geral de direito – que dá densidade normativa ao valor – e que funciona como verdadeiro fundamento para a disciplina constitucional do Direito do Consumidor: a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios que fundamenta o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, estampado no artigo 1º da Constituição Federal. O referido princípio é de suma importância, vez que servirá de guia para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas.

Fábio Konder Comparato⁵³ apresenta um conceito do que representa a dignidade para o ser humano:

“A dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como um dos princípios fundamentais da República brasileira a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Entretanto, para a concretização dessa dignidade é necessário que se estabeleçam certas garantias – mínimas – e certos direitos básicos. E foi o que a Constituição

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

Federal fez em seu art. 6º, assegurando a todos direitos sociais, tais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, proteção à maternidade, etc., o que quer dizer que, sem essas garantias mínimas, não é possível ter uma vida digna.

Ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁵⁴, em sua tese de livre-docência, cria a expressão “piso vital mínimo”, relacionada aos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, que devem ser assegurados concretamente ao indivíduo, a fim de garantir e respeitar a sua dignidade.

André Osório Gondinho⁵⁵, a respeito do princípio da dignidade humana na ordem constitucional, apresenta a seguinte posição:

“(…) nossa ordem constitucional tem como fundamento básico a dignidade da pessoa humana, o que significa que todo o direito deve ser construído, seja por via legislativa, seja por concreção judicial, sobre essa noção. O preceito constitucional deve ser uma diretriz ao legislador ordinário, mas também ao operador que utilizá-lo como normativa para aplicação de regra ordinária, seja um modelo casuísta, seja uma cláusula geral”.

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrighi⁵⁶, apresenta lição digna de nota:

“Ora, se a dignidade da pessoa humana é um valor em si mesmo, absoluto, conclui-se que nas relações de consumo, o fornecimento de produtos e serviços não pode se dar em detrimento da dignidade do homem consumidor, sobretudo de seus direitos da personalidade, como o direito à honra, a um nome sem mácula, à intimidade, à integridade física, psíquica e à imagem, entre outros. Esses direitos vêm previstos no Código de Defesa do Consumidor, em particular, nos art. 6º, inc. I, que expressa a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor; 8º como complementação do 6º, 42, 43 e 71, que implicitamente resguardam a honra e a imagem do consumidor”.

⁵⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*. Tese de livre-docência. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 35.

⁵⁵ GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. In: *Revista Trimestral de Direito Civil* Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2000, p. 2-19.

⁵⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (coord.) *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Também de muita importância para o Direito do Consumidor, o princípio da informação está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, precisamente no art. 5º, XIV, da Constituição Federal, *verbis*: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Além de ser um princípio constitucional, pela leitura de diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, nota-se a preocupação em garantir a adequada informação na relação consumerista. Na constituição Federal, o direito de informação pode ser contemplado três espécies: a) o direito de informar; b) o direito de se informar; c) o direito de ser informado. Com efeito, o direito de informar é basicamente uma prerrogativa conferida pela Carta magna; os outros dois são obrigações, e bastante relevantes para as relações de consumo.

E isto porque o dever de informação não se refere apenas ao bem oferecido – produto ou serviço. A informação também deve estar presente na relação contratual e de forma ampla. Em outras palavras, o consumidor tem o direito de ser informado de maneira clara e precisa, quanto a todas as fases da negociação, os possíveis desdobramentos, as conseqüências e os efeitos, de forma que possa manifestar sua vontade em adquirir o produto/serviço sem máculas ou ignorância de algum fator, que se tivesse conhecimento, o levaria a não contratar.

Como bem destaca Alexandre David Malfatti⁵⁷:

“O princípio da informação pode ser classificado como um princípio constitucional implícito extraído da interpretação sistemática – atuando em conjunto com o processo de generalização – de outros princípios constitucionais: da dignidade da pessoa humana; da livre iniciativa; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza; da redução das desigualdades sociais e regionais; da promoção do bem de todos; da proteção à vida (e à saúde); da liberdade de expressão (intelectual, artística, científica e comunicação); do acesso à informação; da defesa do consumidor; da livre concorrência; do respeito aos valores éticos e sociais e da família. Não se tem dúvida, desta forma, do nível constitucional do princípio da informação nas relações de consumo.”

⁵⁷ MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

Ainda sobre os princípios constitucionais de proteção ao consumidor, o princípio da eficiência deve ser observado pela administração pública direta e indireta. O *caput* do art. 37 da Constituição Federal estabelece que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes⁵⁸ analisa que: “Se para a iniciativa privada a Constituição Federal guardou os princípios da atividade econômica, por meio dos quais o empreendedor está obrigado a assumir riscos e, pelo parâmetro da concorrência, oferecer produtos e serviços com melhor qualidade e preço mais baixo, para o serviço público o texto magno reservou a eficiência”.

A redação do *caput* do art. 37 é efetuada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, que exatamente incluiu o termo “eficiência” na norma. Mas o inciso IV do parágrafo único do art. 175 já dispunha a obrigação de se manter serviço adequado. Assim, à obrigatoriedade da adequação do serviço público se acresceu a eficiência.

Isso significa que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser realmente eficiente; tem que cumprir sua finalidade na realidade concreta. O sentido de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona. A eficiência é um *plus* necessário da adequação. O indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para a qual este foi criado é suprida concretamente. É isso que o princípio constitucional da eficiência pretende.

Finalizando o tópico dos princípios constitucionais de proteção ao consumidor, destacamos que a publicidade como meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor tem guarida constitucional, ingressando como princípio que deve orientar a conduta do publicitário no que diz respeito aos limites da possibilidade de utilização desse instrumento.

⁵⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor*. p. 60.

A Constituição Federal cuidou da publicidade do serviço público no art. 37, que regula, entre outros, o princípio da moralidade (par. 1º desse art. 37). E tratou da publicidade de produtos, práticas e serviços no capítulo da comunicação social (inciso II do par. 3º do art. 220), guardando regra especial para anúncios de bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (par. 4º do art. 220). O inciso II do par. 3º do art. 220 estabelece que se deve contra a publicidade nociva à saúde e ao meio ambiente. A pessoa e a família, além de outras garantias, têm assegurado o respeito a valores éticos (inciso IV do art. 221).

Logo, tanto no art. 37 quanto no capítulo da comunicação social, a Carta Magna protege a ética. E para fins de publicidade em matéria de relações de consumo, o valor ético fundamental é o da verdade⁵⁹. Assim sendo, o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia, de forma alguma, quer seja por afirmação, quer seja por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio.

Esses são os princípios constitucionais essenciais ao Direito do Consumidor, principalmente no que tange à busca de garantia da boa-fé e a harmonia nas relações de consumo.

A partir dos princípios constitucionais norteadores das relações de consumo, pode-se dizer que a proteção consagrada na Constituição do Brasil representa uma tendência mundial de tutela do cidadão na sua face mais corriqueira e que integra sua dignidade: a face de consumidor.

2.4 O MICROSSISTEMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é a fonte normativa infraconstitucional mais relevante para a disciplina da relação de consumo.

⁵⁹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor*. p. 63.

Para Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi⁶⁰ à Lei nº. 8.078/90 foi dada a incumbência de regular o mercado, no intuito máximo de contabilizar os excessos praticados contra o consumidor e dar instrumentos para puni-los, visando garantir a sanidade de um mercado leal. Busca-se o equilíbrio real das relações de consumo, pressupondo-se a real e concreta desvantagem que o consumidor assume nestas relações.

Forte nestes objetivos, o Código de Defesa do Consumidor é considerado uma lei multidisciplinar, repositório de diretrizes e mecanismos próprios às relações de consumo. Nos termos de seu artigo 1º, é lei de ordem pública e de interesse social, ou seja, possui contorno imperativo, de caráter cogente e obrigatório, o que equivale dizer que nem as partes, nem o magistrado podem dispor de suas normas. É, portanto, instrumento apto a regular as relações entre fornecedor e consumidor, incluídos os consumidores equiparados e também atingidos pela relação de consumo.

Justificando a obrigatoriedade de uma lei de ordem pública, Maria Helena Diniz⁶¹ afirma que:

“A imperatividade absoluta de certas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos. Existem relações humanas que pela sua grande importância são reguladas, taxativamente, em normas jurídicas, a fim de evitar que a vontade dos particulares perturbe a vida social. As normas impositivas tutelam interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum, por isso é que são também chamadas de ordem pública.”

Ao tratar do Código de Defesa do Consumidor, Nelson Nery Júnior afirma que este diploma legal criou um microsistema de Direito das Relações de Consumo. A idéia de que o diploma legal consumerista é um microsistema reflete a organização de seu conteúdo, bem como a sua especialidade e prevalência em

⁶⁰ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. Artigo inserido na obra coletiva “*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*”. Coordenação: Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira, 1. ed. São Paulo, Editora Verbatim, 2009, p. 239.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, vol. I, p. 34.

relação a qualquer outra norma que trate de uma questão de consumo, naquilo que a contrarie. Essa visão permite afirmar que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro é uma lei principiológica.

Enquanto lei principiológica, o Código de Defesa do Consumidor ingressa no sistema jurídico fazendo, como ilustra Luiz Antônio Rizzatto Nunes⁶², um corte horizontal, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional.

Nas palavras de Nelson Nery Junior⁶³:

“O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética...

Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo, deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, sobrevivendo lei que regule, v. g., transporte aéreo, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC. [...] Destarte, o princípio de que a lei especial revoga a lei geral não se aplica ao caso em análise, porquanto o CDC não é apenas lei geral das relações de consumo, mas, sim, lei principiológica das relações de consumo.

Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas.”

A respeito do microsistema protetivo das relações de consumo, Ricardo Luis Lorenzetti⁶⁴ assevera que:

⁶² RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 432.

⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires: 2006, p. 29. “[...] es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud de lo pactado por las partes, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. La autonomía privada conduce al individualismo y la fractura del orden social si no hay un mínimo de perspectiva pública sobre las acciones privadas; el orden público que examinamos obedece a este propósito. Dentro de esta cuadrícula axiológica, se refiere a principios mínimos: la persona, sus atributos, la moral y las buenas costumbres, la libertad de comercio.”

“[...] é um conjunto de normas imperativas que controla a licitude do que é pactuado entre as partes, principalmente sua adequação a valores essenciais do ordenamento jurídico. A autonomia privada conduz ao individualismo e à ruptura da ordem social se não houver um mínimo de controle público sobre as ações privadas; a ordem pública que examinamos obedece a este propósito. Dentro deste quadro axiológico, refere-se a princípios mínimos: à pessoa e seus atributos, à moral e aos bons costumes, à liberdade de comércio.”

O microsistema do Código de Defesa do Consumidor servirá de norte não apenas para situações particulares e individualizadas, mas de toda a sociedade de consumo, em razão de o Estado ter o dever constitucional de resguardar os direitos dos consumidores, intervindo na autonomia privada.

Para Fabíola Meira de Almeida Santos⁶⁵:

“Certo é que se está diante de um sistema aberto, dinâmico, que acolhe a entrada de novos valores, admitindo, por exemplo, a integração do contrato pelo juiz, *ex officio*, de forma que a proteção do consumidor esteja assegurada.

Desse modo, amolda-se a norma aos interesses sociais surgidos com a evolução da sociedade, conquanto a idéia de sistema aberto é de evolução e integração, com a possibilidade de incidência de novos princípios. A presença de cláusulas gerais no CDC, por exemplo, atesta a existência de um sistema aberto, com mobilidade, ao contrário do sistema fechado, em que eventuais lacunas devem ser supridas dentro do próprio sistema.”

Assim, toda e qualquer relação de consumo, ainda que regida por lei posterior e especial, deverá observar os ditames ali previstos, não podendo contrariá-los, sendo considerados nulos de pleno direito.

Marcelo Gomes Sodré⁶⁶, ao falar da supremacia das leis que criam um verdadeiro sistema de proteção dos consumidores, posto que são normas principiológicas, concluiu que elas criam pautas de ação e instrumentos de interpretação do direito como um todo, o que traz um compromisso para o próprio aplicador do direito.

⁶⁵ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. 2009. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 26.

⁶⁶ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor*. Um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

Em sua dissertação de mestrado em direito, Fabíola Meira de Almeida Santos⁶⁷ elenca e aborda de forma plena os princípios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor. São eles: (i) vulnerabilidade do consumidor; (ii) iniciativa estatal na tutela das relações de consumo; (iii) harmonização das relações de consumo; (iv) incentivo à criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços (v) coibição e repressão de abusos, inclusive da concorrência desleal; (vi) racionalização e melhoria dos serviços públicos; (vii) informação; (viii) veracidade; (ix) lealdade; (x) transparência; (xi) identificação; (xii) vinculação; (xiii) não-abusividade; (xiv) correção da mensagem publicitária; (xv) confiança e, (xvi) boa-fé objetiva. No referido trabalho, Fabíola ressalta que os princípios deverão ser considerados como sistema único e como regramento básico da matéria, sem olvidar a característica de microsistema aberto, que autoriza a integração naquilo que não o contrarie.

Além dos princípios, o Código de Defesa do Consumidor conta com cláusulas gerais. Conforme leciona Nelson Nery Junior⁶⁸, as cláusulas gerais são princípios positivados, atuam com o intuito de dar mobilidade aos Códigos e são fonte criadora de direitos e obrigações, devendo ser aplicadas de ofício, em razão do caráter de norma de ordem pública.

Diante disso, a revogação de uma norma principiológica ou a desobediência de uma cláusula geral por outra norma jurídica, será de difícil ocorrência. Uma das observações que se faz é no sentido de que a maioria das proibições e condutas tidas como abusivas no Código de Defesa do Consumidor fazem parte de um rol apenas exemplificativo, ou seja, ainda que uma prática ou uma cláusula não esteja expressamente arrolada como abusiva, referida conduta (cláusula ou prática) será considerada ilícita em razão do caráter principiológico do Código.

⁶⁷ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. p. 31.

⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. NETTO, Franciulli; MENDES, Domingos Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (coords.). In: *O Novo Código Civil – Homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006, p. 418-464.

Além de seus princípios e cláusulas gerais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, elenca os direitos básicos do consumidor.

Frederico da Costa Carvalho Neto⁶⁹ preleciona que os direitos básicos do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor são pré-requisitos da relação de consumo. São regras bilaterais pois, de um lado, geram direitos para os consumidores e, de outro, geram, em contrapartida, deveres para os fornecedores. E toda obrigação traz para o obrigado o ônus da prova do adimplemento. Assim devem ser observados os direitos do artigo sexto, direitos intocáveis, regras absolutas que não comportam relativização.

Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que são direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou

⁶⁹ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. Direitos Básicos: Comentários ao artigo 6º, do CDC. Artigo inserido na obra coletiva “*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*”. Coordenação: Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira, 1. ed. São Paulo, Editora Verbatim, 2009, p. 62.

quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; e IX - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Para Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi⁷⁰, a defesa de interesses básicos do consumidor implica não somente reconhecê-los na órbita jurídico-normativa, como fez a Constituição Federal, mas também no entendimento da gênese destes conflitos, pois é a partir dela que pode haver uma nova concepção deles, de como eles surgem no meio social.

Em tempo, ressaltamos que, conforme disposição do *caput* de seu artigo 7º, os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade, possibilitando o que Claudia Lima Marques conceituou de “diálogos das fontes”.

⁷⁰ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade Abusiva – incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 55.

3. OS CONTRATOS DE CONSUMO

Apresentados os princípios e fundamentos da defesa do consumidor, entendemos que, para tratar da devolução das quantias pagas aos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcio, necessário se faz abordarmos, primeiramente, características e particularidades dos contratos de consumo, notadamente os contratos de adesão. A Lei nº. 11.795/08, que dispõe sobre o sistema de consórcio, toda vez que utiliza o termo contrato de participação em grupo de consórcio, o complementa com a locução adjetiva “por adesão”.

3.1 NOÇÕES GERAIS DE CONTRATO

O contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico, cuja formação, sinteticamente, se dá pelo concurso de vontades em torno de um mesmo objeto. Contrato é o acordo de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, segundo Clóvis Beviláqua⁷¹.

Contrato constitui um negócio jurídico criador de direitos para auto-regulamentação dos interesses particulares, em razão do encontro de vontade das partes. De um lado, são caracterizados pelos elementos que, convergindo entre si, o estabelecem, e de outro plano, pelo seu conteúdo, que para as partes valem como mandamentos e determinações.

Desde o direito romano até o direito moderno, o contrato sempre foi uma fonte de obrigação. Porém, naquele havia a característica da força obrigatória, presente posteriormente no direito moderno. Para os romanos, o contrato era uma espécie de convenção, cuja obrigação poderia ser exigível caso estivesse presente uma *causa civilis*, que consistia no cumprimento de certas formalidades. Assim, caso o

⁷¹ BELIVÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10 ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. 4, anotação ao art. 1.079.

acordo de vontades não estivesse vinculado a uma causa civil, seria considerado um pacto inexigível.

Posteriormente, os contratos perderam o formalismo romanista e, por influência dos canonistas, passaram a considerar a declaração de vontade como elemento fundamental para a formação do contrato. Esta prevalência do consensualismo sobre o formalismo é a que vigora no direito contemporâneo⁷².

No entanto, o contrato, instituto basilar de quase todas as relações humanas na sociedade, sempre teve como estrutura a vontade humana, visando estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes. O sujeito de direito declara sua vontade, celebrando um negócio jurídico bilateral (contrato), na busca de um fim-causa, que uma vez atingido, exaure o ato⁷³.

Nesse sentido, destacamos a conceituação de contrato feita pela professora Maria Helena Diniz⁷⁴, para quem:

“Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”

O contrato cria, resguarda, modifica e extingue direitos e obrigações, uma vez que as partes estabelecem a forma de regulamentar seus interesses. Portanto, é o negócio jurídico cuja finalidade é gerar obrigações entre as partes envolvidas, sendo a vontade de ambas o fator primordial para a existência da obrigação, vinculando os contraentes à observância das condições que acordaram.

O contrato pode ser um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, sendo necessário para a sua validade a existência de requisitos subjetivos, objetivos e formais que, em nosso ordenamento jurídico atual estão previsto no artigo 104 do

⁷² Art. 107 do Código Civil de 2002: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 3, p. 22.

Código Civil: I) agente capaz; II) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e III) forma prescrita ou não defesa em lei.

Os contratos entre particulares, excluído o do trabalho, submetem-se a dois regimes distintos: cível e de tutela dos consumidores. De modo genérico, quando a relação contratual aproxima consumidor (destinatário final de produto ou serviço) de fornecedor (empresário que vende no mercado produtos ou presta serviço), aplica-se o regime consumerista; nos demais casos, ausente consumidor ou fornecedor na relação contratual, aplica-se o regime cível⁷⁵.

Os contratos são, quanto à sua formação, sempre atos bilaterais, porque pressupõe a convergência de vontade de pelo menos duas pessoas. Em relação às obrigações contraídas pelas partes, dividem-se em bilaterais e unilaterais. No primeiro grupo, estão os contratos em que ambos os contraentes se obrigam (ex: compra e venda); no segundo, apenas um deles tem obrigações perante o outro (ex: mútuo).

Os contratos que se formam exclusivamente pela manifestação de vontade das partes são consensuais (ex: compra e venda). Aqueles que dependem, além disso, da entrega de coisa de uma parte para outra são os contratos reais (ex: mútuo). Os que só se constituem após a instrumentalização de acordo com a lei são os solenes.

Contratos comutativos opõem-se aos aleatórios: naqueles, os contratantes podem antecipar como será a execução do contrato (ex: compra e venda), enquanto nestes, em razão da álea característica do objeto contratado, tal antecipação é impossível.

Os contratos típicos são os disciplinados na lei; atípicos, os não disciplinados. Não basta à tipicidade do contrato mera referência em dispositivo legal, como no caso da franquía ou do fomento mercantil, que são contratos atípicos. É necessário que a ordem positiva regule os direitos e as obrigações dos

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* – direito de empresa. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3 (contratos; recuperação de empresas), p. 19.

contratantes (de forma cogente ou supletiva), para se revestir o contrato de tipicidade.

Apresentada uma noção geral sobre contratos e sua classificação, é importante destacar que a definição de contrato como efetivamente se conhece nos dias atuais fundamenta-se, basicamente, na sistematização alcançada pela concepção tradicional do contrato, vale dizer, uma espécie de negócio jurídico, com eficácia obrigacional, em que são pressupostos de existência a bilateralidade (ou pluralidade de partes), bem como o consenso de vontades (livre, sem vícios).

Entretanto, referido conceito sofreu alterações ao longo de novas influências que concorreram para a modificação da noção de contrato, principalmente no que se refere à substituição da concepção tradicional por uma mais social, centrada na igualdade e no equilíbrio entre as partes.

Segundo Orlando Gomes⁷⁶, os principais fatores dessas transformações ocorridas na teoria geral do contrato são: “1º) a insatisfação de grandes extratos da população pelo desequilíbrio, entre as partes, atribuído ao princípio da igualdade formal; 2º) a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; 3º) a intromissão do Estado na vida econômica. (...)”.

Em razão da evolução da sociedade ao longo do tempo, o contrato também sofreu mudanças, visando estabelecer situações mais equitativas diante da nova realidade social.

No Brasil, após o advento da Constituição Federal de 1988, o Código do Consumidor foi uma das legislações pioneiras, se não a primeira, a dar ao contrato o enfoque contemporâneo da nova teoria contratual, de modo que qualquer análise relativa às relações jurídicas negociais inseridas nesse sistema de consumo passaram a considerar, além dos princípios tradicionais do direito privado, toda a nova principiologia introduzida pela nova lei (boa-fé objetiva, função social do contrato, p. ex.).

⁷⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7.

Ainda, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, também as relações negociais atinentes exclusivamente ao direito privado adotam a moderna concepção contratual, bem como toda a principiologia por ela inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor trouxe profundas e significativas modificações à ordem jurídica nacional, estabelecendo um conjunto sistemático de normas, de naturezas diversificadas, mas, ligadas entre si por terem como suporte uma relação jurídica básica, caracterizada como uma relação de consumo. A nova legislação repercutiu profundamente nas diversas áreas do direito, inovando em aspectos de direito penal, administrativo, comercial, processual civil e civil, em especial.

De fato, com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais da nossa legislação privada já não bastavam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos.

Os contratos, que antes eram formados por dois parceiros em pé de igualdade, através da discussão das cláusulas, conteúdo e obrigações, deram lugar à contratação em massa. Nos dizeres de Cláudia Lima Marques⁷⁷, “o comércio jurídico se despersonalizou e desmaterializou”. Na mesma obra, a autora assevera que:

“Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados contratos de massa, destacamos, desde a quarta edição, os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos ou as cláusulas gerais contratuais e os contratos do comércio eletrônico com os consumidores.”

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 65.

Neste sentido, com a pluralidade de sujeitos, os contratos passaram a ser pré-elaborados de maneira unilateral, sendo que o consumidor passou somente a aderir ao seu conteúdo.

Além dos contratos escritos, não se pode deixar de mencionar ainda quanto à existência dos contratos orais, condutas sociais típicas⁷⁸, recibos e tickets de caixas automáticas, na sociedade massificada.

As citadas condutas sociais típicas podem ser visualizadas na contratação sem diálogo, sem acordo real, ou seja, sem a presença das partes, por atos, imagens ou cliques, em que o consumidor apenas identifica o fornecedor pela marca.

Assim, o direito teve de se atualizar, cedendo às transformações sociais, a fim de controlar as conseqüências oriundas da liberdade desmedida de contratar, representada pelo princípio da autonomia da vontade.

Neste contexto, Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi⁷⁹ destaca que um dos poucos sistemas normativos que se pode dizer ter surgido em face dos reclamos da sociedade civil foi o Código de Defesa do Consumidor. A edição de tal diploma importa a imposição de limites ao campo volitivo das partes, o reconhecimento de uma hipossuficiência jurídica do consumidor, deslocando-se para o campo efetivo dos interesses difusos e coletivos, uma relação base que era tratada de forma indiscriminada pelo regramento do direito privado.

Neste passo, o Estado passou a iniciar uma intervenção agressiva nas relações contratuais, de forma a priorizar o interesse público sobre os interesses meramente privados, em especial dos consumidores em massa e economicamente mais fracos.

⁷⁸ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. Munique: Beck, 1977, p. 471 *apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Op cit.*, p. 67.

⁷⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade Abusiva – incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 53.

Sobre a importância do Código de Defesa do Consumidor na matéria contratual, se faz indispensável destacar as afirmações de Guilherme Fernandes Neto⁸⁰:

“Todavia, em que pese a influência malévola que alguns grupos de pressão efetuaram no decorrer da aprovação do CDC, forçoso é convir que o Código é um marco importantíssimo não somente para o direito pátrio, mas também, para o mundo atual, com grande significação histórica.

Denota o enfraquecimento da autonomia privada pátria, provinda do liberalismo que, por si só, durante décadas, mostrou-se insuficiente e incapaz para limitar as deturpações do exercício do direito subjetivo – causadas por empresários – que permeavam as obrigações advindas dos contratos; consubstancia-se o novo diploma em um avanço da justiça social, dos interesses coletivos, difusos e do dirigismo contratual, necessário para a redução das dissimetrias sociais, após a percepção de que a igualdade dos contratantes nunca passou de uma ficção jurídica criada pela classe dominante.

Podemos assim dizer que a autonomia privada, criada pelo direito, foi por ele consumida e, sobre suas ruínas ergue-se o dirigismo contratual, especialmente a intervenção estatal nas relações de consumo, uma conquista presente.”

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor retirou da legislação civil, bem como de outras áreas do direito, a regulamentação das atividades humanas relacionadas ao consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas, sim, a vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido.

Quanto aos aspectos contratuais da proteção do consumidor, Nelson Nery Júnior⁸¹ ensina que o Código de Defesa do Consumidor alterou a visão clássica de direito privado, que está embasado no liberalismo do século passado, para:

“a) revitalizar o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, alterando sobremodo a regra milenar pelo brocardo *pacta sunt servanda* e enfatizar o princípio da conservação do contrato (art. 6º, n. V); b) instituir a boa-fé como princípio basilar informador das relações de consumo (art. 4º, *caput* e n. III; art. 51, n. IV); c) impor ao fornecedor o dever de prestar declaração de vontade (contrato), se

⁸⁰ FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 57.

⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 273-4.

tiver veiculado oferta, apresentação ou publicidade (art. 30); d) estabelecer a execução específica da oferta como regra (arts. 35, n. I, e 84, §1º), deixando a resolução em perdas e danos da obrigação de fazer inadimplida como expediente subsidiário, a critério exclusivo do consumidor (arts. 35, n. III, e 84, §1º)”.

Nota-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor alterou sobremaneira os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos contratos, criando uma verdadeira revolução doutrinária, diante da modificação de verdadeiros dogmas do direito civil, arraigados no pensamento de estudiosos do direito. Pode-se asseverar que, com a criação de mecanismos de proteção ao consumidor, ocorreu a maior transformação nas relações contratuais desde a Revolução Industrial, embora essa revolução ainda prossiga⁸².

3.3 PRINCÍPIOS DA TUTELA CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Da disciplina legal dos contratos de consumo, pode-se extrair princípios fundamentais que devem ser observados quando da análise dos contratos de consórcio. Com efeito, há que se destacar que alguns dos princípios a seguir elencados são explícitos, tais como: a boa-fé, a informação, a transparência, a equidade e a proporcionalidade das relações de consumo; outros são implícitos, tais como: as funções social e econômica das relações de consumo, sendo que a investigação destes se dá por indução, assim como pela análise axiológica dos fundamentos da ordem jurídica, os quais, interligados, visam à justiça contratual e a harmonização das relações de consumo.

3.3.1 A BOA-FÉ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

⁸² BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 38.

Para que seja possível entender as informações que devem ser prestadas ao consumidor nos contratos, não se pode deixar de mencionar o princípio basilar que rege toda e qualquer relação de consumo, qual seja, a boa-fé.

O princípio da boa-fé sempre esteve presente na sociedade como um todo, assim como nas relações jurídicas. Muito embora o princípio da boa-fé não tivesse regramento específico, este se situava em um plano “pré-positivo”⁸³, ou seja, possuía vigência independente da existência de uma regra positivada a respeito. Assim, o princípio em questão já se encontrava presente em diversas decisões judiciais, em que pese a existência de uma lei que o definisse.

É importante destacar que o Código Civil Brasileiro abordou referido princípio apenas em sua forma subjetiva e não objetiva, como o fez o Código de Defesa do Consumidor.

Muito embora o Código Comercial tenha trazido o princípio da boa-fé objetiva em seu art. 131, inc. I, a não utilização por parte da doutrina e do ordenamento jurídico o fez não ser lembrado. Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor, a fim de regular referido princípio de forma objetiva, o trouxe de forma inovadora expressamente em seu corpo, para que seja aplicado de maneira primordial nas relações de consumo.

De acordo com o entendimento do professor Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁸⁴, a localização do princípio da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor não é muito apropriada, pois o mais prudente seria colocá-lo como cláusula geral, como na seção I do capítulo VI. Contudo, é salutar ressaltar que a boa-fé não deixa de ser um princípio geral, ainda que estampado no art. 4º, inciso III e art. 51, IV do CDC.

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor traz a lume a boa-fé objetiva e não subjetiva, sendo que a diferença primordial entre ambas é a de que a

⁸³ MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. A incidência do Princípio da Boa-fé no Período Pré-negocial: Reflexões em torno de uma notícia jornalística. In: *Revista de Direito do Consumidor*. v.4. São Paulo, 1992, p. 145.

⁸⁴ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. direito material (artigos 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 532.

primeira representa o comportamento correto e legal, enquanto a última diz respeito à falta de conhecimento ou ignorância de uma pessoa acerca de uma situação ou um direito seu.

A fim de esclarecer a diferença entre as duas espécies de boa-fé, é importante transcrever os comentários da professora Judith Martins Costa, a respeito da boa-fé subjetiva⁸⁵:

“A expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como intenção de lesar outrem. (...)”

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável), que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses de casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente).”

No que tange à boa-fé objetiva, interessa destacar os ensinamentos de Agathe E. Schmidt da Silva⁸⁶:

“A boa-fé objetiva pressupõe: 1º) existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada em relação à outra; 2º) padrões de conduta exigíveis do bom cidadão, do profissional competente, enfim, o que costuma ser traduzido pela noção de *bônus pater famílias*; e 3º) reunião de condições suficientes para criar na outra parte – contraparte- um estado de confiança no negócio celebrado, e só então a expectativa desta será tutelada, ou seja, considera-se a posição de ambas as partes que estão em relação.”

Diante do exposto, não se pode negar que o princípio da boa-fé objetiva, qual seja, a lealdade nas relações de consumo, por fazer parte de toda a sistemática do diploma de defesa do consumidor, deva estar presente em toda e qualquer relação tida com este, inclusive no momento da formação de um contrato.

⁸⁵ MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 410.

⁸⁶ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula Geral de Boa-fé nos Contratos de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 155.

Aliás, tal assunto foi muito bem colocado pelo professor Nelson Nery Junior⁸⁷ ao preceituar que a boa-fé foi inserida no Código de Defesa do Consumidor como cláusula geral, que deve ser observada sempre em todas as relações jurídicas de consumo, ainda que não estejam expressamente inseridas no corpo do contrato, competindo ao magistrado a investigação se as partes por ocasião da conclusão do negócio jurídico de consumo, atenderam validamente aos preceitos da cláusula sob exame.

3.3.2 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

A Política Nacional das Relações de consumo conta com o princípio da transparência, expressamente previsto no supramencionado art. 4º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor. Referido princípio, discorre a respeito da necessidade de clareza das informações prestadas ao consumidor.

Transparência, nos dizeres de Claudia Lima Marques⁸⁸ significa “informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, (...) lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-negocial, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”. Assim sendo, a intenção do legislador foi esclarecer ao consumidor o serviço ou produto adquirido em relação às suas qualidades e características, assim como quanto ao conteúdo do contrato firmado para aquisição.

Compartilhando deste mesmo entendimento, têm-se os ensinamentos de Paulo Jorge Scartezzzini Guimarães⁸⁹, que se reportam à Resolução 39/248 da ONU para destacar que a transparência e o dever de informar dos fornecedores já

⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson e, *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado* pelos Autores do Anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 140.

⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. p. 715.

⁸⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzzini. *Vícios do Produto e do Serviço, por qualidade, quantidade e insegurança*. Cumprimento imperfeito do contrato. São Paulo: RT, 2004, p. 78.

estavam previstos em referida resolução, bem como assevera que servem de instrumentos a proteger a escolha livre do consumidor.

Portanto, para que o consumidor possa ter a sua livre escolha na obtenção do produto ou do serviço a ser contraído, deverá ele ter acesso a todas as informações pertinentes, lembrando que estas deverão ser totalmente transparentes.

O professor Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin⁹⁰ dita que “A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa”.

Assim, verifica-se claramente a inversão de papéis entre o consumidor e o fornecedor, eis que o primeiro passou a ter um direito, qual seja o de informação, ao invés de ter o dever de necessitar informar-se, sendo que, em contrapartida, o fornecedor passou a ter o dever de prestar todas as informações necessárias, devidamente claras.

O princípio da transparência em referência deverá ser visualizado em toda e qualquer manifestação contratual. Isto significa que a transparência quanto aos produtos e serviços colocados no mercado de consumo deverá existir “desde a sua publicidade, vitrines, o seu marketing em geral, suas práticas comerciais, aos contratos ou às condições gerais contratuais pré-redigidas, às informações que seus prepostos e representantes prestam etc.”⁹¹

3.3.3 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

⁹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e, *et al.* *Código Brasileiro defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. Artigos 29 a 45. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 245.

⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. p. 718.

Conforme destacado, o consumidor possui o direito à informação dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo, como decorrência do princípio da transparência.

De acordo com a definição descrita no Dicionário Prático da Língua Portuguesa⁹², informação significa: “1. Ato ou efeito de informar. 2. Notícia recebida ou comunicada; informe. 3. Conhecimento, instrução; direção;” enquanto informar significa: “1. Dar notícia, dar parecer. 2. Avisar. 3. Instruir. 4. Dar forma, feitio, configuração”.

Assim, tendo o consumidor o direito à informação, deve ele ser instruído e direcionado a respeito do produto ou serviço que está sendo adquirido pelo fornecedor que possui o dever de informar.

O princípio da informação surgiu da teoria dos vícios de consentimento, pois, da idéia de erro como falsa visão da realidade, surgiu o dever de informar aos fornecedores de bens e serviços.

O dever de informação encontra-se logo no início do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, incisos II e III, como direito básico do consumidor, conforme transcrito a seguir:

“Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...)

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (...)

A “educação” estampada no inciso II do art. 6º do CDC, nos dizeres de José Geraldo Brito Filomeno⁹³, diz respeito a uma educação informal, cuja

⁹² RIOS, Dermalval Ribeiro. *Dicionário Prático da Língua Portuguesa*. São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 1998, p. 314.

⁹³ FILOMENO, José Geraldo Brito e, *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Fonte Universitária, 2000, p. 124.

responsabilidade é dos próprios fornecedores, mediante a “ciência do marketing (...) e tendo-se em conta seus aspectos éticos, procurando bem informar o consumidor sobre as características dos produtos e serviços já colocados no mercado” ou que ainda sejam colocados à disposição dos consumidores.

O direito à informação acima destacado, possui, além do escopo de possíveis riscos à saúde, a finalidade de assegurar a livre escolha do consumidor a respeito do que ele estará adquirindo, assim como a igualdade na contratação, para que não haja surpresa do consumidor posteriormente, com eventual cláusula potestativa ou abusiva.

No que tange ao inciso III do citado art. 6º, preceitua José Geraldo Filomeno⁹⁴ que representa um “detalhamento” do inciso II, eis que dispõe expressamente quanto à especificidade da informação, que deverá ser apresentada ao consumidor. Para melhor compreensão, destaca-se o seguinte trecho de seus comentários:

“Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles.”

Como se vê, o direito de informação do consumidor a respeito do produto ou serviço que está sendo adquirido configura como direito básico a ser aplicado em todos os contratos de consumo.

3.3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade aplicada nos contratos de consumo é, no entendimento de Guilherme Fernandes Neto⁹⁵, um legado de Dante Alighieri, o qual preceituou que: “*Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae*

⁹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito e, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto, p. 138.

⁹⁵ FERNANDES NETO, Guilherme. *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*. cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 69.

servat societatem; corrupta, corrumpit”, ou seja: o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.

O princípio em questão foi primeiramente construído pelo direito administrativo, posteriormente utilizado no direito constitucional e, atualmente, consagrado no direito do consumidor⁹⁶.

De acordo com Paulo Bonavides⁹⁷, o princípio da proporcionalidade foi positivado no sistema constitucional, além de outros diversos dispositivos, no art. 170, *caput* da CF/88, que constitui a justiça social como base para a ordem econômica, na qual se subsume o princípio da proporcionalidade.

De outro lado, o §2º do art. 5º da CF/88 discorre que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, dentre eles, o princípio da proporcionalidade, caracterizado por Paulo Bonavides.

Ainda com relação ao mencionado art. 170, verifica-se em seu inciso V que a defesa do consumidor “recebeu a carga constitucional da justiça social”.⁹⁸ Portanto, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade foi devidamente positivado na CF/88 e migrado para o direito do consumidor. Essa migração do princípio da proporcionalidade para as relações de consumo (inclusive os contratos) se encontra evidente na leitura do art. 4º, inciso III do CDC, que, como visto, dispõe que a harmonização dos participantes da relação de consumo se realizará de modo a “viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

⁹⁶ FERNANDES NETO, Guilherme. *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*. cláusulas, práticas e publicidades abusivas. p. 69.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 395.

⁹⁸ FERNANDES NETO, Guilherme. *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*. cláusulas, práticas e publicidades abusivas, p. 70.

Desta forma, as relações de consumo serão harmônicas, na medida em que for observado o princípio da boa-fé supramencionado e o equilíbrio dos participantes das relações de consumo, “que é a consubstanciação do princípio da boa-fé”⁹⁹. Somente por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que poderá ser alcançada a justiça contratual e social.

O princípio da proporcionalidade é encontrado no Código de Defesa do Consumidor ainda, mediante a leitura dos seguintes dispositivos: art. 4º, *caput*, inciso VI; art. 6º, V; art. 28, *caput*; art. 32, parágrafo único; art. 39, incisos I e V; art. 42; art. 51, inciso IV, §1º, incisos II e III e §2º; art. 52, §2º, art. 53, *caput* e §2º, entre outros.

No entanto, neste trabalho interessa destacar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade nos contratos de consumo. Um bom exemplo na aplicação deste princípio, em matéria contratual, são os incisos V do art. 39 e IV do art. 51, ambos do CDC. O primeiro discorre quanto à impossibilidade de exigência de vantagem manifestamente excessiva ao consumidor; e o segundo reporta-se à abusividade de cláusulas contratuais que “coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.”

De acordo com Guilherme Fernandes Neto¹⁰⁰, a conjugação dos dispositivos legais em questão, demonstra “as duas faces da proporcionalidade e (...) a necessidade de proporção entre o direito e a obrigação, entre a prestação e a contraprestação; são os dois lados da moeda do consumo, a proporção.”

3.3.5 PRINCÍPIO DA EQUIDADE

⁹⁹ FERNANDES NETO, Guilherme. *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*. cláusulas, práticas e publicidades abusivas, p. 71.

¹⁰⁰ FERNANDES NETO, Guilherme. *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*. cláusulas, práticas e publicidades abusivas. p. 73.

O princípio da equidade visa garantir o equilíbrio das relações contratuais. De acordo com Luís Antonio Vieira¹⁰¹ existem duas modalidades de justiça:

“(...) a formal, que visa garantir a igualdade de tratamento às partes durante o contrato, tratando abstratamente cada caso e se preocupando com a disposição das mesmas oportunidades aos integrantes da relação. A outra é a material, norteadas em obter um efetivo equilíbrio entre as prestações, ultrapassando os critérios da primeira e verificando a proporcionalidade dos sacrifícios das partes.”

Na visão clássica, a equidade era conceituada como justiça, que, nos termos de Scialoja “aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo”.¹⁰²

De acordo com Vicente Ráo¹⁰³, a aplicação do princípio da equidade na visão moderna impõe a aplicação de três regras: tratar da mesma forma as coisas iguais e os desiguais em diferenciado; todos os elementos que constituem ou influenciam a relação analisada devem ser considerados; e existindo mais de uma solução, deve o intérprete escolher a mais humana e benevolente. A equidade passou, então, a ter uma visão mais humanitária de igualdade de tratamento.

No que tange à aplicação de equidade, esta surge para suprir eventuais lacunas ou incorreções das leis, assim como, a inexistência de lacunas propicia o tratamento dos desiguais como desiguais, na medida da desigualdade.

A positivação da equidade surgiu no CPC de 1939, em seu art. 114, tendo o mesmo Código, do ano de 1973, utilizado a equidade com redação mais restrita. Já no Código de Defesa do Consumidor, o princípio da equidade encontra-se revigorado no seu art. 7º, *caput*, assim como no art. 51, inciso IV, sendo importante diferenciar as concepções trazidas pelo legislador, eis que distintas.

¹⁰¹ VIEIRA, Luís Antonio. *Os princípios Jurídicos como “Calibradores” Das Relações Contratuais de Consumo*. Tese (Mestrado em Direito). PUC/SP, São Paulo, 2007, p. 72-73.

¹⁰² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 6. ed. Rev. e ampl. V. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 94.

¹⁰³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. Anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. V.1. São Paulo: RT, 1991, p. 63.

O art. 7º, *caput*, configura como princípio básico de todas as relações de consumo, e aplica-se de forma obrigatória. Na segunda hipótese (art. 51, inciso IV), aplicável aos contratos de consumo, o princípio da equidade possui força normativa e sancionadora, sendo que, a violação deste princípio na elaboração das cláusulas contratuais, as torna nulas de pleno direito.

Guilherme Fernandes Neto¹⁰⁴ discorre a grande inovação trazida pelo CDC em relação ao princípio da equidade:

“O princípio da equidade, antes concebido com o desiderato de ‘impedir qualquer possibilidade de dissonância entre a norma de direito e sua aplicação concreta’, nas palavras de Ruggiero, hoje, passados aproximadamente dez lustros da lição do jurista ítalo, foi o citado princípio positivado com força normativa - para as relações jurídicas de consumo -, não se tratando de mera possibilidade de invocação de equidade pelo juiz, mas da imposição ao magistrado de analisar se as cláusulas do contrato de consumo amoldam-se dentro de um juízo equitativo.”

Assim, o princípio da equidade deverá ser aplicado de forma obrigatória em toda e qualquer relação de consumo, não somente na hipótese da existência de lacunas.

Em matéria contratual, a equidade possui o papel de verificar se as cláusulas contratuais são compatíveis com o espírito do Código de Defesa do Consumidor, eis que a equidade é tida com força normativa e sancionadora. Assim, verifica-se o caráter peculiar da equidade nos contratos de consumo, como princípio normativo a ser analisado na configuração da abusividade das cláusulas contratuais (art. 51, IV do CDC).

Por fim, vale destacar que a equidade, como princípio geral, deverá tratar o consumidor de forma diferenciada, ante a sua vulnerabilidade ao mercado de consumo, conforme dispõe a Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, inciso I do CDC).

¹⁰⁴ FERNANDES NETO, Guilherme. *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. p. 78.

3.3.6 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A teoria da confiança surge como conseqüência da nova teoria contratual, em que os vícios de consentimento não mais terão o foco principal, embora ainda existentes, consoante se viu nas breves considerações a respeito do princípio da informação.

Assim, na dúvida entre a vontade declarada e a vontade interna, a primeira prevalecerá, conforme doutrinadores e jurisprudências mundiais, especialmente a italiana.¹⁰⁵

O Código de Defesa do Consumidor instituiu no Brasil o princípio da confiança, o qual leva em conta a expectativa do consumidor em relação ao outro contratante. Busca-se a valorização da confiança e a da boa-fé, depositadas no parceiro contratante.

Urge destacar que o princípio da confiança representa um marco na transição do foco do indivíduo para os interesses sociais. Enquanto a teoria clássica da vontade concentrava-se na vontade errônea do indivíduo, isto é, na criação do contrato, a confiança visa, além do indivíduo, à proteção dos efeitos do contrato, por meio da concentração nos legítimos interesses e na segurança das relações.

Segundo Cláudia Lima Marques¹⁰⁶, o princípio da confiança instituído pelo CDC abrange dois aspectos:

“1) a proteção do consumidor da confiança no vínculo contratual, que dera origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a

¹⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. p. 281.

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. p. 281-282.

adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.”

A título de exemplificação de normas do Código de Defesa do Consumidor que demonstram o princípio da confiança, destaca-se o art. 18, §6º, inciso III do CDC, em que o legislador protege as expectativas legítimas que o consumidor teria, ainda que não se trate de qualidades essenciais do produto ou de qualidades expressamente garantidas no contrato.

3.3.7 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Como visto, o art. 170 da CF/88 prevê que a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna, consoante os ditames da justiça social, devendo-se observar, dentre outros princípios, o princípio da defesa do consumidor. Assim, verifica-se que a função social das atividades econômicas encontra-se devidamente positivada na Constituição Federal e atrelada ao direito das relações de consumo. Frise-se que, mesmo anteriormente à existência deste dispositivo (em 1975), o legislador já se preocupava em positivizar a função social dos contratos¹⁰⁷.

A função social do contrato surge para minimizar o princípio da autonomia da vontade, antes fonte de toda a formação contratual. A fim de trazer à tona a função social dos contratos, o Código de Defesa do Consumidor alude, em seu art. 1º, que a lei não mais terá o caráter supletivo ou interpretativo, mas, sim, cogente. Portanto, a lei passa a exercer o controle sobre a vontade de contratar das partes, com vistas ao interesse social¹⁰⁸. Isto significa que, em que pese o consenso das partes na formação dos contratos, a nova concepção de contrato, levando-se em conta ainda os efeitos do contrato na sociedade, o que se dá por meio da aplicação da lei, de caráter limitador da vontade das partes. Os interesses sociais protegidos

¹⁰⁷ FERNANDES NETO, Guilherme. *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. p. 74.

¹⁰⁸ Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, art. 170, inciso V, da Constituição Federal e do art. 48 de suas Disposições Transitórias.

pela lei serão a confiança depositada no vínculo contratual, bem como as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Cláudia Lima Marques¹⁰⁹ traz significativas lições a respeito do tema:

“É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.”

A inicialização da socialização do contrato deu-se com as proposições de Jhering e a jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*), assim como nas novas teorias italianas sobre negócio jurídico¹¹⁰.

Na doutrina civilista, a função social do contrato já se encontrava esculpida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42) e foi reforçada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 421, o qual preceitua: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Sob este aspecto, se faz oportuno trazer a lume o enunciado 23, aprovado na Jornada de Direito Civil¹¹¹, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

¹⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. p. 211.

¹¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. p. 211.

¹¹¹ Promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, tendo sido publicado no site do Conselho Federal de Justiça na Internet. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/.asp>; reproduzido na obra de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil anotado*. 2. ed., São Paulo: RT. 2003.

“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 relativo à dignidade da pessoa humana.”

Neste sentido, também corrobora Humberto Theodoro Júnior¹¹², enfatizando que a função social do contrato não constitui uma meta do contrato, mas um limite da liberdade de promover a circulação de bens patrimoniais. Contudo, em sentido contrário, posiciona-se Daniel Martins Boulos¹¹³, que assevera que a função social do contrato não só limitou a autonomia da vontade, como também passou a ser o próprio fundamento e a razão de ser do contrato.

Em que pese a divergência de opiniões, o princípio da função social do contrato impõe, sem sombra de dúvidas, limites à vontade de contratar das partes, em prol da sociedade. Assim, o direito passou de ciência com rigor formal, para reconhecer a influência do social, pelo costume, moralidade, harmonia e tradição, com foco na solução de eventuais problemas.

Não se pode deixar de mencionar ainda que os contratos devam ser vistos sob a égide do fato econômico. Neste sentido, Carlos Alberto Gherzi¹¹⁴ considera o contrato como uma ferramenta para o fato econômico, e esse fato econômico favorece o acesso e o intercâmbio de bens e serviços, sendo esta a razão de sua existência.

Em virtude da importância de referidos fatos econômicos para a sobrevivência ou a melhor qualidade de vida do ser humano, a relação econômica não pode se reproduzir de qualquer maneira, senão de acordo com os parâmetros estipulados socialmente.

¹¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 99.

¹¹³ BOULOS, Daniel Martins. A Autonomia privada, a função social do contrato e o Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda *et al.* (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 131.

¹¹⁴ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Cíviles e Comerciales*. Buenos Aires: Ástrea. 1990, p. 106-107.

Assim, conforme este conceito, a matéria do contrato deve ser entendida como fenômeno de transferência de riquezas, no qual não cabe menção ao elemento subjetivo das partes, que é o especulativo.

Em matéria de princípios contratuais no Código de Defesa do Consumidor, vale destacar que o princípio da função social do contrato leva em consideração todos os demais princípios ora destacados. Assim sendo, os princípios da boa-fé objetiva, transparência, informação, equidade, proporcionalidade e a confiança, são aplicados em prol do fim social.

Outrossim, importante destacar que, no entendimento de Carlos Roberto Gonçalves¹¹⁵, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu princípios gerais de proteção que, pela sua amplitude, passaram a ser aplicados também aos contratos em geral, mesmo que não envolvam relações de consumo. Destacam-se o princípio geral da boa-fé (art. 51, IV), da obrigatoriedade da proposta (art. 51, VIII), da intangibilidade das convenções (art. 51, X, XI e XIII). No capítulo concernente às cláusulas abusivas, o referido diploma introduziu os princípios tradicionais da lesão nos contratos (art. 51, IV e §1º) e da onerosidade excessiva (art. 51, §1º, III).

Silvio de Salvo Venosa¹¹⁶ pondera que:

“os princípios tornados lei positiva pela lei de consumo devem ser aplicados, sempre que oportunos e convenientes, em todo contrato e não unicamente nas relações de consumo. Desse modo, o juiz, na aferição do caso concreto, terá sempre em mente a boa-fé dos contratantes, a abusividade de uma parte em relação à outra, a excessiva onerosidade etc., como regras gerais e cláusulas abertas de todos os contratos, pois os princípios são genéricos, mormente levando-se em conta o sentido dado pelo novo Código Civil.

Nesse diapasão, Gustavo Tepedino¹¹⁷ justifica a incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações de direito privado em geral pela aplicação direta dos princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3: contratos e atos unilaterais, p. 31

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 371.

¹¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual, in: *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213.

da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade. Aduz o referido autor que:

“o conjunto de princípios inovadores, como a proteção da boa-fé objetiva, a interpretação mais favorável, a inversão do ônus da prova diante da verossimilhança do pedido ou da hipossuficiência, tem pertinência com a preocupação constitucional da redução das desigualdades e com o efetivo exercício da cidadania. (...) Parece chegada a hora de se buscar uma definição de um conjunto de princípios ou de regras que se constituam em normas gerais a serem utilizadas não de forma isolada em um ou outro setor, mas de maneira abrangente, em consonância com as normas constitucionais, para que se possa, a partir daí, construir o que seria a nova teoria contratual.

Assim, temos que o exame de cláusula contratual não poderá se limitar ao controle de ilicitude, à verificação da conformidade da avença às normas regulamentares expressas relacionadas à matéria. A atividade interpretativa deverá, para além do juízo de ilicitude, verificar se a atividade econômica privada atende concretamente a valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva. E tal critério se aplica não só às relações de consumo, mas, também, aos negócios jurídicos em geral, ao exercício do direito de propriedade, às relações familiares e ao conjunto das relações do direito civil.

Neste contexto, destacamos que vários desses princípios foram reafirmados pelo novo Código Civil, como os concernentes à boa-fé objetiva, à onerosidade excessiva, à lesão, ao enriquecimento sem causa, aproximando e harmonizando ainda mais os dois diplomas em matéria contratual.

3.4 CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS GERAIS CONTRATUAIS

Como já mencionado anteriormente, a Lei nº. 11.795/08, que dispõe sobre o sistema de consórcio, toda vez que utiliza o termo “contrato de participação em grupo de consórcio”, o complementa com a locução adjetiva “por adesão”. Oportuno, então, analisarmos as peculiaridades desta modalidade de contratação, aliada às cláusulas gerais contratuais.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes¹¹⁸ identifica que o contrato de adesão é típico das sociedades de massa, construídas a partir de um modo de produção. O crescimento da sociedade de consumo, com sua produção em série, estandardizada, homogeneizada, a contratação de operários em massa, especializadíssimos, o implemento da robótica, informática etc., exigiu a utilização dos contratos-formulários, impressos com cláusulas prefixadas para regular a distribuição e venda dos produtos e serviços de massa. São contratos que acompanham a produção. Ambos – produção e contratos – são decididos unilateralmente e postos à disposição do consumidor, que só tem como alternativa, caso queira ou precise adquirir o produto ou o serviço oferecido, aderir às disposições pré-estipuladas.

O contrato de adesão não tinha previsão no ordenamento jurídico brasileiro antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu formas diferenciadas para a análise e interpretação do instituto, bem como cláusulas gerais que o compõe.

Verificamos que o contrato de adesão foi objeto de expressa regulamentação por parte do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54 e parágrafos, onde não apenas se cuidou de dar-lhe a conceituação legal e de traçar-lhe o regime jurídico, como até mesmo se chegou a criar um controle prévio:

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

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

¹¹⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 614.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento¹¹⁹ conceitua o contrato de adesão nos seguintes termos:

O contrato de adesão é aquele em que carece uma das partes da liberdade de discutir cláusulas contratuais, impostas pelo outro contratante, embora lhe reste a liberdade de aceitar ou recusar o contrato. Em outras palavras, um contratante impõe as cláusulas e o outro, impedido de discuti-las, simplesmente adere. Toda preceituação do contrato foge a seu controle, pois seu ato de consentir é ao que lhe foi imposto, não havendo potencialidade de discutir as condições do contrato.

A doutrina faz distinção entre os contratos *de adesão* e os contratos *por adesão*. Aqueles seriam formas de contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do poder público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos *por adesão* aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as em bloco, ou não as aceita.¹²⁰

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do poder público (“aprovadas pela autoridade competente”, art. 54, *caput*, CDC), como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes, estão incluídas no conceito legal de contrato de adesão.

O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas, somente, técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.

¹¹⁹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 72.

¹²⁰ Nesse sentido, Orlando Gomes. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128.

As leis não proíbem o contrato de adesão. O que é vedado pelas normas de proteção ao consumidor é a imposição de cláusulas abusivas e iníquas, como adverte Humberto Theodoro Junior¹²¹ ao mencionar que: “é contra elas e não contra o contrato de adesão em si que se voltam as leis protetivas da parte vulnerável dos negócios padronizados”. Uma vez que o consumidor adere ao contrato que foi preestabelecido unilateralmente, interfere-se para verificar se o estipulante abusa de sua posição de domínio na relação.

Nelson Nery Júnior¹²² leciona que os contratos de adesão são formados por cláusulas gerais contratuais, caracterizados pelos atributos de preestabelecimento do instrumento contratual, unilateralidade, uniformidade, rigidez e abstração.

Ocorre que o predisponente, ou estipulante, estabelece cláusulas gerais contratuais unilateralmente, antes mesmo de se iniciarem as tratativas contratuais, o que consubstancia o preestabelecimento do instrumento contratual, de maneira que servirá a toda gama de negócios relacionados àquela área, restando evidenciada a uniformidade.

Com relação à rigidez, verifica-se que ao consumidor não é dada a oportunidade de discutir o conteúdo do contrato, mas, tão somente aceitar os termos propostos. Por sua vez, a abstração é corroborada por meio da circulação dos formulários onde se estabelecem as cláusulas gerais contratuais.

Neste diapasão, necessário asseverar que os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que dispunham sobre cláusulas gerais contratuais (art. 51, §3º e 54, §5º) foram vetados. Entretanto, a doutrina majoritária defende a sua existência e pertinência na análise jurídica.¹²³

¹²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57.

¹²² NERY JÚNIOR, Nelson e, *et al Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 516.

¹²³ Nesse sentido, Nelson Nery Júnior (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 516); Claudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo,

A contratação em massa, na grande maioria das vezes, é levada a efeito por meio das cláusulas gerais dos contratos (CONDGs) que são as cláusulas estipuladas por um dos contratantes, antes do início das tratativas contratuais e que servirão para reger os negócios a serem entabulados.

Cláudia Lima Marques¹²⁴ leciona que “[...] as CONDG’s é a lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração”.

As cláusulas gerais contratuais se submetem a rigoroso controle, que pode ser efetivado administrativamente ou judicialmente, sendo certo que, nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira¹²⁵, buscam proteger o consumidor dos abusos de agentes econômicos, posto que o Código de Defesa do Consumidor previu a intervenção de agentes de proteção das relações de consumo, sobretudo por meio da intervenção do Poder Judiciário.

Para que as condições gerais de contratação ganhem força obrigatória na relação contratual a ser estabelecida entre as partes, é necessária sua inclusão nos documentos escritos. Neste aspecto, Claudia Lima Marques¹²⁶ entende que “as condições gerais dos contratos, como podemos observar, não possuem força de normas legais ou regulamentos – elas necessitam ser inseridas em um contrato para que ganhem força obrigatória em relação às partes contratantes envolvidas”.

Ressalte-se que para os consumidores que celebram contratos submetidos às condições gerais, verifica-se a primazia das cláusulas pactuadas individualmente, escritas ou não. Ou seja, as cláusulas pactuadas possuem prevalência sobre as pré-elaboradas.

2006); José de Oliveira Ascensão (Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. in *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 4, p. 9).

¹²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 79.

¹²⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. in *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 60, p. 14.

¹²⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 82

O princípio da informação, anteriormente comentado, foi efetivado por meio do estabelecido no artigo 46 do Código de Defesas do Consumidor, que estabelece a obrigatoriedade de levar ao conhecimento prévio do consumidor o conteúdo do contrato, sob pena de não obrigá-lo. Ainda, referido dispositivo determina que os instrumentos contratuais não poderão ser redigidos de maneira que dificulte a compreensão do consumidor, sob pena de não torná-lo obrigado.

Com relação à clareza e compreensão das cláusulas contratuais, o legislador buscou proteger o consumidor diante de práticas comerciais agressivas, a fim de permitir que este instrua o processo decisório e concretize a relação de consumo de maneira consciente.

Igualmente, destacamos que as cláusulas contratuais gerais inseridas em formulários de contrato de adesão que caracterizem limitação ou imposição aos direitos e deveres do consumidor deverão, necessariamente, ser redigidas em destaque, haja vista a necessidade de o consumidor se atentar para todas as implicações decorrentes do contrato de consumo, sobretudo às restritivas de direito.

Neste sentido, vale lembrar que, nos contratos de adesão, ainda que não seja dada a possibilidade de se discutir o conteúdo do contrato que foi pré e unilateralmente estabelecido pelo fornecedor, lhe será garantida a oportunidade de tomar conhecimento efetivo das cláusulas contratuais.

Interpretando-se o disposto no artigo 46 do Código de Defesa do Consumido, o contrato que não tenha sido submetido ao conhecimento prévio do consumidor, ou ainda que não contenha cláusulas contratuais gerais redigidas de maneira clara e compreensível, não obrigará o consumidor.

No sentido da proteção contratual do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, iluminado pelo princípio da boa-fé, estabeleceu em seu artigo 47 que o contrato de consumo deverá ser interpretado de maneira mais favorável ao consumidor.

Reconhecendo que o consumidor é vulnerável, a parte mais fraca na relação (art. 4º, inc. I, CDC), o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que aos desiguais despense-se tratamento desigual, no intuito de garantir efetividade ao princípio da isonomia, conseqüentemente, igualdade substancial real.

Ainda, cabe destacar que o Código Civil de 2002 manifesta-se sobre o contrato de adesão em seu artigo 423, estabelecendo que as cláusulas contratuais que ensejarem ambigüidade ou contradição deverão ser interpretadas da maneira mais favorável ao aderente.

Diante de todo esse cenário, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor, no que concerne à proteção contratual, é eficaz e efetivo ao garantir a tutela dos interesses do consumidor. Por intermédio da obrigatoriedade de informar previamente o consumidor e da viabilidade de interpretação contratual mais favorável à parte vulnerável da relação contratual, bem como da execução específica da manifestação de vontade do fornecedor diante de contratos preliminares e propostas de venda, o consumidor se vê resguardado de modo eficiente e perspicaz, podendo socorrer-se ao Poder Judiciário a fim de tornar inválida, ou inexistente, a relação contratual de consumo e as obrigações decorrentes, quando verificado que os requisitos inerentes à formação, validade e eficácia do contrato foram descumpridas.

4. O CONSÓRCIO E SEU CONTRATO

Atualmente, a Lei nº. 11.795, de 08.10.2008, no art. 2º, define: “Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupos, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.

Neste contexto, vale salientar que não é permitida a formação de consórcio de dinheiro, pois o objetivo do consórcio é a aquisição de bens móveis, imóveis e serviços de qualquer natureza.

A Circular BACEN 2.766, de 03.07.1997, em seu art. 1º, caput, dispunha que: “Consórcio é uma reunião de pessoas físicas e/ou jurídicas, em um grupo fechado, promovida pela administradora, com a finalidade de propiciar seus integrantes a aquisição de bem, conjunto de bens ou serviços turísticos por meio de autofinanciamento”.

Anteriormente, a Portaria MF 190, de 27.10.1987, no item 1.1 definia: “Consórcio é a união de diversas pessoas físicas ou jurídicas, com objetivo de formar poupança, mediante esforço comum, com a finalidade exclusiva de adquirir bens móveis duráveis, por meio de autofinanciamento.

Na doutrina, Maria Helena Diniz¹²⁷ define consórcio com uma forma de associação de pessoas, que através do autofinanciamento coletam recursos para adquirir bens duráveis – móveis ou imóveis - por meio de sorteios e lances, sendo que os recursos coletados pelos integrantes ficam sob a fiscalização do Banco Central.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, vol. 4, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 199.

Em outras palavras, Arnaldo Rizzardo¹²⁸ diz que é o agrupamento de pessoas que se reúnem com o fim de adquirir bem da mesma espécie pelo número de participantes a partir da constituição de um capital

Para Alcio Manoel de Sousa Figueiredo¹²⁹, consórcio é uma operação de captação de poupança popular entre um determinado grupo fechado de pessoas, com finalidade de aquisição de bem imóvel, conjunto de bens ou serviços de qualquer natureza. Em outras palavras, consórcio consiste na reunião de pessoas físicas ou jurídicas, organizadas em grupo, administrado por sociedade empresária, autorizada pelo Banco Central do Brasil, mediante a adesão de consumidores ao contrato de consórcio, gerando direitos e obrigações para as partes envolvidas, de forma individual, coletiva e associativa, a partir da formação de uma poupança, com origem na arrecadação mensal de recursos, com a finalidade de aquisição de bens móveis, imóveis e serviços, os quais deverão ser entregues pela administradora.

Na realidade, o grupo de consorciados pode ser administrado pelos seus próprios membros, ou como acontece sempre, por meio de uma empresa administradora contratada, cuja finalidade exclusiva é a concessão de uma carta de crédito aquisição no mercado de determinados bens de gênero e espécie ou serviços previamente definidos, sendo que o valor da contribuição dos consorciados para a formação do fundo comum é medido em função do preço de mercado dos bens ou serviços a serem adquiridos.

Antonio Junqueira de Azevedo¹³⁰ e Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti¹³¹ defendem que o consórcio tem como natureza um contrato de cooperação ou organização entre as pessoas para compra futura de um determinado bem.

¹²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Contrato de consórcio*, n. 1, AJURIS, v. 40, p. 202.

¹²⁹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. *ABC do Consórcio: Teórica e Prática*, p. 32.

¹³⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. (...), *Revista dos Tribunais*, 1994, fev./2005, vl. 832.

¹³¹ CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. Natureza jurídica do grupo de consórcio, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 16/92, p. 364.

Fabiano Lopes Ferreira¹³² define consórcio como a reunião de pessoas físicas ou jurídicas que se obrigam mutuamente perante regulamento coletivo, administrado por empresas autorizadas pelo Poder Público para, através de poupança popular, adquirir bens móveis, imóveis e serviços.

Em parecer realizado em 26 de fevereiro de 1998 por solicitação da Associação Brasileira de Administradoras de Consórcios – ABAC, Fabio Konder Comparato defende que no consórcio para aquisição de bens móveis ou imóveis, as partes contribuem em dinheiro para a formação de um fundo, onde saem os recursos para a compra do bem, por meio de lances ou sorteios.

Sergio Vieira Holtz¹³³ explica que consórcio é a reunião de pessoas, que efetuam um valor ajustado, durante um determinado tempo, com o objetivo de adquirir um bem por todos os integrantes do grupo, sendo uma forma de poupança programada. Holtz utiliza a famosa frase do livro de Alexandre Dumas, “um por todos e todos por um” para resumir objetivamente a condição dos integrantes do grupo de consórcio, que aderem a um regulamento coletivo, assumindo os mesmos direitos e contraindo obrigações com o objetivo de formar poupança para aquisição de bens através de autofinanciamento.

As pessoas chamadas de consorciados se unem para o autofinanciamento de bens, contemplados todos os meses, por sorteio ou lance, até que o último participante tenha recebido o crédito para a aquisição do bem ou serviço¹³⁴. Isto quer dizer que o êxito do consórcio está na conjugação dos esforços dos consorciados que unidos num grupo fechado, se proporcionam em igual condição de compra¹³⁵.

¹³² LOPES, Fabiano Ferreira. *Consórcio e Direito: Teoria e Prática*. p. 18/19.

¹³³ HOLTZ, Sergio Vieira. *Tudo sobre consórcio*. 2. ed. São Paulo: Hermes Editora e Informação Ltda., 1988, p. 45.

¹³⁴ ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, *Consórcio – a realidade de um sonho brasileiro*, p. 151.

¹³⁵ ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, SINAC – Sindicato Nacional dos administradores de consórcio, *Manual do Sistema de Consórcios*, São Paulo: 1991, p. 19.

4.1 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE CONSÓRCIO

Até a entrada em vigor da Lei nº. 11.795/08, o consórcio, doutrinariamente, sempre foi considerado um contrato atípico, passando a ser típico a partir de então. Dizemos que é um contrato típico, pois as obrigações e direitos das partes se encontram disciplinadas na lei. A Lei nº. 11.795/08 define conceitos fundamentais e trata da administração, do órgão regulador e fiscalizador, do contrato de consórcio, do funcionamento do grupo e seu encerramento e das penalidades a serem aplicadas em casos de infrações a dispositivos da lei.

Além de ser um contrato típico, é também de adesão, de natureza coletiva, cujo escopo é a conjugação dos esforços individuais dos integrantes para a obtenção do objetivo comum.

As cláusulas do contrato de consórcio são dispostas de forma rígida e uniforme, características encontradas nos contratos por adesão, pois se dirigem a um grupo indeterminado de pessoas.¹³⁶

Neste contexto, Fábio Ulhoa Coelho¹³⁷ leciona que:

“[...] as relações entre os contratantes baseiam-se no contido no instrumento de adesão firmado pelos consorciados. Estes últimos, num formato de contratação altamente disseminado na moderna economia de massas da atualidade, manifestam sua vontade de contratar ao aderirem às cláusulas gerais estipuladas unilateralmente pela administradora. Não há outra forma, aliás, de se fechar o contrato de consórcio, tendo em vista a formação de um grupo de consorciados necessariamente com interesses comuns, o que exige a sujeição a condições contratuais rigidamente uniformes. Não há qualquer espaço para negociações individualizadas entre a administradora e um consorciado, porque isso seria por tudo incompatível com o sistema mutualista do consórcio”. Desse modo, não dispondo a ordem jurídico-positiva acerca da extensão dos direitos e obrigações das partes – em normas cogentes ou supletivas, tanto faz -, esses somente se delimitam pelo previsto no instrumento de adesão.

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3, teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, p. 95.

¹³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, 3. ed., v. 3, p. 434.

Obedecendo aos preceitos e princípios do novo Código Civil, o contrato de consórcio deverá possuir objeto lícito e juridicamente possível, de forma que é vedada a contratação de consórcio para a obtenção de bens que contrariem a lógica do razoável, bem como contrariem as leis naturais. O objeto tem que tratar sobre um direito economicamente apreciável. Da análise dos requisitos, conclui-se que a fundamental característica do contrato de consórcio é o seu objeto, ou seja, o fato de ser firmado para a consecução de um fim, isto é, o seu objeto é determinado pela causa e pelo fim do consórcio constituído.

A doutrina tem se referido à causa consorcial como elemento qualificador dos contratos. No estudo da causa consorcial, estabelece-se que a causa abstrai-se do fim, em outras palavras, a causa é o seu propósito específico que se identifica com a declaração de finalidade, que deve ser exaustiva.

A partir da noção do consórcio verifica-se a identidade da causa e do fim. O consórcio é um contrato multilateral em que as partes atuam conjuntamente para alcançar objetivo comum que é a formação do fundo comum apto à aquisição e contemplação de idêntica espécie de bem para todos os integrantes do grupo. Existe reciprocidade de direitos e obrigações entre os consorciados, para que o objetivo do grupo, que é a entrega do bem, seja satisfeito a cada um de seus integrantes.

Considerando o contrato de consórcio como a estrutura jurídica das relações econômicas decorrentes da associação e dando preponderância à relação que se estabelece com o objetivo deste, prevalece o fato de que as partes, para contratarem, obrigam-se na medida dos fins econômicos que pretendem atingir.

Na qualidade de contrato coletivo, oneroso, consensual, pela adesão à proposta importando no acordo de vontades, independentemente da tradição efetiva do bem, a cuja aquisição se dirige, trata-se o consórcio de contrato de execução continuada, fundada no mutualismo, na solidariedade, ou estreita combinação, por um grupo de pessoas, de esforços ou recursos para lograr fim comum.

O consórcio é contrato misto, porque sua estrutura negocial aproveita, no todo ou em parte, a de contratos típicos, como o mandato, depósito e sociedade¹³⁸. Em síntese, o consórcio tem função de concentração econômica por cooperação, de forma que, dada a importância social que tem, merece tratamento diferenciado pelo Poder Público.

Na lição de Sylvio Capanema de Souza:

“O contrato de consórcio é negócio jurídico plurilateral, dependendo sua formação do consenso de mais de duas vontades. Cada consorciado atua como parte autônoma, emitindo vontade própria, tal como também ocorre no contrato de sociedade” (...) “Trata-se, ainda, de contrato oneroso, do qual todos que o integram tiram proveito econômico. No que tange ao momento de sua formação, é contrato consensual, que se aperfeiçoa quando da adesão à proposta independentemente da entrega da coisa. Além disso, é contrato de execução continuada, que se projeta no futuro, pelo que em tese a ele se pode aplicar a teoria da onerosidade excessiva. Há, também, um nítido caráter coletivo, já que o objetivo comum a ser alcançado, e que é a aquisição do bem, cumprimento das obrigações de cada um dos integrantes do grupo. Neste particular, percebe-se forte aproximação com os princípios que norteiam o cooperativismo, o que, filosófica e politicamente, produz um positivo resultado, que é o fortalecimento do sentido de participação e união entre as pessoas. É evidente que a autonomia da vontade se apresenta mitigada, já que se trata de contrato por adesão, o que justifica um formidável dirigismo estatal, no propósito de mantê-lo justo e equilibrado. Daí a permanente intervenção oficial na formação do contrato, impondo regras de funcionamento e fiscalização.¹³⁹

O contrato de consórcio é figura jurídica autônoma perante os negócios privados, uma vez que compete somente à União legislar sobre a matéria, tendo características próprias: a) multilateral: há a dependência da comunhão de pessoas em número suficiente para a formação do fundo comum; b) consensual: aperfeiçoa no momento em que o consorciado firma a proposta de participação ao grupo consorcial a ser administrado por empresa especializada; c) oneroso: a contribuição patrimonial do consorciado para atingimento do objeto que é o bem desejado; d) comutativo: as prestações de ambas as partes são desde logo conhecidas e guardam entre si relativa equivalência de valores, contém a idéia de reciprocidade

¹³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, 3. ed., v. 3, p. 435.

¹³⁹ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Responsabilidades Contratuais em face do ato declaratório n. 1 da SRF/MF, Doutrina em Consórcio*, ABAEC, Editora Hermes, p. 35/36.

de prestações ou de obrigações, o consorciado, mensalmente, efetua pagamentos equivalentes a percentuais de um determinado bem; e) execução continuada: as mensalidades são oferecidas periodicamente pelo prazo estabelecido no contrato.

Simplemente, trata-se de contrato associativo criado para que os participantes ou consorciados formem grupos autônomos que financiem aquisições diversas por meio de autofinanciamento coletivo. Pelo contrato consorcial, qualquer indivíduo pode integrar-se a um grupo, contribuindo com uma parcela de pagamento, tornando-se titular de cotas identificáveis e de obrigações específicas, que materializem o direito ao objetivo estrito dos componentes do grupo, correspondente à aquisição de um tipo de bem determinado.¹⁴⁰

4.2 O CONTRATO DE CONSÓRCIO NA LEI 11.795/08

A Lei nº. 11.795/08, ao disciplinar o contrato de consórcio, atribuiu-lhe a denominação de contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão. Ele cria os vínculos obrigacionais entre os consorciados, e destes com a administradora, para proporcionar a todos igual condição de acesso ao mercado de consumo de bens ou serviços.

Precede o contrato de participação em grupo de consórcio a proposta de participação, que é o instrumento pelo qual o interessado formaliza seu pedido de participação no grupo de consórcio.

O contrato de participação em grupo de consórcio é o instrumento plurilateral de natureza associativa cujo escopo é a constituição de um fundo pecuniário para propiciar a seus integrantes a aquisição de bens ou serviços por meio de autofinanciamento.

¹⁴⁰ NOBRE, Lionel Pimentel. Alguns comentários sobre a nova sistemática de consórcios no Brasil, *Revista dos Tribunais*, ano 86, dez. 1997, vl. 746, p. 67.

Aperfeiçoa-se o contrato na data de constituição do grupo de consórcio. Implicará o contrato na atribuição ao consorciado de uma cota de participação no grupo, numericamente identificada, nela caracterizada o bem ou serviço.

A administradora de consórcio deve figurar no contrato de participação em grupo de consórcio na qualidade de gestora dos negócios dos grupos e de mandatária de seus interesses e direitos.

No contrato de participação em grupo de consórcio é facultado estipular-se a cobrança de valor a título de antecipação de taxa de administração, destinado ao pagamento de despesas imediatas vinculadas à venda de cotas de grupo de consórcio e remuneração de representantes e corretores, devendo ser destacado do valor da taxa de administração que compõe a prestação, sendo exigível apenas no ato da assinatura do contrato e deduzido do valor total da taxa de administração durante o prazo de duração do grupo.

Igualmente, o contrato de participação em grupo de consórcio poderá prever o valor da multa e de juros moratórios a cargo do consorciado, que será destinado ao grupo e à administradora, não podendo o contrato estipular para o grupo percentual inferior a 50% (cinquenta por cento). Também é facultada a estipulação de multa pecuniária em virtude de descumprimento da obrigação contratual, que a parte que lhe der causa pagará a outra.

No contrato de participação em grupo de consórcio devem estar previstas, de forma clara, as garantias que serão exigidas do consorciado para utilizar o crédito. As garantias iniciais em favor do grupo devem recair sobre o bem adquirido por meio do consórcio. No caso de consórcio de bem imóvel, é facultado à administradora aceitar em garantia outro imóvel de valor suficiente para assegurar o cumprimento das obrigações pecuniárias do contemplado em face do grupo. Admitem-se garantias reais ou pessoais, sem vinculação ao bem referenciado, no caso de consórcio de serviço de qualquer natureza, ou quando, na data de utilização do crédito, o bem estiver sob produção, incorporação ou situação análoga definida pelo Banco Central do Brasil. Ainda, a administradora pode exigir garantias complementares proporcionais ao valor das prestações vincendas.

Os direitos e obrigações decorrentes do contrato de participação em grupo de consórcio poderão ser transferidos a terceiros, mediante prévia anuência da administradora.

4.3 AS PARTES DO CONTRATO DE CONSÓRCIO

Preleciona Sylvio Capanema de Souza¹⁴¹ que o contrato de consórcio gera uma relação jurídica triangular, justificando que de um lado estão os consorciados, que compõe o grupo, ligados entre si, através de um condomínio, dividindo responsabilidades quanto ao pagamento das mensalidades, para atingir o objetivo comum. De outro lado, está a administradora de consórcios que atua como prestadora de serviços e representante legal do grupo. E para completar a relação triangular estão os fabricantes e os vendedores dos bens almejados, os quais não participam diretamente do contrato, mas são indispensáveis ao normal funcionamento do sistema.

No início, ou seja, por ocasião da captação do consorciado, a relação contratual ocorre entre administradora e consorciado. Posteriormente, com o grupo já constituído, a administradora passa a ser representante do grupo, prossequindo, portanto, a relação entre o grupo e cada consorciado individualmente.

4.3.1 O CONSORCIADO

Os participantes do contrato de consórcio são chamados de consorciados, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, e integram o grupo como titular da cota numericamente identificada e assumem a obrigação de contribuir para atingir integralmente seu objetivo.

¹⁴¹ SOUZA, Sylvio Capanema de. Responsabilidades Contratuais em face do ato declaratório n. 1 da SRF/MF, *Doutrina em Consórcio*, p. 36.

A Enciclopédia Saraiva de Direito¹⁴² assim conceitua a figura do consorciado:

“termo empregado para designar a pessoa física ou jurídica que integra um consórcio, i.e., um agrupamento de pessoas ou empresas, com patrimônios distintos e interesses comuns, para obtenção de fins econômicos, patrimoniais ou sociais”.

O consorciado, motivado pela expectativa de adquirir bem para si, frente aos demais integrantes do grupo, assume o compromisso de contribuir para manter o poder aquisitivo do fundo comum do grupo e a igualdade de condição de compra a todos os integrantes, mediante pagamento pontual de contribuições ordinárias e de importâncias relativas ao reajuste de saldo de caixa.

O artigo 4º da Lei nº. 11.795/08 dispõe que: “Consoziado é a pessoa natural ou jurídica que integra o grupo e assume a obrigação de contribuir para o cumprimento integral de seus objetivos”.

O interessado em se tornar um consorciado pode aderir a um grupo em formação ou em grupo já formado, mediante instrumento de adesão. O ingresso ao grupo já formado opera-se através da cessão do contrato pelo consorciado ao interessado, que assume integralmente a posição do consorciado cedente no tocante às obrigações cumpridas e a cumprir, e os direitos já exercidos e a exercer.

A participação de um mesmo consorciado em um grupo de consórcio, para os grupos constituídos a partir da Lei nº. 11.795/08 fica limitada ao percentual de cotas, a ser fixado pelo Banco Central do Brasil.

O consorciado obriga-se a pagar prestação cujo valor corresponde à soma das importâncias referentes à parcela destinada ao fundo comum do grupo, à taxa de administração e às demais obrigações pecuniárias que forem estabelecidas expressamente no contrato de participação em grupo de consórcio.

¹⁴² *Enciclopédia Saraiva de Direito*, Comissão de Redação, 1. ed., São Paulo: Saraiva, v. 18, 1978, p. 294.

É consorciado ativo aquele que mantém vínculo obrigacional com o grupo, excetuado o participante inadimplente não contemplado e o excluído. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante.

O consorciado contemplado poderá destinar o crédito para a quitação total de financiamento de sua titularidade, sujeita à prévia anuência da administradora e ao atendimento de condições estabelecidas no contrato de consórcio de participação em grupo. O crédito a que faz jus o consorciado contemplado será o valor equivalente ao do bem ou serviço indicado no contrato, vigente na data da assembléia geral ordinária de contemplação. Nos casos em que o objeto do contrato não possa ser perfeitamente identificado, o valor do crédito e a sua atualização deverão estar previstos no contrato, sem prejuízo do acréscimo dos rendimentos líquidos financeiros proporcionais ao período que ficar aplicado, compreendido entre a data em que colocado à disposição até a sua utilização pelo consorciado contemplado.

Poderá o consorciado outorgar poderes para que o representem em assembléia geral ordinária, quando estiver ausente, podendo assinar a lista de presença, votar e deliberar sobre matérias pertinentes e praticar todos os atos necessários ao fiel cumprimento do mandato, desde que esteja no contrato de consórcio.

Entre os consorciados, enquanto perduram os interesses comuns voltados ao cumprimento da finalidade do contrato, o vínculo rege-se pelas regras do contrato de sociedade. Entre eles há uma sociedade despersonalizada, “em comum”.

4.3.2 A ADMINISTRADORA DE GRUPOS DE CONSÓRCIO

Nos termos do artigo 5º da Lei nº. 11.795/08, a administradora de consórcios é a pessoa jurídica prestadora de serviços com objeto social principal voltado à administração de grupos de consórcio, constituída sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima, nos termos do art. 7º, inciso I.

Na lição de Fábio Ulhoa Coelho¹⁴³, a iniciativa de constituir o grupo de consórcio é normalmente da empresa administradora de consórcios. Ela estabelece as condições gerais de funcionamento do grupo, às quais aderem os consorciados sem margem para negociações individualizadas.

A administradora de consórcios é a empresa responsável pela formação, organização e administração de grupos de consórcio, cuja atividade empresarial será exclusivamente a administração de grupos de consórcio referenciados em bens móveis, imóveis ou serviços.¹⁴⁴

A administradora de consórcio somente poderá formar grupos de consórcio e captar recursos de consorciados após a sua constituição e autorização do Poder Público, de conformidade com a legislação vigente e demais disposições expedidas pela autoridade competente.¹⁴⁵

¹⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, 3. ed. v. 3, p.429.

¹⁴⁴ O contrato social deve ser elaborado de acordo com as disposições do artigo 997 do Código Civil Brasileiro e artigo 35 da Lei de Registro de Empresas nas sociedades limitadas, associações e sociedades civis. Nas sociedades contratuais o nome empresarial deve apresentar a expressão “Administradora de Consórcio”. Na sociedade anônima, o estatuto social obedecerá às disposições da Lei de sociedade por ações (Lei 6.404/76).

¹⁴⁵ Nos termos do art. 5º da Circular BACEN 3.260, de 28.10.2004, os atos societários da administradora de consórcio somente poderão ser levados a registro na Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas após a aprovação de ambos os procedimentos pelo Banco Central do Brasil, *i.e*, tanto para a constituição da administradora de consórcio, como para a autorização para administrar grupos de consórcio.

Em verdade, a administradora de grupo de consórcio deverá possuir autorização para administrar grupos de consórcio expedida pelo Banco Central do Brasil, após a análise de sua capacidade econômica, financeira e gerencial.¹⁴⁶

Maria Helena Diniz¹⁴⁷ esclarece de forma pontual que o consórcio é organizado por uma sociedade, a qual representa o interessado na sua formalização, tendo a função de intermediar a entrega dos bens aos consorciados.

Em contrato de ingresso em grupo de consórcio, a função da administradora é de constituir, organizar e administrar o grupo, visando propiciar aos seus integrantes meios para a aquisição do bem ou serviço base do plano por meio de autofinanciamento.

Os serviços prestados pela administradora são os típicos de um mandatário, isto é, decorrem do cumprimento da obrigação de praticar atos ou administrar interesses do mandante¹⁴⁸. Sendo o consórcio um sistema de autofinanciamento, a administradora deve ser vista como a empresa que presta aos consorciados os serviços de gerenciamento de autofinanciamento.

Nos termos dos arts. 5º, § 3º, 28 e 35 da Lei nº 11.795/08, pelos serviços que presta na condição de gestora dos negócios do grupo e mandatária, a administradora de consórcio tem direito à taxa de administração, inclusive a relacionada aos recursos não procurados após o encerramento do grupo, parte da

¹⁴⁶ A administradora de consórcio deverá formalizar o pedido de autorização para administrar grupo de consórcio, no prazo de 90 (noventa) dias, após o Banco Central autorizar a constituição da administradora, instruindo o processo com os nomes dos representantes legais, nome do responsável pela condução do pedido, ficha cadastral dos administradores, estudo de viabilidade econômica e financeira, currículo do administrador eleito, comprovação da origem do capital social, cópia dos atos societários, entre outras exigências (arts. 9º e 27 da Circular BACEN 3.433, de 03.02.2009). Após a análise do processo de autorização, o Banco Central procederá a análise do pedido, considerando eventuais restrições do público, informações cadastrais dos seus sócios e proprietários, pendência de processos judiciais e processos administrativos junto a órgãos de defesa do consumidor e, por fim, sua análise econômica, financeira e gerencial, além do parecer contido nos relatórios de auditoria independente.

¹⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, p. 200.

¹⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. 3 v. Buenos Aires e Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 725.

multa paga pelo inadimplente, bem como a outros valores expressamente previstos no contrato.

Sendo a relação jurídica entre a administradora de consórcio e os consorciados de consumo, ela se submete à legislação de proteção e defesa dos consumidores e, por isso, sua publicidade não pode ser enganosa ou abusiva, deve prestar todas as informações com clareza aos interessados antes da assinatura dos contratos e não pode empreender medidas de cobrança vexatórias, entre outras.

A administradora de consórcio é, em síntese, mandatária dos consorciados, com poderes de representação limitados aos atos de gerenciamento do autofinanciamento. A administradora é titular, por assim dizer, de uma representação endógena. Ela não tem poderes para representar cada um dos consorciados e mesmo a comunhão de interesses em relações com terceiros, para além do círculo restrito da gestão dos recursos do grupo. Nisso, porém, não reside nenhuma particularidade incompatível com o mandato; pelo contrário, é ínsito a essa figura contratual a limitação dos poderes do mandatário.¹⁴⁹

A administradora de consórcio pode adquirir cotas de grupo de consórcio, inclusive sob sua administração. Entretanto, somente poderá concorrer a sorteio ou lance após a contemplação de todos os demais consorciados. Tais situações também são aplicadas aos administradores e pessoas com função de gestão na administradora, aos administradores e pessoas com função de gestão em empresas coligadas, controladas ou controladoras da administradora e às empresas coligadas, controladas ou controladoras da administradora.

Se por um lado as administradoras de grupos de consórcio têm direito à taxa de administração a título de remuneração pela formação, organização e administração do grupo de consórcio até o encerramento deste, por outro, os diretores, gerentes, prepostos e sócios com função de gestão na administradora de consórcio são depositários, para todos os efeitos, das quantias que a administradora receber dos consorciados na sua gestão, até o cumprimento da obrigação assumida

¹⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, 3. ed. v. 3, p.436.

no contrato de consórcio, respondendo, pessoal e solidariamente, independentemente da verificação de culpa, pelas obrigações perante os consorciados.

A administradora deve indenizar o grupo de consórcio na ocorrência de eventuais prejuízos decorrentes da aprovação de garantias insuficientes, inclusive no caso de substituição de garantias, bem como no caso de liberação de garantias enquanto o consorciado não tiver quitado sua participação no grupo.

Os bens e direitos adquiridos pela administradora em nome do grupo de consórcio, inclusive os decorrentes de garantia, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o seu patrimônio, observado que não integram o ativo da administradora, não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da administradora, não compõem o elenco de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial e não podem ser dados em garantia de débito da administradora.

Em caso de infrações aos dispositivos da Lei nº. 11.795/08, às normas infralegais e aos termos dos contratos de participação em grupo de consórcio formalizados, as administradoras de consórcio, bem como seus administradores estão sujeitas a sanções, sem prejuízo de outras medidas cabíveis. Para as administradoras infratoras, bem como para seus administradores, a Lei nº. 11.795/08 estabeleceu as seguintes sanções: I - advertência; II - suspensão do exercício do cargo; III - inabilitação por prazo determinado para o exercício de cargos de administração e de conselheiro fiscal em administradora de consórcio ou instituição financeira e demais autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil; IV - regime especial de fiscalização; V - multa de até 100% (cem por cento) das importâncias recebidas ou a receber, previstas nos contratos a título de despesa ou taxa de administração, elevada ao dobro em caso de reincidência; VI - multa de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), elevada ao dobro em caso de reincidência; VII - suspensão cautelar imediata de realizar novas operações, se configurado riscos ao público consumidor, durante o prazo de até 2 (dois) anos; VIII - cassação de autorização para funcionamento ou para administração de grupos de consórcio.

4.3.2.1 A ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL E A LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRADORA DE GRUPOS DE CONSÓRCIO

Conforme disposto no artigo 39 da Lei nº. 11.795/08, a administração especial e a liquidação extrajudicial de administradora de consórcio são regidas pela Lei nº. 6.024, de 13 de março de 1974, pelo Decreto-Lei nº. 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, pela Lei nº. 9.447, de 14 de março de 1997, e por legislação superveniente aplicável às instituições financeiras.

Os recursos pertencentes aos grupos de consórcio, administrados por empresa submetida aos regimes especial temporário ou de liquidação extrajudicial, serão obrigatória e exclusivamente destinados ao atendimento dos objetivos dos contratos de participação em grupo de consórcio.

A decretação da administração especial temporária ou da liquidação extrajudicial da administradora de consórcio não prejudicará a continuidade das operações dos grupos por ela administrados, devendo o conselho diretor ou o liquidante dar prioridade ao funcionamento regular dos grupos.

No caso de administração especial, o conselho diretor poderá convocar assembléia geral extraordinária para propor ao grupo as medidas que atendam a seus interesses, inclusive a de transferir sua administração.

No caso de liquidação extrajudicial, o liquidante, de posse do relatório da situação financeira de cada grupo, publicará edital, em que constarão os requisitos necessários à habilitação de administradoras de consórcio interessadas na administração dos grupos. Expirado o prazo para a habilitação, o liquidante convocará assembléia geral extraordinária do grupo, a fim de deliberar sobre as propostas recebidas.

4.3.3 O GRUPO DE CONSÓRCIO

Conforme disposto no art. 3º da Lei nº. 11.795/08, grupo de consórcio é uma sociedade não personificada constituída por consorciados para os fins estabelecidos no artigo 2º (consórcio). O grupo é o conjunto de participantes, reunidos pela administradora, para que se financiem mutuamente, com o escopo de propiciar a cada um a aquisição do bem ou serviço.

É o grupo de pessoas, comumente denominado de consorciados, que se reúnem com um objetivo comum, sem visar lucro, formando, assim, fundos necessários, conseguidos através dos consumidores, para a aquisição de um bem de valor inferior ou superior ao básico do plano, conforme especificado no contrato de adesão.

O grupo de consórcio é uma sociedade de fato, constituída após a adesão de consorciados em número e condições suficientes para assegurar a viabilidade econômico-financeira do grupo, na data da realização da primeira assembléia, representado ativa e passivamente pela administradora de consórcio.

O grupo terá identificação própria e funcionará autonomamente em relação a outros grupos que venham a ser formados pela administradora, cujo interesse prevalece sobre os interesses individuais dos consorciados, conforme disposto nos parágrafos do art. 3º da Lei nº. 11.795/08.

O grupo de consórcio será representado por sua administradora, em caráter irrevogável e irretratável, ativa ou passivamente, em juízo ou fora dele, na defesa dos direitos e interesses coletivamente considerados e para a execução do contrato de participação em grupo de consórcio.

O grupo de consórcio, abrigando interesses individuais e distintos, não tem personalidade jurídica própria, isto é, não pode ser sujeito de direitos que

decorrem do contrato. “Grupo é a união de consorciados que tem, como objetivo, se cotizar para ter acesso ao mercado de consumo”.¹⁵⁰

Flávio de Queiroz Cavalcanti¹⁵¹, analisando a natureza jurídica dos grupos de consórcio, diz que o contrato de consórcio tem natureza de colaboração e organização, sendo o grupo a massa de indivíduos, integrados em cada relação contratual plurilateral, não transbordando destes estreitos limites.

4.3.3.1 A CONSTITUIÇÃO E O ENCERRAMENTO DO GRUPO DE CONSÓRCIO

O grupo de consórcio considera-se constituído com a realização da primeira assembléia, que será designada pela administradora de consórcio quando houver adesões em número e condições suficientes para assegurar a viabilidade econômico-financeira do empreendimento.

Dentro dessa conotação, não é suficiente, pura e simplesmente, a manifestação isolada de adesões, sobrepondo-se um caráter de natureza econômica, qual seja, a viabilidade do negócio, que pressupõe número correspondente de consorciados, mediante contribuições mensais com índices fixos, interessados na compra de bens ou de serviços.

Teresa Negreiros¹⁵² assinala que deve ocorrer o equilíbrio entre as prestações contratuais, como condição indispensável do negócio jurídico ultimado pelas partes, estabelecendo segurança e o princípio da liberdade contratual, descartando-se lesividade e desequilíbrio. Nota-se, pois, que não apenas o fator jurídico é relevante, mas, também, o de conotação econômica, adjetivando número

¹⁵⁰ ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, *Consórcio – a realidade de um sonho brasileiro*, p. 152.

¹⁵¹ CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. Natureza jurídica do grupo de consórcio, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 16/92, p. 364.

¹⁵² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

de participantes e viabilidade do negócio, caso sujeito à fiscalização e observação do próprio Banco Central.

A formação do grupo de consórcio é o início central, que permeia regras específicas que direcionam a duração, a validade e o encerramento do contrato de consórcio.

De seu turno, o encerramento do grupo deve ocorrer no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio e desde que decorridos, no mínimo, 30 (trinta) dias da comunicação da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo, ocasião em que se deve proceder à definitiva prestação de contas do grupo.

Na prestação de contas do grupo, deverão ser discriminadas as disponibilidades remanescentes dos respectivos consorciados e participantes excluídos e os valores pendentes de recebimento, objeto de cobrança judicial.

Ainda, dentro de 60 (sessenta) dias, contados da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio, a administradora deverá comunicar aos consorciados que não tenham utilizado os respectivos créditos, que os mesmos estão à disposição para recebimento em espécie.

Igualmente, os valores pendentes de recebimento, uma vez recuperados, devem ser rateados proporcionalmente entre os beneficiários, devendo a administradora, até 120 (cento e vinte) dias após o seu recebimento, comunicar-lhes que os respectivos saldos estão à disposição para devolução em espécie.

4.3.3.2 AS ASSEMBLÉIAS REALIZADAS NO GRUPO DE CONSÓRCIO

A Lei nº. 11.795/08 determinou a realização de assembleias gerais ordinárias e extraordinárias para o funcionamento dos consórcios, cada qual com suas finalidades.

A cada cota de consorciado ativo corresponderá um voto nas deliberações das assembleias gerais ordinárias e extraordinárias, que serão tomadas por maioria simples.

A assembleia geral ordinária será realizada na periodicidade prevista no contrato de participação em grupo de consórcio e destina-se a apreciação de contas prestadas pela administradora e a realização de contemplações;

Na primeira assembleia geral ordinária, o grupo deve escolher até 3 (três) consorciados, que o representarão perante a administradora com a finalidade de acompanhar a regularidade de sua gestão, com mandato igual à duração do grupo, facultada a substituição por decisão da maioria dos consorciados em assembleia geral. No exercício de sua função, os representantes terão, a qualquer tempo, acesso a todos os documentos e demonstrativos pertinentes às operações do grupo, podendo solicitar informações e representar contra a administradora na defesa dos interesses do grupo, perante o órgão regulador e fiscalizador.

A representação do ausente pela administradora na assembleia geral ordinária dar-se-á com a outorga de poderes, desde que prevista no contrato de participação em grupo de consórcio.

A assembleia geral extraordinária será convocada pela administradora, por iniciativa própria ou por solicitação de 30% (trinta por cento) dos consorciados ativos do grupo, para deliberar sobre quaisquer outros assuntos que não os afetos à assembleia geral ordinária.

Somente o consorciado ativo não contemplado participará da tomada de decisões em assembleia geral extraordinária convocada para deliberar sobre a suspensão ou retirada de produção do bem ou extinção do serviço objeto do contrato, sobre a extinção do índice de atualização do valor do crédito e das parcelas, indicado no contrato, sobre o encerramento antecipado do grupo e sobre assuntos de seus interesses exclusivos.

A representação de ausentes nas assembleias gerais extraordinárias dar-se-á com a outorga de poderes específicos, inclusive à administradora, constando obrigatoriamente informações relativas ao dia, hora e local e assuntos a serem deliberados.

4.3.3.3 AS CONTEMPLAÇÕES E OS RECURSOS DO GRUPO DE CONSÓRCIO

A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, e ocorre por meio de sorteio ou de lance, na forma prevista no contrato de participação em grupo de consórcio.

Somente concorrerão à contemplação o consorciado ativo e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos. A contemplação está condicionada à existência de recursos suficientes no grupo para a aquisição do bem, conjunto de bens ou serviços em que o grupo esteja referenciado e para a restituição aos excluídos.

De seu turno, os recursos dos grupos de consórcio, coletados pela administradora, a qualquer tempo, serão depositados em instituição financeira e devem ser aplicados na forma estabelecida pelo Banco Central do Brasil, desde a sua disponibilidade e enquanto não utilizados para as finalidades previstas no contrato de participação em grupo de consórcio.

Em relação aos recursos do grupo de consórcio, considera-se fundo comum os que são destinados à atribuição de crédito aos consorciados contemplados para aquisição do bem ou serviço e à restituição aos consorciados excluídos dos respectivos grupos, bem como para outros pagamentos previstos no contrato de participação em grupo de consórcio. O fundo comum é constituído pelo montante de recursos representados por prestações pagas pelos consorciados para esse fim e por valores correspondentes a multas e juros moratórios destinados ao

grupo de consórcio, bem como pelos rendimentos provenientes de sua aplicação financeira.

O fundo de reserva, se estabelecido no grupo de consórcio, somente poderá ser utilizado para as finalidades previstas no contrato de participação, inclusive para restituição a consorciado excluído.

Outrossim, as disponibilidades financeiras remanescentes na data do encerramento do grupo são consideradas recursos não procurados pelos respectivos consorciados e participantes excluídos.

A administradora de consórcio assumirá a condição de gestora dos recursos não procurados, os quais devem ser aplicados e remunerados em conformidade com os recursos de grupos de consórcio em andamento, sendo facultada a cobrança de taxa de permanência sobre o saldo de recursos não procurados pelos respectivos consorciados e participantes excluídos, apresentado ao final de cada mês, oriundos de contratos firmados a partir da vigência da Lei nº. 11.795/08 e nos termos do contrato de participação em grupo de consórcio.

Os recursos não procurados, independentemente de sua origem, devem ter tratamento contábil específico, de maneira independente dos registros contábeis da administradora de consórcio, devendo as administradoras de consórcio providenciar o pagamento no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos a contar do comparecimento do consorciado com direito a recursos não procurados.

4.4 O BANCO CENTRAL DO BRASIL COMO ÓRGÃO REGULAMENTADOR E FISCALIZADOR DO SISTEMA DE CONSÓRCIOS

Criado em 31 de dezembro de 1964 pela Lei nº. 4.595, o Banco Central do Brasil intera o Sistema Financeiro Nacional e, na qualidade de agente da sociedade brasileira, visa os seguintes objetivos: (i) zelar pela adequada liquidez da economia; (ii) manter as reservas internacionais do País em nível adequado; (iii)

estimular a formação de poupança em níveis adequados às necessidades de investimento no País; e (iv) promover o permanente aperfeiçoamento do Sistema Financeiro Nacional.

No sistema de consórcio, o controle anteriormente exercido pelo Banco Central do Brasil limitava-se a intervenção das administradoras, quando configurada a sua gestão temerária no contingenciamento dos recursos, sendo que as demais operações de consórcio eram fiscalizadas diretamente pela Secretaria da Receita Federal, órgão pertencente ao Ministério da Fazenda.¹⁵³

De fato, desde a edição do Decreto nº. 70.951/72 até a edição da Portaria do Ministério da Fazenda nº. 330, de 23.09.1987, o dispositivo legal que viabilizava a poupança para autofinanciamento ficou relegado a regulamentos esparsos, até meados de 1990.

Somente com a vigência da Lei nº. 8.177/91 (art. 33) foram transferidas da Receita Federal para o Banco Central do Brasil as atribuições de controle e regulamentação do sistema de consórcios¹⁵⁴. Naquela época, foram editados os seguintes atos normativos pelo BACEN: a) Circular nº 2.196, de 1992 (grupos de veículos automotores); b) Circular nº 2.230, de 1992 (grupos de motocicletas); c) Circular nº 2.342, de 1993 (grupos de caminhões, ônibus, tratores, etc.); e d) Circular nº 2.381, de 1993 (procedimentos contábeis).

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁵⁵ registra que não foi pacífica a outorga das funções ao Banco Central do Brasil, pois não se tratava de atribuição

¹⁵³ A Lei nº 5.768, em 20 de dezembro de 1971 (regulamentada pelo Decreto nº 70.951, de 9 de agosto de 1972) tinha como objetivo disciplinar a atividade de consórcio e outras modalidades de mútuos e sorteios. Inicialmente, as atribuições de autorização, fiscalização e regulamentação dos consórcios foram delegadas ao Ministério da Fazenda (Secretaria da Receita Federal).

¹⁵⁴ Lei 8.177/91 – Art. 33. A partir de 1º de maio de 1991, são transferidos ao Banco Central do Brasil as atribuições previstas nos artigos 7º e 8º da Lei n. 5.768, de 20 de dezembro de 1971, no que se refere às operações conhecidas como consórcio, fundo mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza. Parágrafo único. A fiscalização das operações mencionadas neste artigo, inclusive a aplicação de penalidades, será exercida pelo Banco Central do Brasil.

¹⁵⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Responsabilidade do controlador, dos sócios e dos administradores de empresas de consórcios: sua apreciação à luz do direito do consumidor, *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 36, n. 106, p. 48/52, abr./jun., 1997.

própria de bancos centrais, tendo recebido como mais uma atividade atípica, entre outras que já exercia. Oportuno informar que, tendo em conta a existência de administradoras de consórcio em cidades pequenas do interior do país, a atuação do Banco Central para autorização de funcionamento, fiscalização, aplicação de penalidade dependia de meios materiais e humanos que nunca lhe foram concedidos.

Desta feita, todas as administradoras de consórcio deveriam seguir o conteúdo normativo do Banco Central do Brasil¹⁵⁶ que, para regular a administração e funcionamento do sistema de consórcios, publica Circulares, atentando-se, principalmente, ao profissionalismo da gestão de recursos de um grupo de consórcio e o bom atendimento aos consumidores dos produtos.

Às administradoras de consórcio não cabe discutir a regulamentação determinada pelo Banco Central do Brasil. A não submissão aos normativos pode ocasionar a restrição automática para constituir novos grupos, sem prejuízo de outras sanções previstas na legislação e regulamentação em vigor.

A fiscalização é exercida pelo Banco Central do Brasil tanto nos procedimentos de rotina de supervisão das operações de gerenciamento dos recursos e averiguação no cumprimento das demais legislações vigentes, quanto por via indireta, em razão de reclamações realizadas pelos consorciados.

De seu turno, a Lei nº. 11.795/08 voltou a reafirmar o poder normativo do Banco Central do Brasil para autorizar, fiscalizar e regulamentar o sistema de consórcio, nos seguintes termos:

¹⁵⁶ ADMINISTRATIVO. CONSÓRCIO. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR. LEI 8.177/91. BANCO CENTRAL DO BRASIL. NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA PELO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES. O artigo 33 da Lei 8177, de 1º de março de 1991, transferiu ao Banco Central do Brasil as atribuições previstas nos arts. 7º e 8º da Lei 5768/71, no que se refere às operações de consórcio. Sendo norma de índole procedimental, a competência para apreciar e julgar processos administrativos relacionados à fiscalização e aplicação de eventuais penalidades foi transferida, de imediato, ao Banco Central do Brasil, sendo nula decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes. Recurso improvido. (STJ, 1ª T. REsp. 389543/PR, rel. Min. Garcia Vieira, j. 05.03.02, DJU 08.04.2002)

“Art. 6º A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades do sistema de consórcios serão realizados pelo Banco Central do Brasil.

“Art. 7º Compete ao Banco Central do Brasil:

I – conceder autorização para funcionamento, transferência do controle societário e reorganização da sociedade e cancelar a autorização para funcionar das administradoras de consórcio ...

II – aprovar atos administrativos ou societários das administradoras de consórcio, ...

III – baixar normas disciplinando as operações de consórcio, inclusive no que refere à supervisão prudencial, à contabilização, ao oferecimento de garantias, à aplicação financeira dos recursos dos grupos de consórcio, às condições mínimas que devem constar do contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, à prestação de contas e ao encerramento do grupo de consórcio;

IV – fixar condições para aplicação das penalidades em face da gravidade da infração praticada e da culpa ou dolo verificados ...;

V – fiscalizar as operações de consórcio, as administradoras de consórcio e os atos dos respectivos administradores e aplicar as sanções;

VI – estabelecer os procedimentos relativos ao processo administrativo e o julgamento das infrações a esta Lei, às normas infralegais e aos termos dos contratos de participação em grupo de consórcio, por adesão, formalizados;

VII – intervir nas administradoras de consórcio e decretar sua liquidação extrajudicial ...”.

No exercício da fiscalização prevista no art. 7º da Lei nº. 11.795/08, o Banco Central do Brasil poderá exigir das administradoras de consórcio, bem como de seus administradores, a exibição a funcionários seus, expressamente credenciados, de documentos, papéis, livros de escrituração e acesso aos dados armazenados nos sistemas eletrônicos, considerando-se a negativa de atendimento como embaraço a fiscalização, sujeita às penalidades previstas na mesma lei, sem prejuízo de outras medidas e sanções cabíveis.

Assim sendo, verifica-se que a lei conferiu ao BACEN, dentro do marco regulatório, o poder de exigir condições mínimas que devem constar do instrumento de adesão – o contrato de participação em grupo de consórcio.

Logicamente, o poder normativo daquela autarquia federal não é amplo e irrestrito. Prende-se aos limites da lei. Não somente da Lei nº. 11.795/2008, mas, também, de todo o microsistema que disciplina as relações de consumo.

Desde logo, é possível definir-se um limite daquele poder normativo: não pode haver norma editada pelo BACEN que prejudique os direitos do consumidor previstos em outras normas, em especial no Código de Defesa do Consumidor e na própria Lei nº. 11.795/08.

A autorização para explicitar “condições mínimas” deve ser compreendida dentro da concretização do fundamento constitucional da defesa do consumidor, isto é, em que o Estado exercerá seu poder regulatório por intermédio do BACEN com o dever de proteger os interesses e direitos dos consorciados.

E o poder normativo deve ainda dar efetividade aos princípios insculpidos na Lei nº. 8.078/90, notadamente: a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I); a harmonização da relação de consumo fundada na boa-fé e no equilíbrio (art. 4º, III); e a informação do consumidor (art. 4º, IV). E a fluidez do termo jurídico que integra um princípio não serve para lhe diminuir a força (eficácia) normativa.

Logicamente, as normas do BACEN também não podem violar direitos básicos dos consumidores previstos no Código de Defesa do Consumidor, destacando-se: a) o direito à informação (art. 6º, III); b) a proteção contra publicidade ilícita, métodos comerciais coercitivos ou desleais e cláusulas abusivas (art. 6º, IV); c) a efetiva prevenção e reparação de danos materiais e morais, individuais e coletivos (art. 6º, VI); e c) o acesso a órgãos administrativos e judiciais, facilitando-se a defesa dos seus direitos (art. 6º, VII e VIII).

Em suma, onde há proteção normativa (constitucional ou legal) do consumidor, não há espaço para exercício do poder normativo do BACEN que resulte em diminuição ou restrição dos direitos dos consorciados. Em 3 de fevereiro de 2009, o BACEN divulgou as Circulares nº. 3.432 e nº 3.433, que atualizaram a regulamentação da legislação aplicável ao sistema de consórcios.

4.4.1 AS CIRCULARES DO BACEN E AS CONDIÇÕES MÍNIMAS DO CONTRATO DE CONSÓRCIO

No artigo 5º da Circular nº. 3.432, o BACEN fixou as condições mínimas que devem constar do contrato de participação em consórcio:

“Art. 5º - No contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, devem estar expressas as condições da operação de consórcio, bem como, de forma clara e explícita, os direitos e os deveres das partes contratantes, consubstanciados e aplicáveis a cada cota, observadas as disposições da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, devendo dele constar, no mínimo:

I - a identificação completa das partes contratantes;

II - a descrição do bem, conjunto de bens, serviço ou conjunto de serviços a que o contrato esteja referenciado e o respectivo preço, adotado como referência do valor do crédito e das contribuições ordinárias dos consorciados, bem como o critério aplicável para a sua atualização;

III - informação, quando for o caso, relativa à participação do consorciado em grupo com créditos de valores diferenciados;

IV - a taxa de administração;

V - a eventual existência de fundo de reserva e respectiva taxa;

VI - o prazo de duração do contrato e o número máximo de cotas de consorciados ativos do grupo;

VII - as obrigações financeiras do consorciado, inclusive aquelas que vierem a ser estabelecidas em decorrência de:

a) contratação de seguro;

b) despesas realizadas com escritura, taxas, emolumentos, avaliação e registros das garantias prestadas;

c) antecipação da taxa de administração;

d) compra e entrega do bem, por solicitação do consorciado, em praça diversa daquela constante do contrato;

e) entrega, a pedido do consorciado, de segunda via de documento;

f) da cobrança de taxa de permanência sobre os recursos não procurados pelos consorciados ou pelos participantes excluídos;

VIII - as obrigações contratuais, cujo descumprimento pelas partes enseja a aplicação de multa;

IX - a periodicidade de realização da assembleia geral ordinária;

X - as condições para concorrer à contemplação por sorteio e sua forma, bem como as regras da contemplação por lance;

XI - a possibilidade ou não de antecipação de pagamento por consorciado não contemplado, se for o caso, e da antecipação de pagamentos por consorciado contemplado, bem como as condições dessas antecipações;

XII - o direito de o consorciado contemplado dispor, para aquisição do bem, conjunto de bens, serviço ou conjunto de serviços, do valor do crédito distribuído na assembleia da respectiva contemplação, acrescido dos rendimentos líquidos financeiros proporcionais ao período em que o valor do crédito tenha sido aplicado, compreendido entre a data em que colocado à disposição até a sua utilização;

XIII - a faculdade de o consorciado contemplado poder:

a) adquirir, em fornecedor, vendedor ou prestador de serviço que melhor lhe convier:

1. Veículo automotor, aeronave, embarcação, máquinas e equipamentos, se o contrato estiver referenciado em qualquer bem mencionado neste item;

2. Qualquer bem móvel ou conjunto de bens móveis, novos, excetuados os referidos no item 1, se o contrato estiver referenciado em bem móvel ou conjunto de bens móveis não mencionados naquele item;

3. Qualquer bem imóvel, construído ou na planta, inclusive terreno, ou ainda optar por construção ou reforma, desde que em município em que a administradora opere ou, se autorizado por essa, em município diverso, se o contrato estiver referenciado em bem imóvel;

4. Serviço, se o contrato estiver referenciado em serviço;

b) adquirir o bem imóvel vinculado a empreendimento imobiliário, na forma prevista no contrato, se assim estiver referenciado;

c) realizar a quitação total de financiamento, de sua titularidade, nas condições previstas no contrato, de bens e serviços possíveis de serem adquiridos por meio do crédito obtido;

d) receber o valor do crédito em espécie, mediante quitação de suas obrigações para com o grupo, caso ainda não tenha utilizado o respectivo crédito decorridos 180 dias após a contemplação;

XIV - o procedimento a ser observado para a aquisição e o pagamento do bem, conjunto de bens, serviço ou conjunto de serviços em que o contrato estiver referenciado, com fixação de prazo dentro do qual a administradora deve realizar o pagamento ao fornecedor, observado o disposto no art. 12;

XV - as garantias que serão exigidas do consorciado contemplado para a aquisição do bem, conjunto de bens, serviço ou conjunto de serviços e os procedimentos a serem adotados na eventualidade de sua substituição;

XVI - as disposições a serem observadas para a transferência dos direitos e obrigações decorrentes do contrato;

XVII - as condições de inadimplemento contratual que acarretem:

a) a exclusão do consorciado do grupo;

b) o cancelamento da contemplação, na forma do art. 10;

XVIII - informação acerca das condições para o recebimento da restituição dos valores pagos pelos participantes excluídos, inclusive quanto à eventual incidência de descontos aplicáveis aos valores recebidos;

XIX - a autorização do consorciado para a realização dos depósitos dos recursos de que trata o art. 27 e os dados relativos à correspondente conta de depósitos, se a possuir;

XX - a informação de que o consorciado, inclusive se for excluído do grupo, está obrigado a manter atualizadas suas informações cadastrais perante a administradora, em especial do endereço, número de telefone e dados relativos à conta de depósitos, se a possuir;

XXI - o número do registro e do cartório de registro de títulos e documentos no qual foi registrado o regulamento do grupo de consórcio, nos termos do art. 4º

Numa primeira análise, não se pode dizer que houve excesso no poder normativo. As condições mínimas foram estabelecidas na perspectiva da operacionalização do contrato e no caminho da ampla possibilidade de atuação da sociedade administradora.

Pode-se afirmar que, na regulação do contrato de participação em consórcio, sua atuação normativa foi quase burocrática, como uma explicitação das exigências que estavam na lei e acabaram resumidas na Circular.

Em suma, o BACEN não exerceu o poder normativo de modo a fixar condições mínimas mais favoráveis ao consumidor, como permitido pela Lei nº. 11.795/2008.

Alguns exemplos podem esclarecer a crítica apresentada.

Primeiro, ao prever o “registro” do regulamento do consórcio em cartório de registro de títulos e documentos (art. 4º. da Circular nº. 3.432/2008), o BACEN não exigiu que ele ficasse integrado – constasse expressamente do instrumento – ao contrato de participação em grupo de consórcio. Mencionou que havia tão somente a obrigação de informar o cartório em que estava registrado o regulamento (art. 4º, XXI da Circular).

Segundo, o BACEN deixou de exigir que, no momento da “proposta de participação” (art. 10º, § 3º, da Lei nº. 11.795/2008), o instrumento contratual fosse integralmente apresentado ao consorciado. Ou seja, a “proposta de participação” nada mais seria do que o próprio “instrumento contratual” em sua plenitude.

Nestes dois pontos, o BACEN perdeu a oportunidade de concretizar e garantir o direito à informação do consumidor, nos termos do artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor. Não se quer dizer que o consumidor não possa exigir aquelas condutas da sociedade administradora, ou mesmo que esta última não cumpra espontaneamente aqueles deveres legais. A inserção daquelas exigências facilitaria sobremaneira a efetivação daquele direito básico à informação.

Terceiro, ao prever a “taxa administração”, o BACEN não fixou critérios para sua estipulação, de modo a evitar abusos contratual pela sociedade administradora. Tampouco, cuidou de explicitar as regras para a antecipação da aludida taxa de administração (art. 27, parágrafo 3º da Lei nº. 11.795/2008), em especial os critérios objetivos para sua identificação e cobrança, de modo a não

fragilizar a posição do consumidor naquele importante momento de aquisição da cota do consórcio. Era possível limitar-se a possibilidade da antecipação a um percentual da própria prestação e deixar claro como se daria a dedução do valor, durante o contrato.

Quarto, ao prever a “taxa de permanência” sobre os recursos não procurados pelos consorciados (art. 35 da Lei nº. 11.795/2008), o BACEN também não fixou critérios objetivos para sua identificação. Era de todo conveniente a limitação do percentual mensal máximo exigido do consorciado, evitando-se abusos.

Os dois pontos revelam uma tendência do BACEN deixar para as partes – consorciados e administradoras de consórcio – o estabelecimento de regras sobre a remuneração dos serviços. Deu-se lugar à liberdade contratual “plena” em termos de preço.

Se a relação entre consumidor (consorciado) e fornecedor (administradora de consórcio) não fosse de baseada na diferença de forças, a postura do BACEN estaria correta. Porém, o sistema jurídico reconheceu a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC), traduzindo a sujeição do último às escolhas contratuais ofertadas pelo fornecedor. Isto significa compreender que, no mercado de consumo de consórcio, são as administradoras de consórcios que detêm o poder econômico e o conhecimento técnico da atividade empresarial. Não há negociação, mas verdadeira oferta de um serviço (cota de consórcio) sem possibilidade de escolha pelo consumidor: *é pegar ou largar*¹⁵⁷. A liberdade

¹⁵⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. p. 37-38. Destacando-se: “Mas desta forma esquece-se que a igualdade de possibilidades abstratas, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder - e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente - gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades nas condições concretas de força econômico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho. O empresário com pleno controle do mercado de trabalho e o operário que, junto deste, procura emprego são juridicamente iguais, e igualmente livres - num plano formal - de determinar o conteúdo do contrato de trabalho. Mas é evidente (e a história de toda uma fase de desenvolvimento o capitalismo documenta-o de modo muitas vezes trágico) que o segundo, se não quiser renunciar ao trabalho e, conseqüentemente, à sua própria subsistência, estará sujeito a suportar (pelo menos até que surjam adequadas providências "limitativas da liberdade contratual") todas as condições, até as mais iníquas, que lhe sejam impostas pelo primeiro: ... Ou então pense-se no produtor de bens ou de serviços essenciais, que goza no mercado de uma posição monopolista: os consumidores são constringidos, para satisfazer as suas necessidades, a aceitar todas as condições que lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar na determinação do conteúdo do contrato: "pegar ou largar".

contratual se resume a aceitar ou não as condições contratuais – dentre elas as taxas de administração e permanência – exigidas pela sociedade administradora de consórcio.

E a realidade social brasileira confirma a necessidade de uma disciplina jurídica limitadora das taxas de administração e de permanência. Grande parte da oferta de cotas de consórcio se destina a pessoas de baixa renda e de dificuldade de compreensão do próprio negócio jurídico celebrado. Não raro, encontram-se situações em que sociedades administradoras ou corretores inescrupulosos aproveitam-se da fragilidade negocial do consumidor, impingindo-lhe elevadas taxas.

Num panorama assim, difícil imaginar que os patamares razoáveis de taxa de administração e de permanência não fossem do conhecimento do BACEN. Mais do que qualquer outro órgão estatal, até porque já fazia a regulação e a fiscalização do setor desde 1991 (com a vigência do artigo 33 da Lei nº. 8.177/91).

Os tribunais ainda não chegaram a um consenso sobre a vigência da limitação oriunda do Decreto nº. 7.951/72¹⁵⁸ e ¹⁵⁹. Porém, era claro que poderia

¹⁵⁸ No sentido afirmativo da limitação da taxa de administração pelo Decreto n. 7.951/72, confira-se por todos o REsp n. 1.060.029/RS, relator o Ministro Massami Uyeda, julgado em 26.9.2008, DJ 07.10.2008, com a seguinte ementa: “DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. A cobrança de taxa de administração, no caso concreto, em percentual superior a 5% é nula de pleno direito, pois vai de encontro ao disposto nos arts. 51, IV do CDC e no art. 42 do Decreto nº 70.951/72. Por mais que a lei nº 8.177/91 tenha transferido ao Banco Central as atribuições dos arts. 7º e 8º da lei nº 5.768/71, o percentual máximo a título de taxa de administração (art. 8º, III da lei nº 5.768/71) deve ser fixado em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.”

¹⁵⁹ No contrário à limitação pelo Decreto n. 7.951/72, confira-se por todos o REsp 918.627/RS, relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 4ª. Turma, julgado em 06.12.2007, DJ 11.02.2008, com a seguinte ementa: "RECURSO ESPECIAL. CONSÓRCIO DE AUTOMÓVEIS. PESSOA JURÍDICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. ENUNCIADO SUMULAR N. 7 DO STJ. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. LIMITAÇÃO. ATUAÇÃO REGULAMENTAR DO BACEN. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO PONTO, PROVIDO. 1. Consignou, expressamente, o Tribunal sul-rio-grandense, que se ajustaram as partes envolvidas às definições contidas nos artigos 2º e 3º da Lei Consumerista; portanto, determinar se a situação fática descortinada nos autos autoriza, ou não, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, na espécie, reclamaria o exercício de atividade incompatível com a via recursal eleita, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior. 2. Não se confirma o suposto "vácuo normativo", apontado pelo Tribunal a quo, porque ocorrente a atuação regulamentar do BACEN (artigo 34 do regulamento anexo à Circular nº 2.386/93 e artigo 12, §3º, do regulamento anexo à Circular nº 2.766/97), ainda que conferindo às administradoras total liberdade para a fixação da taxa de administração. 3. Registre-se que a norma de regência (artigo 8º, caput e inciso III, da Lei nº 5.678/71) simplesmente faculta ao detentor da competência regulamentar, dentre outras atribuições, a fixação de taxas máximas de administração ("podendo estabelecer percentagens máximas permitidas, a título de despesas de administração"); à evidência que o BACEN, atuando no exercício

conveniência da limitação administrativa – antes pelo decreto e agora pela atuação do BACEN.

Em voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior, tem-se não só a possibilidade do BACEN disciplinar a matéria, mas, também, uma verdadeira luz (esperança) de que ele publique, no mínimo, quais são as médias de taxa de administração praticadas no mercado de consórcio, o que servirá de parâmetro para a aferição da abusividade, sublinhando-se as seguintes passagens:

“Em segundo, a matéria é legal, porque a regulamentação baixada pelo Banco Central é derivada de autorização legal. De modo que o contexto todo é vinculado à legislação ordinária, e não apenas a uma norma infralegal, que, aqui, efetivamente, não podemos tratar.

“Há a jurisprudência e o precedente citado, da Sra. Ministra Eliana Calmon, que tenho e acredito que todos aqui também, mas, no caso, o disciplinamento passou a ser do Banco Central por norma legal. Em função disso, resta saber se o Banco Central teria ou não liberado, tirado o gesso, essas amarras, dos percentuais. Então, a matéria é legal.

“Em relação à abusividade, no meu voto, naquele precedente, procurei trazer para a questão do consórcio o mesmo entendimento que se tem na Seção sobre taxa abusiva bancária; ou seja, incide o Código de Defesa do Consumidor desde que provado, de modo cabal, nos autos, em comparação com o mercado, o produto, as condições, prazo etc., em um consórcio, que efetivamente há ou não taxa abusiva. Haverá, provavelmente, uma forma de se aferir uma média que pode ser alcançada mediante prova documental ou técnica etc., e chegar-se à conclusão de que realmente existe abusividade. Então, não se está excluindo o Código de Defesa do Consumidor. O que se está dizendo é que tem que ser provada, caso a caso, essa abusividade concreta, assim como fazemos nos contratos bancários.” (Embargos de Divergência n. , Segunda Seção do STJ, relator o Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 12.11.2008, DJ 19.12.2008).

Concluindo-se, o poder normativo do BACEN tem respaldo na lei, mas, deve ser exercido sem prejudicar o consumidor. O exercício adequado daquele poder normativo contribuirá sobremaneira para explicitar limites à liberdade contratual, fixando-se condições mínimas do contrato de adesão e que garantam ao consumidor seus direitos básicos.

dessa discricionariedade legal, optou por não efetuar a limitação. 4. Recurso parcialmente conhecido e, no ponto, provido.

5. O CONTRATO DE CONSÓRCIO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Regulado por legislação específica e com validade e eficácia adaptadas ao perfil do novo Código Civil, cabe, agora, analisar o contrato de consórcio à realidade do Código de Defesa do Consumidor.

Yves Serra et Jean Calais Auloy¹⁶⁰ definem que o direito de consumo é visto como um conjunto de disposições jurídicas aplicáveis às relações entre profissionais e consumidores, buscando, de forma teleológica, a proteção dos últimos.

Nesta linha, deparamo-nos com o consórcio como uma relação de mercado típica da concorrência, para a entrega do bem, tanto móvel como imóvel, ou de serviço.

Na lição de Cláudia Lima Marques¹⁶¹, a melhora do nível de vida e a crescente privatização, fazem com que o mercado brasileiro acenda o desejo do consumidor; assim, para protegê-lo e contemplá-lo, mais de perto, os contratos de consórcio não fogem à aplicação da regra da relação de consumo, mormente quando cuida da transparência, dos informes e do acesso ao banco de dados, cujo destinatário final é o próprio consumidor (*endverbraucher*); conseqüentemente, em princípio, o contrato não retrata lucro, mas sim a junção de esforços, por meio de um autofinanciamento, capacitando e potencializando todos, na condição de consumidores, ao retrato do bem ou do próprio serviço.

Este princípio marca, com segurança, as relações internas e externas do grupo de consórcio, na medida em que tem condições de aferir com transparência as circunstâncias de mercado, o preço de bens e serviços, adequando-se à realidade de seu funcionamento.

¹⁶⁰ SERRA, Yves et Jean Calais Auloy. *Concurrence et Consommation*. Editora Dalloz. Paris. 1994.

¹⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*.

Bem nesta dimensão, as salvaguardas do contrato de consórcio têm descanso, alcance e prática na relação de consumo, a qual permeia toda a sua formação, desenvolvimento e conclusão.

As sociedades empresárias, limitadas ou anônimas, participam direta ou indiretamente, da riqueza do mercado e colaboram para a consecução da formação do grupo, no desenho dos bens, ou da específica prestação de serviço, definindo-se por meio de contrato de adesão e também pelo regulamento que sintetiza a vida consorcial.

O contrato de consórcio impõe perfil de unificação e submissão à relação de consumo, identificando as obrigações, princípios e disposições em torno da administradora do consórcio.

Consequentemente, o virtuosismo consumerista é patente, a uma pelo próprio negócio, em segundo pela transparência e visibilidade, em último e igualmente importante, no tocante à responsabilidade atribuída à administradora do consórcio, cabendo também destacar que as cláusulas que possam ensejar abusividade, desequilíbrio ou impossibilidade de cumprimento, provocam imediata reação por parte do Código de Defesa do Consumidor.

5.1 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO ENTRE OS CONSORCIADOS E AS ADMINISTRADORAS DE CONSÓRCIO

A Constituição Federal de 1988 elegeu a defesa do consumidor à condição de princípio geral da atividade econômica (CF, art. 170, V), inserindo nos direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII). As relações jurídicas de consumo são compostas por dois sujeitos legalmente definidos: de um lado, o consumidor e de outro, o fornecedor. Em outras palavras, para que ocorra uma relação jurídica de consumo, é necessária a presença do consumidor e do fornecedor, cujo conceito já se encontra delineado na própria lei consumerista.

Partindo desta premissa, cumpre-nos, agora, verificar se o consórcio em geral e o contrato de consórcio regulado na Lei 11.795/08 podem ser qualificados como relação de consumo, observando-se a posição e atuação de seus partícipes: os consorciados, as administradoras de consórcios e os grupos de consórcio.

A Lei nº. 11.795/08 cuidou de conceituar o sistema de consórcio (art. 1º)¹⁶², o consórcio (art. 2º)¹⁶³, o grupo de consórcio (art. 3º)¹⁶⁴, o consorciado (art. 4º)¹⁶⁵ e a administradora de consórcio (art. 5º)¹⁶⁶.

A figura do consumidor é facilmente identificada na nova lei. Primeiro, a figura do “consorciado” como pessoa física ou jurídica que adquire a cota de consórcio coincide com o *consumidor final* (CDC, art. 2º). Segundo, a figura da *coletividade de consorciados* que forma o grupo de consórcio, ou de todos os consorciados clientes de uma mesma administradora de consórcios, ou ainda de uma coletividade de pessoas não determináveis, mas que podem ser futuros consorciados traduz o consumidor por equiparação (CDC, art. 2º, parágrafo único). Na defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a coletividade de consorciados – determináveis ou não – é equiparada a consumidor para efeitos de incidência do CDC. Terceiro, a figura da *vítima* de prejuízos acarretados pela atividade de consórcio também é considerada consumidor por equiparação (CDC, art. 17). Não raro, mediante a utilização de documentos falsos ou mesmo simplesmente de dados da pessoa, tem-se a falsificação na contratação do consórcio. A vítima do evento danoso é equiparada a consumidor pelo CDC, sendo irrelevante que não tenha contratado o consórcio. E quarto, também pode ser

¹⁶² Art. 1 - O Sistema de Consórcios, instrumento de progresso social que se destina a propiciar o acesso ao consumo de bens e serviços, constituído por administradoras de consórcio e grupos de consórcio, será regulado por esta Lei.

¹⁶³ Art. 2 - Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.

¹⁶⁴ Art. 3 - Grupo de consórcio é uma sociedade não personificada constituída por consorciados para os fins estabelecidos no art. 2º.

¹⁶⁵ Art. 4 - Consorciado é a pessoa natural ou jurídica que integra o grupo e assume a obrigação de contribuir para o cumprimento integral de seus objetivos, observado o disposto no art. 2º.

¹⁶⁶ Art. 5 - A administradora de consórcios é a pessoa jurídica prestadora de serviços com objeto social principal voltado à administração de grupos de consórcio, constituída sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima, nos termos do art. 7º, inciso I.

qualificado como consumidor por equiparação quem é *exposto*, no exercício da atividade de consórcio e na colocação das cotas de consórcio no mercado de consumo, às situações jurídicas (CDC, art. 29): a) práticas comerciais e b) proteção contratual. Nesta linha, o simples fato de ajustar o consórcio por meio de um instrumento de adesão autoriza a conclusão de que o aderente é consumidor por equiparação.

Um pouco mais complexa revela-se a tarefa da definição do fornecedor na relação jurídica de consórcio. E isto porque pode ser sedutora a tese de que fornecedor será o “grupo de consórcio”, como uma entidade sem personalidade jurídica integrada pelos consorciados, com prazo e número determinados, com a finalidade de promover a poupança coletiva para a aquisição de produtos e serviços.

Não será surpresa se alguém sustentar que, na forma da Lei nº. 11.795/08 (art. 5º, parágrafo 1º), a “administradora de consórcio” é mera gestora de negócios e mandatária dos interesses e direitos dos grupos de consórcios. E, nesta linha, ela (administradora de consórcio) não atuaria em nome próprio – ou se atuasse em nome próprio, o faria em benefício alheio.

Parece-nos um rematado equívoco considerar-se o “grupo de consórcio” como fornecedor. Aquela figura nada mais representa do que a somatória dos interesses e direitos dos consumidores (consorciados), que têm interesses e direitos de origem comum, formando-se interesses e direitos individuais homogêneos ou, conforme a situação, interesses e direitos coletivos¹⁶⁷.

A lei disciplinou uma reunião ocasional dos consumidores. Na verdade, nenhum consumidor, de maneira espontânea e perene, busca unir-se a outro para formar um grupo de consórcio, como ocorre nas clássicas figuras jurídicas de associação (art. 53 do Código Civil) ou de sociedade (art. 981 e seg. do Código Civil). Em outros termos, quando se forma um grupo de consórcio, ocorreu a reunião acidental – dentro de uma estratégia de mercado conveniente para as partes e sem nenhuma confiança ou vínculo semelhante. E dos interesses em jogo se desponta a

¹⁶⁷ Acolhendo-se as definições do artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

clara vocação da administradora de consórcios de fomentar a comercialização de determinados segmentos de produtos ou serviços¹⁶⁸.

O que houve foi uma simples e ocasional reunião de pessoas com interesses comuns – aquisição de um produto ou serviço – numa estratégia de comercialização em que a administradora de consórcio realiza as atividades de formar, organizar e administrar o grupo de consorciados.

Tanto que, por executar as tarefas de formar, organizar e administrar o grupo de consorciados, a administradora faz jus a uma remuneração específica e determinada pela Lei nº. 11.795/08 (art. 5º, parágrafo 3º) – a taxa de administração.

É importante desfazer-se qualquer tentativa de ligar-se a figura do “grupo de consórcio” ao conceito de fornecedor.

Finalmente, a cota de consórcio representa um serviço, mais especificamente uma participação ofertada no mercado de consumo, visando o futuro recebimento de uma carta de crédito – que servirá para aquisição de um bem (móvel ou imóvel) ou serviço de qualquer natureza (arts. 10, 12 e 22, todos da Lei nº 11.795/08).

Neste contexto, não se pode negar que, entre os consorciados, existe uma relação jurídica associativa e plurilateral, no sentido, repita-se, de que todos têm o fim de constituir um fundo pecuniário capaz de fazer frente à aquisição desejada pela coletividade. A nosso ver, este vínculo entre os consorciados (art. 10º da Lei n. 11.795/08) não retirou a administradora da condição de fornecedora.

E isto porque quem tem a missão legal de formar, organizar e administrar o grupo de consórcio é a sociedade administradora. Sua participação na relação jurídica é principal e não secundária – ela não se trata de mera coadjuvante. Tudo passa pela atuação da sociedade administradora de consórcio: a) a identificação de quem pode se tornar consorciado, notadamente suas condições financeiras (análise

¹⁶⁸ É comum verificar-se uma sociedade administradora de consórcios que pertence a um grupo econômico industrial.

de cadastro e outras medidas), b) o controle dos pagamentos, c) a destinação e aplicação dos recursos auferidos, d) a outorga da carta de crédito, e) a constituição das garantias, f) a autorização para cessão do contrato, sempre que conveniente.

Ora, a figura jurídica do grupo de consórcio sempre foi conhecida na prática e estudada pela doutrina. Os tribunais nunca ignoraram sua existência. A lei apenas retratou um fato. E, ao disciplinar a possibilidade do “grupo de consórcio” reunir-se em assembléia para a prestação de contas, a realização de contemplações e a deliberação de temas de interesse da coletividade, os artigos 16 a 21 da Lei n. 11.795/08 aumentaram a tutela dos direitos dos consumidores.

Enfim, não se pode imaginar que a novel legislação tenha como resultado a redução da defesa do consumidor, enquanto consorciado. A caracterização do contrato de consórcio como relação de consumo retrata uma realidade por demais consagrada pelos tribunais.

Por todos, confira-se:

“Aplica-se o CDC aos negócios jurídicos realizados entre as empresas administradoras de consórcios e seus consumidores-consorciados. Precedentes.” (REsp. n. 541.184-PB, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 25.4.2006)

Assim sendo, diante de tudo o que foi exposto, entendemos que, mesmo com a vigência da Lei nº. 11.795/2008, a natureza jurídica da relação entre consorciados e administradoras de consórcio não se altera e continua como uma relação jurídica de consumo. Os consorciados são consumidores. As sociedades administradoras de consórcios são fornecedores. Por isso, aplicáveis as disposições da Lei n. 8.078/90 também à relação jurídica de consórcio¹⁶⁹.

¹⁶⁹ De maneira adequada, a Presidência da República, na mensagem n. 762, de 08 de outubro de 2.008, comunicou ao Senado Federal o veto de alguns dispositivos do projeto de lei, destacando-se aquele que recaiu sobre o parágrafo 4º do artigo 5º e que se fundamentou justamente na desarmonia com o sistema constitucional de proteção ao consumidor e com as normas de responsabilidade civil objetiva inseridas no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse mesmo sentido leciona Cláudia Lima Marques¹⁷⁰:

"Nos contratos do sistema de consórcio, como os denomina o art. 53, §2º, do CDC, a administradora do consórcio caracteriza-se como fornecedor, prestadora de serviços; o contrato é geralmente concluído com consumidores, destinatários finais fáticos e econômicos dos bens duráveis (...) que se pretende adquirir através dos consórcios. Aos contratos do sistema de consórcio aplicam-se as normas do CDC (...). Em virtude da presença constante de consumidores como pólo contratual, podemos concluir que os contratos de sistema de consórcios são típicos contratos de consumo, cuja finalidade justamente é permitir e incentivar o consumo de bens duráveis, que de outra forma não estariam ao alcance do consumidor."

5.2 O CONTRATO DE CONSÓRCIO DA LEI 11.795/08 À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O contrato de consórcio da Lei nº. 11.795/08 possui particularidades a serem examinadas em face ao Código de Defesa do Consumidor, notadamente no tocante à sua disciplina como instrumento plurilateral e sua celebração por adesão, a proposta de participação e os planos de existência, validade e eficácia do contrato, a multa pecuniária em virtude de descumprimento de obrigação e a natureza de título executivo extrajudicial do contrato contemplado.

5.2.1 A DISCIPLINA DO CONTRATO DE CONSÓRCIO COMO INSTRUMENTO PLURILATERAL CELEBRADO POR ADESÃO

A Lei nº. 11.795/08 dedicou todo o "Capítulo II" à disciplina do contrato de consórcio, denominando-o "contrato de participação em grupo de consórcio" e descrevendo-o no artigo 10:

"Art. 10 O contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, é o instrumento plurilateral de natureza associativa cujo

¹⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 206-207.

escopo é a constituição de fundo pecuniário para as finalidades previstas no art. 2º.

§ 1º O contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, criará vínculos obrigacionais entre os consorciados, e destes com a administradora, para proporcionar a todos igual condição de acesso ao mercado de consumo de bens ou serviços.”

A descrição legal chama a atenção por deixar claro que o contrato de consórcio é celebrado por instrumento de adesão. Isto é, respeitadas as condições mínimas disciplinadas pelo Banco Central do Brasil, caberá à sociedade administradora de consórcio conceber as disposições do contrato de adesão a ser ofertado no mercado de consumo.

Oportuno reafirmar que, num cenário de contrato de adesão, a vulnerabilidade do consumidor ganha realce, porquanto ele se sujeita às condições de contrato escolhidas pelo fornecedor. A situação de sujeição é evidente.

Por isso, as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre o contrato têm plena incidência, em que a autonomia privada é preservada na sua essência e naquilo que garanta o equilíbrio da relação jurídica e a justiça contratual¹⁷¹.

Para a concretização do direito básico de informação do consumidor (CDC, art. 6º, III), o artigo 46 da Lei n. 8.078/90 exige: a) que o consumidor seja prévia e efetivamente informado sobre o instrumento de adesão; e b) que o respectivo instrumento seja redigido de modo a não dificultar a compreensão do seu sentido e alcance pelo consumidor. E, num detalhamento ainda maior para o contrato de adesão, o artigo 54 daquela lei impôs: a) a redação do instrumento de adesão em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis com tamanho mínimo da fonte será corpo doze¹⁷², tudo de modo a facilitar a leitura e a compreensão efetiva pelo consumidor; e b) as cláusulas limitadoras de direito devem

¹⁷¹ MALFATTI, Alexandre David. Liberdade Contratual. Artigo inserido na obra coletiva “*Cadernos de Direito Civil Constitucional*”, Caderno 2, coordenação Renan Lotufo, p. 37-40.

¹⁷² A redação do parágrafo 3º do artigo 54 da Lei n. 8.078/90 sofreu alteração pela Lei n. 11.785, de 22 de setembro de 2008, nos seguintes termos: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

ser redigidas com destaque, viabilizando a imediata percepção da existência delas no instrumento e sua fácil compreensão do significado e do alcance.

A violação dos artigos 46 e 54 do Código de Defesa do Consumidor apresenta como consequência a nulidade da disposição contratual. Se o contrato não foi informado como um todo, o negócio jurídico não vinculará o consumidor, à semelhança do negócio inexistente. Se apenas uma cláusula contratual não foi informada, ela será nula.

Daí porque, se o regulamento do consórcio não constar do contrato de adesão, não se poderá vincular o consumidor a ele. As obrigações inseridas no regulamento do consórcio serão nulas, porque desconhecidas prévia e efetivamente pelo consumidor. Entendemos como irrelevante o fato de ficar inserido no instrumento de adesão a informação sobre o Cartório de Títulos e Documentos em que se deu o registro do contrato. A administradora de consórcio deve integrar o conteúdo do regulamento ao corpo principal do instrumento de adesão.

Igual consequência será verificada quando uma cláusula contratual não for prévia e efetivamente informada e compreendida pelo consorciado. A utilização de construções gramaticais ou fórmulas matemáticas de difícil compreensão para o consumidor tornará nula a disposição contratual. Advirta-se, ainda, que a informação adequada deve ser prestada ao consorciado, no momento da contratação, não havendo possibilidade de convalidação da disposição contratual pela providência posterior do fornecedor.

Isto é, não cumprido o dever de informar no momento da celebração do instrumento de adesão, a invalidade da disposição contratual traduz sanção inafastável. Caberá ao consumidor aceitar ou não a inclusão daquela disposição no contrato. Se ele aceitá-la expressamente, a disposição contratual passará, então, a produzir efeitos jurídicos como se tratasse de um aditivo contratual.

Importante, ainda, esclarecer que a subsistência de uma disposição nula – pela ausência de informação prévia e efetiva sobre seu alcance e conteúdo – no

corpo de um instrumento de adesão não traduz fundamento bastante para sua convalidação. A nulidade é absoluta e não passível de convalidação.

Mas não é só. Não raro, o consumidor só toma conhecimento do sentido e alcance dado pelo fornecedor à disposição contratual, quando o primeiro vê-se na situação de eficácia da cláusula. Ou seja, ocorrido o fato que dá ensejo à aplicação a cláusula contratual, tem o consumidor a noção exata do sentido e do alcance dado pelo fornecedor a ela e que pode – como de fato acontece com frequência – não coincidir com as suas anteriores compreensão e expectativa.

A discussão da validade da disposição contratual pela ausência de informação não se confunde com outra igualmente importante: a interpretação da cláusula contratual.

Uma cláusula não informada de maneira prévia e efetiva é nula, como dito anteriormente, por violação aos artigos 6º, III, 46 e 54, todos do CDC. Trata-se de uma nulidade na formação do contrato, sendo irrelevante seu conteúdo. Ele não deve produzir efeitos jurídicos, ainda que tolerados efeitos econômicos pelo consumidor.

Também deve ter aplicação, no plano da eficácia contratual, o disposto no artigo 47 do CDC: a interpretação das cláusulas contratuais deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor. Extrai-se do significado das disposições contratuais aquilo que se tem de melhor para o consumidor em termos de alcance e sentido.

Na aplicação do artigo 47 do CDC, o operador do direito concluiu pela validade do contrato na sua formação, porque atendido o direito de informação do consumidor. Interpreta-se a disposição do contrato. Trata-se de um fator de eficácia do negócio jurídico e ligado ao seu conteúdo.

Outrossim, a novel legislação descreve o contrato de consórcio como um instrumento plurilateral. Menciona que ele cria duas espécies de vínculos

obrigacionais: a) entre os consorciados; e b) entre os consorciados e a administradora de consórcio.

Ao explicitar os vínculos entre os consorciados, a Lei nº. 11.795/08 deixa claro que o interesse do grupo deve prevalecer sobre o interesse individual (art. 3º, par. 2º). Significa dizer que, num eventual conflito de interesses individuais e coletivos, a solução deve privilegiar os últimos. Logicamente, não a ponto de excluir direitos e interesses tutelados pela lei em favor dos consorciados individualmente considerados.

Neste passo, importante extremar os interesses do grupo de consorciados com o interesse da administradora. Eles não se confundem. Por exemplo, os conflitos individuais (incluindo-se as demandas judiciais) que buscam resolver a validade e a eficácia do contrato de adesão envolvem, como regra, interesses do consorciado (consumidor individual) sem contraposição com o interesse coletivo do grupo de consórcio. Do contrário, sempre se poderá argumentar que a solução de um conflito em favor do consumidor individualmente considerado causará prejuízo à coletividade (grupo de consórcio), notadamente se ela tiver reflexos econômicos.

A disciplina legal, insista-se pela relevância do tema, não serve para diminuir o campo de responsabilidade das administradoras de consórcio. Serve para dar mais equilíbrio à relação jurídica, protegendo-se o consumidor e reconhecendo-se sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

Os vínculos entre os consorciados são de natureza acidental e de cunho indireto. Preserva-se, principalmente, a igualdade entre os consorciados no acesso ao mercado de consumo de produtos e serviços. Impede-se que a vontade ou o interesse de um consorciado – com ou sem participação da administradora – prevaleça indevidamente sobre a vontade ou o interesse da coletividade. E, por fim, realça-se a somatória dos interesses econômicos individuais na formação da poupança coletiva.

5.2.2 A PROPOSTA DE PARTICIPAÇÃO E OS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE CONSÓRCIO

A Lei nº. 11.795/08 prosseguiu na disciplina do contrato de consórcio, criando-se a figura da “proposta de participação”, nos parágrafo 3º e 4º do artigo 10:

“§ 3º A proposta de participação é o instrumento pelo qual o interessado formaliza seu pedido de participação no grupo de consórcio, que se converterá no contrato, observada a disposição constante do § 4º, se aprovada pela administradora.

“§ 4º O contrato de participação em grupo de consórcio aperfeiçoar-se-á na data de constituição do grupo, observado o art. 16.”

A interpretação daquelas disposições legais é de extrema relevância. O novo diploma legal criou uma condição para a eficácia do contrato: a data da constituição do grupo, assim considerada a primeira assembléia designada pela administradora (art. 16 da Lei nº. 11.795/08).

O fator de eficácia deve ser compreendido à luz do sistema de proteção ao consumidor.

A “proposta de participação” não se diferencia do contrato. Trata-se de uma oferta que, uma vez aceita pelo consumidor, produz efeitos contratuais e vincula o fornecedor, na forma do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor.

Ou seja, não deve haver diferença conceitual entre proposta de participação e contrato de consórcio. A proposta aceita (expressamente) pelo consumidor vincula a administradora de consórcio, que colocou a cota de consórcio no mercado de consumo. O contrato existe e, preenchidos os requisitos legais (formação e conteúdo), também é válido.

Os planos da existência e da validade do negócio jurídico não foram modificados pela Lei nº. 11.795/08. A novidade encontra-se na identificação do plano da eficácia, sendo introduzida pela nova lei uma condição – fator de eficácia. O

contrato de consórcio somente produzirá efeitos jurídicos se alcançado o número suficiente de consorciados para a formação do grupo, considerando-se sua constituição na data de realização da primeira assembléia. Trata-se de uma cláusula de eficácia permitida pela lei.

Contudo, há requisitos para a validade da própria disposição contratual acerca do diferimento da eficácia do contrato de consórcio. Alexandre David Malfatti¹⁷³ destaca dois deles:

“Primeiro requisito legal para a validade da cláusula de eficácia criada pelos parágrafos 3º. e 4º. da Lei n. 11.795/2008: ser prévia e efetivamente informada ao consumidor. Do contrato de participação em grupo de consórcio, seja ele denominado “proposta de participação” ou de qualquer outro nome, deverá constar expressamente a disposição sobre a referida condição.

Em outras palavras, se a administradora de consórcio não informar adequada, prévia e efetivamente o consumidor, por meio de cláusula contratual com destaque – sujeitar-se o negócio a uma condição não deixa de ser uma limitação do direito do consumidor – e de maneira ostensiva no instrumento, torna-se inafastável a seguinte conclusão: o contrato desde logo produz efeitos, considerando-se constituído o grupo de consórcio, independente da realização da primeira assembléia de consorciados.

E segundo, uma vez informada ao consumidor sobre a necessidade da implementação de uma condição para eficácia do contrato de consórcio, como requisito adicional da validade da disposição contratual, deve haver definição de uma data para a assembléia de constituição ou um prazo limite para sua realização. Após aquela data ou prazo, serão considerados constituído o grupo e eficaz o contrário.”

O silêncio no prazo de realização da primeira assembléia torna inócua a condição. Ou seja, a omissão contratual não é suprida pela lei. A eficácia do contrato é plena, produzindo-se os efeitos jurídicos da conclusão do consórcio.

No caso do contrato não explicitar como condição do contrato a necessidade da formação do grupo do consórcio e da realização de uma primeira assembléia de constituição do referido grupo (fixando-se prazo a tanto), entendemos que o negócio jurídico está desde logo aperfeiçoado.

¹⁷³ MALFATTI, Alexandre David. O contrato de consórcio e o direito do consumidor, após a vigência da Lei 11.795/2008. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 70, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Em suma, observados os requisitos de validade, a lei possibilitou à administradora de consórcio a inserção no instrumento de adesão de uma cláusula de eficácia – formação do grupo de consórcio e realização da assembleia de constituição do grupo.

Formado o grupo de consórcio e realizada a assembleia de constituição, o contrato produzirá todos os efeitos jurídicos. Entretanto, se o grupo de consórcio não se completar dentro do prazo previsto no instrumento de adesão, a ineficácia do contrato implicará o retorno das partes ao estado anterior. Significa dizer que a administradora de consórcio deverá restituir ao consorciado todas as quantias recebidas sem exceção. Não poderá reter taxa de administração ou qualquer outra verba.

Importante salientar que a não formação do consórcio deve ser imputada à administradora. Traduz uma falha na sua atribuição legal (art. 5º, par. 3º da Lei nº. 11.795/08). Não há sentido na cobrança de uma taxa de administração ou de qualquer outra verba, quando infrutífero o trabalho de formação do grupo de consórcio.

5.2.3 A MULTA PECUNIÁRIA NOS CONTRATOS DE CONSÓRCIO DA LEI 11.795/08

A Lei nº. 11.795/08 prosseguiu na disciplina do contrato de consórcio, criando-se a figura da “multa pecuniária”, nos parágrafo 5º do artigo 10:

“§ 5º É facultada a estipulação de multa pecuniária em virtude de descumprimento de obrigação contratual, que a parte que lhe der causa pagará à outra.”

Como em qualquer contrato, permite-se a inclusão de multa pelo descumprimento contratual. A disposição legal dispõe sobre o gênero: cláusula penal. Ela poderá ser moratória: para punir a obrigação específica de pagamento.

Mas também será facultada a inserção no contrato de uma multa compensatória: para punir qualquer outro inadimplemento contratual.

Oportuno destacar que a multa pecuniária deve ser uma via de mão dupla: aplicada ao consorciado (consumidor) e à administradora de consórcio (fornecedora). Sempre que prevista somente contra o consorciado, a partir da boa-fé e equilíbrio das relações de consumo (CDC, art. 4º, III), pode haver interpretação extensiva para fazer a multa contratual alcançar também a administradora de consórcio.

A nova lei apenas reiterou a autorização existente no sistema normativo já vigente. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil já autorizavam aquelas disposições contratuais.

A multa moratória pelo inadimplemento do consorciado limita-se a 2% (dois por cento). Incide o disposto no artigo 52, parágrafo 1º do Código de Defesa do Consumidor. Isto é, a Lei nº. 11.795/08 não permitiu a liberdade de fixação de uma multa pecuniária maior.

A mora da administradora do consórcio deve ser tratada no contrato e não se limita a 2% (dois por cento). Pode ser maior. A mora da administradora surge na sua obrigação de entregar ao consorciado (ou à empresa fornecedora do produto ou serviço referenciado no contrato) o valor do crédito (art. 22 da Lei nº. 11.795/08), até o terceiro dia útil após a contemplação (art. 11 da Circular nº. 3.432 do BACEN). Todavia, em razão de eventual silêncio do contrato, abrem-se dois caminhos adequados: a) incidência por extensão da multa moratória de 2% (dois por cento) ou b) aplicar-se a multa compensatória, considerando-se a mora como inadimplemento do contrato.

A multa compensatória serve como prefixação de perdas e danos. As situações do consorciado inadimplente e da administradora inadimplente revelam-se distintas.

A indenização devida pelo consorciado por perdas e danos pode ser disciplinada pelo contrato. O Código de Defesa do Consumidor qualifica como nula a disposição que se revela exagerada ou excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza do contrato (CDC, art. 51, IV).

Porém, seria possível, numa situação de exclusão do grupo de consórcio, a perda integral do valor pago como multa compensatória? Um balizamento poderia ser encontrado no próprio Código Civil (art. 412), em que a pena não excedesse o valor da obrigação principal?

Entendemos que a resposta deve ser negativa. Há uma expressa vedação no Código de Defesa do Consumidor (art. 53, parágrafo segundo) para perda total das prestações, determinando-se que: "... a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo".

Pode haver multa compensatória, mas, que, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, exige a prova do prejuízo causado pelo consorciado desistente ou inadimplente ao grupo e que usualmente abrange a taxa de administração e os prêmios de seguro¹⁷⁴.

Sendo assim, não basta a isolada previsão da multa compensatória no contrato de consórcio para sua aplicação contra o consorciado. Será exigida da administradora do consórcio a prova do prejuízo causado pelo consorciado inadimplente (assim considerado o desistente). Ela poderá cobrar o valor da multa, se provar, por exemplo, a sua composição pelas quantias relativas à taxa de administração e prêmio de seguro. O que não pode acontecer é a cobrança da multa compensatória, dispensando-se a prova das perdas e danos e, pior ainda, cumulada com a perda pelo consorciado das quantias desembolsadas a título de taxa de

¹⁷⁴ A esse respeito, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça, decisão monocrática confirmando-se a tendência da jurisprudência: Agravo n. 838567, relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgado em 12.2.2007, DJ 02.3.2007.

administração e prêmio de seguro. Nas relações de consumo, não tem incidência o *caput* do artigo 416 do Código Civil de 2002.

Ainda no tema do inadimplemento do consorciado, dispõe o artigo 28 da Lei nº. 11.795/08:

“O valor da multa e de juros moratórios a cargo do consorciado, se previstos no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, será destinado ao grupo e à administradora, não podendo o contrato estipular para o grupo percentual inferior a 50% (cinquenta por cento).”

A previsão contratual esclarece de vez a destinação dos encargos da mora. O contrato de adesão poderá prever a repartição entre o grupo de consórcio e a administradora dos recursos oriundos dos juros de mora e da multa, desde que o primeiro receba pelo menos 50% (cinquenta por cento) do valor. A função da repartição das verbas moratórias é remunerar a administradora pelo serviço de cobrança da quantia em atraso devida pelo consorciado inadimplente. A omissão do contrato implicará a destinação total em favor do grupo de consórcio.

Como sublinhado, a única multa passível de repartição entre grupo de consórcio e administradora é a multa moratória. Importante salientar que a interpretação da lei e do contrato deve ser resolvida favor do grupo de consórcio. Se assim é na disputa dos interesses entre o consorciado individual e o grupo de consorciados (art. 2º, par. 2º da Lei nº 11.795/08), com maior razão deve acontecer no conflito entre o grupo de consórcio e a administradora. A preservação da saúde financeira do grupo impõe a solução de eventuais dúvidas contratuais em seu favor, até como forma de exigir da administradora o fiel cumprimento de suas obrigações legais. Daí porque não há sentido em se considerar que a administradora possa receber recursos de outras multas, além da multa moratória.

Quando o inadimplemento contratual for da administradora num negócio celebrado com um consorciado (consumidor) pessoa física, não será válida a disposição que atenua a responsabilidade da fornecedora por vício do serviço ou que implique renúncia ao direito de reparação de danos, a teor do inciso I do artigo 51 do CDC. Sempre que houver inadimplemento contratual por parte da

administradora, a indenização em favor do consorciado por perdas e danos será integral. E não pode ser diferente, sob pena de violação do direito básico do consumidor à efetiva reparação dos danos (materiais, morais, individuais e coletivos), nos termos do artigo 6º, VI do CDC. Portanto, qualifica-se como nula qualquer disposição contratual para limitar aquela responsabilidade contratual ou extracontratual.

Em relação ao consorciado (consumidor) pessoa jurídica pode haver limitação da responsabilidade da administradora inadimplente por meio de cláusula contratual, desde que justificada a situação, a teor da parte final do mesmo inciso I do artigo 51 do CDC. Não pode haver a exoneração, mas uma redução da responsabilidade. Ainda assim a atenuação depende de situação específica, respeitado o critério de proporcionalidade entre o custo e o benefício do negócio jurídico para os contratantes¹⁷⁵.

5.2.4 O CONTRATO DE CONSÓRCIO CONTEMPLADO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Por fim, a Lei nº. 11.795/08 prosseguiu na disciplina do contrato de consórcio, atribuindo-lhe a natureza de “título executivo extrajudicial”, nos parágrafo 6º do artigo 10:

“§ 6º O contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, de consorciado contemplado é título executivo extrajudicial.”

A lei conferiu o atributo processual – força executiva – ao contrato de consórcio, desde que relativo a consorciado contemplado. Ou seja, enquanto não houver atribuição ao consorciado do crédito, por meio de sorteio ou lance (art. 22 da Lei nº. 11.795/08), o instrumento contratual não será considerado título executivo. E

¹⁷⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. p. 579.

como a norma tem caráter processual, aplica-se aos contratos de consórcio, mesmo se ajustados antes da vigência da novel legislação.

Isto é, pode-se dizer que a força executiva do contrato de consórcio depende da implementação de uma condição: a contemplação do consorciado (atribuição do crédito). E servirá como título executivo para as duas partes, administradora de consórcio e consorciado. Novamente, deve-se considerar a atribuição de um direito, agora de natureza processual, para fornecedor e consumidor.

Como o contrato de consórcio é um contrato bilateral, o ajuizamento da ação de execução deverá, ainda, atender ao disposto no artigo 615, inciso IV do Código de Processo Civil. A parte credora deve fazer prova do cumprimento da contraprestação prevista no contrato.

Primeiro, a análise recairá sobre a figura do consorciado contemplado devedor. Se o devedor for o consorciado contemplado, a administradora poderá fazer a cobrança do crédito por meio da ação de execução. Deverá, contudo, preencher os seguintes requisitos: a) demonstrar que o crédito atribuído foi entregue ao consorciado (ou a quem previsto no contrato e, neste caso, que dele se beneficiou o consorciado); e b) fazer prova da exatidão do crédito (se as prestações do consórcio variarem de acordo com o valor de mercado do bem, demonstrar a evolução do preço).

Entendemos que a nova lei permite a execução, mesmo quando o contrato se referir à aquisição de bens móveis, cuja prestação devida pelo consorciado contemplado esteja atrelada à variação do preço de mercado do produto. Restou superada a posição dominante na jurisprudência em sentido contrário, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁶. Insistimos, contudo, que a liquidez atribuída pela lei ao contrato de consórcio dependerá do preenchimento daqueles requisitos.

¹⁷⁶ A esse respeito, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: Agravo n. 838567, relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgado em 12.2.2007, DJ 02.3.2007.

Segundo, temos a figura da administradora devedora. O consorciado contemplado torna-se credor da administradora pelo valor correspondente ao crédito para a aquisição do produto ou serviço indicado no contrato, vigente na data da assembléia ordinária de contemplação (art. 24 da Lei nº. 11.795/2008). E o valor será acrescido dos rendimentos líquidos financeiros proporcionais ao período em que ficar aplicado entre a data em for colocado à disposição do consorciado e a data de efetiva utilização (art. 24, par. 1º da Lei nº. 11.795/08).

O artigo 11 da Circular nº. 3.432/09 do BACEN impõe à administradora a obrigação de “colocar à disposição do consorciado contemplado o respectivo crédito até o terceiro útil após a contemplação, permanecendo os referidos recursos depositados em conta vinculada”. Exercendo, de maneira legítima, o poder normativo conferido pela lei, o BACEN fixou o vencimento da obrigação da administradora.

Ultrapassado o prazo de três dias úteis, configura-se a mora da administradora. Advirta-se que a mora é da administradora e não do grupo de consórcio. Entendemos que, a partir de então, incidem os encargos da mora devidos pela administradora: a) a multa moratória, se prevista contratualmente; e b) os juros de mora, independente da previsão contratual.

Como salientado anteriormente, a administradora devedora somente responderá pela multa moratória, quando prevista em contrato. No silêncio do contrato, não incide aquela penalidade. Porém, quando houver multa moratória como sanção contratual apenas em desfavor do consorciado em mora, temos como inafastável a conclusão de que a penalidade também se aplica à administradora em mora. A justiça contratual baseada no equilíbrio e na boa-fé (CDC, art. 4º, III) e o direito básico do consumidor à efetiva reparação de danos (CDC, art. 6º, VII) autorizam a interpretação extensiva da disposição contratual da multa moratória.

Situação distinta é a dos juros de mora. A lei civil (Código Civil, art. 406) permite a incidência dos juros de mora nas dívidas em dinheiro, mesmo quando não previstos em contrato. Sendo assim, os juros de mora serão devidos em razão do inadimplemento tanto da administradora, como do consorciado.

6. DESISTÊNCIA E EXCLUSÃO DO GRUPO DE CONSÓRCIO: A QUESTÃO DA DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS

O contrato de consórcio se incluiu entre os contratos de cooperação, posto que o alcance do fim visado pelas partes depende da conjugação dos esforços convergentes para um objetivo comum. Frente a sua natureza, traz implícita a necessidade de penalidade àqueles que, durante a execução do contrato, deixam de colaborar.

O consorciado não contemplado que deixar de cumprir suas obrigações mensais financeiras, consecutivas ou não, será excluído do grupo. O consorciado não contemplado que desistir de participar do grupo, comunicando sua decisão à administradora, também será dele excluído para todos os efeitos.

A falta de pagamento e a desistência declarada do consorciado caracterizam infração contratual pelo descumprimento da obrigação de contribuir para o integral atingimento dos objetivos do grupo, sujeitando o consorciado excluído a pagar ao grupo a importância que for convencionada no contrato, tendo descontados, na restituição das parcelas quitadas, os prejuízos que causar ao grupo, conforme disposto no §2º, do art. 53, do Código de Defesa do Consumidor.

A pena convencional é prefixada pelas partes contratantes no caso de prejuízo que possa advir pelo não cumprimento do contrato. Essa pena convencional, que também se diz pena compensatória, se diferencia da pena moratória que é imposta em caso de impontualidade na execução da obrigação¹⁷⁷, que pode ser imposta tanto ao consorciado, como também à administradora.

No Brasil, segundo Joaquim de Almeida Batista¹⁷⁸ ao citar J.J. Cano Martinez Vellasco, a teoria do princípio da equivalência de preços, surgida na

¹⁷⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulo Jurídico*, 12. ed. vol. 1, São Paulo, Editora Forense.

¹⁷⁸ BATISTA, Joaquim de Almeida. Consórcios: modificações decorrentes do advento do código de defesa do consumidor como obstáculo para o enriquecimento sem causa, a questão do ato jurídico

década de 1930 na Espanha e Itália, influenciou os legisladores na redação do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.

E assim está previsto no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor:

Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Para os consórcios, o parágrafo 2º, do art. 53, do CDC diz:

Nos contratos do sistema de consórcios de produtos duráveis, a compensação ou restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

Desse entendimento, extrai-se que a quebra contratual pelo consorciado igualmente produz efeitos quanto à parte administradora, cuja prestação de serviços também é objeto do contrato. Tanto é assim que o grupo, em determinadas hipóteses, poderá liberar em assembléia a substituição da administradora nesses serviços.

Nos contratos de ingresso a grupo de consórcio¹⁷⁹ que contém cláusula com penalidade, nos casos de desistência, contudo, o Poder Judiciário não tem reconhecido a validade da cláusula penal, com base no Código de Defesa do Consumidor.

Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti¹⁸⁰ diz que a disposição prevê a devolução do valor com correção, porém, com o abatimento de um percentual

perfeito e do direito adquirido. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 25, n. 180, p. 57-72, jan/mar 2001, pág. 70.

¹⁷⁹ Na Lei nº 11.795/08 são tratados de “proposta de participação” (§3º do Art. 10)

¹⁸⁰ CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. A nova cláusula penal nos contratos de consórcio, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 16/94, p. 308.

variável em função do montante de contribuições, ou seja, amortizações. O percentual redutor é, em regra, estabelecido de forma inversamente proporcional ao número de mensalidades adimplidas, isto quer dizer, quanto maior o número de parcelas quitadas, menor o percentual de desconto.

Segundo Demócrito Ramos Reinaldo Filho¹⁸¹, o percentual redutor tem como uma de suas finalidades justamente prever o inadimplemento, sendo uma predeterminação das perdas e danos estabelecidos a princípio, e constituindo uma compensação ao grupo dos prejuízos sofridos com o desligamento do desistente. Ou melhor, ao cumprir sua função indenizatória, permite estimar previamente as perdas e danos resultantes do inadimplemento da avença, constituindo uma liquidação convencional e antecipada das perdas e danos. Por revestir a natureza de cláusula penal, tem, pois, a mesma função ambivalente, sendo concomitantemente reforço do vínculo obrigacional, por punir o inadimplemento e a liquidação antecipada das perdas e danos.

O consorciado excluído não contemplado, conforme disposição do art. 30 da Lei nº. 11.795/08, terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor dever ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante.

Fabio Konder Comparato, em parecer elaborado por solicitação da Associação Brasileira de Consórcios em 28 de fevereiro de 1998, estabeleceu que a natureza da obrigação de devolver ao consorciado desistente ou excluído as quantias pagas é uma obrigação de valor e não uma obrigação pecuniária, porque a obrigação original do grupo consorcial não é de pagar aos consorciados uma soma de dinheiro, mas lhes transferir a propriedade de um determinado bem. Então, quando um consorciado se retira ou é excluído do grupo, o que lhe cabe receber de volta é a fração alíquota do valor total do bem, na data da sua retirada ou exclusão,

¹⁸¹ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Momento da devolução das parcelas do consorciado desistente, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 17/99, p. 418.

fração esta correspondente ao número das prestações que ele efetivamente pagou ao grupo, em relação ao número total de prestações ajustadas.

Entretanto, as controvérsias sempre se acirraram em relação ao momento da devolução das quantias pagas pelos consorciados desistentes e excluídos, havendo, de um lado, quem defenda que a restituição deve ocorrer imediatamente após o desligamento ou exclusão do grupo e, de outro lado, quem afirme que a devolução somente é devida aos consorciados desistente e excluídos quando do encerramento do grupo.

Atualmente, com a entrada em vigor da Lei nº. 11.795/08, a questão do momento da devolução das quantias pagas pelos consorciados desistente e excluídos nos parece estar definida, como veremos em tópico mais à frente, cabendo-nos, primeiramente, analisar os argumentos da controvérsia da devolução antes da novel legislação e para os contratos que ainda não foram adaptados à mesma.

6.1 A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS AOS CONSUMIDORES DESISTENTES E EXCLUÍDOS DE CONTRATOS DE CONSÓRCIOS ANTERIORES E NÃO ADAPTADOS À LEI 11.795/08

A Portaria 190, de 27.10.1990, do Ministério da Fazenda determinava que os valores pagos pelos consorciados desistentes e excluídos seriam restituídos dentro de trinta dias do encerramento do grupo, sem juros e correção monetária, nos seguintes termos:

53.2 – Os participantes que desistirem do consórcio ou que dele forem excluídos, inclusive seus herdeiros ou sucessores, receberão de volta as quantias já pagas, sem juros e correção monetária, dentro de 30 (trinta) dias do encerramento das operações do grupo, deduzidas as taxas de administração recebidas e acrescidas do saldo remanescente dos fundos comuns e de reserva, proporcionalmente às contribuições recolhidas.

Muitas foram as ações judiciais que questionaram essa forma de devolução até que Superior Tribunal de Justiça, ao se pronunciar sobre a questão, em centenas de julgados, entendeu que as restituições dos valores quitados pelo consorciado desistente e excluído de grupos de consorcio deveriam ser acrescidas da correção monetária, sedimentando esse entendimento com a edição da Súmula 35, que assim dispõe:

Súmula 35 STJ. Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio.¹⁸²

No período de 1992 a 1993, o Banco Central do Brasil editou uma série de circulares estabelecendo as novas regras para a formação dos grupos de consórcio. Naquela oportunidade, as circulares emitidas pelo Banco Central do Brasil definiram que consorciado desistente é aquele que solicita por escrito o seu afastamento do grupo de consórcio, e consorciado excluído é aquele que foi afastado do grupo de consórcio por atraso no pagamento de suas prestações mensais.¹⁸³

Da mesma forma, estabeleceram que o consorciado desistente ou excluído teria devolvida a importância paga ao fundo comum e ao fundo de reserva, no prazo de 60 (sessenta) dias após a contemplação de todos os consorciados do grupo e seriam colocados à disposição dos participantes os créditos devidos para a aquisição do bem objeto do contrato, como também a sua restituição seria efetuada de acordo com a existência de recursos em caixa do grupo.¹⁸⁴

Entretanto, muitos consorciados desistentes e excluídos não se conformavam com a determinação de que a devolução das quantias pagas fosse

¹⁸² Publicada no Diário da Justiça da União nos dias 21, 22 e 25.11.1991.

¹⁸³ Art. 64. O consorciado que solicitar formalmente o seu afastamento do grupo será considerado desistente, e aquele que deixar de cumprir suas obrigações financeiras contratuais poderá ser excluído.

¹⁸⁴ Para os casos de exclusão, a Circular do Banco Central de nº 2.766/97 assim dispunha: "Artigo 21: Dentro de sessenta dias da contemplação de todos os consorciados dos respectivos grupos e da colocação dos créditos à disposição, a administradora, observada a seguinte ordem, deverá comunicar: (...) II – aos excluídos, que estão à disposição os valores relativos à devolução das quantias por eles pagas.

feitas no prazo de 60 (sessenta) dias após a contemplação de todos os consorciados, entendendo que a cláusula, constante de contrato de adesão, estabelecia obrigações consideradas iníquas, abusivas, e que colocavam o consumidor em desvantagem exagerada e, portanto, seriam nulas de pleno direito.

Com efeito, decisões determinando a devolução imediata das quantias pagas aos consorciados desistente e excluídos não tardaram a aparecer, reverenciado a contratação por adesão, ora fundadas na abusividade, e conseqüente nulidade da cláusula que determinava a restituição somente após o encerramento do grupo^{185 186 187}, ora fundadas na ausência de prejuízo ao grupo, vez que as quotas poderiam ser repassadas para terceiros^{188 189 190}.

¹⁸⁵ A cláusula que determina sejam restituídas as parcelas pagas somente após 30 dias do encerramento do grupo consorcial é evidentemente uma cláusula leonina. (...) Por outra banda, sendo contrato de adesão, a interpretação deve ser favorável ao consorciado, pois que não tem possibilidade de discutir cláusulas contratuais. Assim, incidente o Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, se a apelante recebeu as parcelas, deve restituí-las; nenhum prejuízo lhe advém, uma vez que o consorciado não receberá o bem, não devendo, portanto, aguardar o encerramento do grupo. (Apelação nº 10.918-4/2, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator o Desembargador Roberto Stucchi)

¹⁸⁶ Consórcio. Desistência. Devolução imediata dos valores pagos e não somente quando do encerramento do grupo. Cláusula abusiva. Incabível pedido formulado originariamente em grau de recurso, no tocante a retenção de valores correspondentes à taxa de administração, contribuição para o fundo comum, fundo de reserva e taxa de adesão. Recurso improvido. (APEL.Nº: 1.096.487-9; COMARCA: JACAREÍ; APTE: CONSÓRCIO MORUMBI MOTOR S/C LTDA; APDO: MARLI DOS SANTOS MARTINS DROGARIA)

¹⁸⁷ CIVIL - CONSÓRCIO RESIDENCIAL - ADESÃO - DESISTÊNCIA MANIFESTADA ANTES DO ENCERRAMENTO DO GRUPO - DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS SOMENTE AO FINAL DAS ATIVIDADES - CONDIÇÃO ABUSIVA - DEVOLUÇÃO IMEDIATA - CABIMENTO - TAXA DE ADMINISTRAÇÃO RESGATADA DE FORMA ANTECIPADA - CARÊNCIA DE CAUSA SUBJACENTE LEGÍTIMA - REPETIÇÃO NECESSÁRIA. (APC nº 2003.01.1.091586-9. 1ª Turma dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Relator: Teófilo Rodrigues Caetano Neto. Publicação no DJU em 31/05/2004. p. 54)

¹⁸⁸ Contrato Penal - Consórcio - Restituição de prestações pagas - Avença caracterizada como de adesão, que impossibilita ao seu aderente discutir qualquer das cláusulas ali postas - Inserção desta cláusula que refoge ao seu objetivo, porque imposta ao contratante e vinculada a demonstração dos danos - Prejuízos não comprovados - Cobrança parcialmente procedente - Recurso parcialmente provido. Correção monetária - Consórcio - Consorciado desistente - Restituição das parcelas pagas - Determinação para que a devolução seja imediata e não após 30 dias do término do grupo - Admissibilidade uma vez que o grupo não sofreria qualquer prejuízo, afastada, ainda, a utilização do valor do bem como indexador do 'quantum' das prestações, devendo a correção monetária incidir sobre as quantias tornadas certas - Potestatividade da cláusula que impõe aplicação de uma taxa de administração de 50% sobre as parcelas aferidas da data da desistência até o final do grupo reconhecida - Artigo 115, do Código Civil - Ação parcialmente procedente - Recurso parcialmente provido - Declaração de voto vencido (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Acórdão: 24016. Processo: 0661494-6. Ap. Cível, São Paulo, 9ª Câmara Especial de Janeiro, j. 30/01/96, Rel. Ópice Blum, v.u.).

¹⁸⁹ CONSÓRCIO - DESISTÊNCIA ANTES DO ENCERRAMENTO DO GRUPO - DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS, QUE SE IMPÕE, EM FACE DA RESCISÃO CONTRATUAL, DE IMEDIATO E,

O magistrado Hector Valverde Santana, ao proferir sentença no processo 2006.01.1.082523-8, do 3º Juizado Especial Cível de Brasília, declarou nula a cláusula que determinava a devolução das quantias pagas somente após o encerramento do grupo, determinando a devolução imediata, com a seguinte fundamentação:

A exigência excessiva de que o consumidor desistente aguarde o fim de um grupo estabelece obrigação que coloca, arbitrariamente, a parte mais fraca em desvantagem exagerada, sendo, portanto, abusiva, segundo o entendimento das regras protetivas do consumidor.

Impende destacar que a disposição contratual que condiciona a repetição da entrada vertida pelo consorciado desistente somente para o final da atividade do grupo sujeita-o a uma condição potestativa, uma vez estabelecida ao exclusivo critério e benefício da administradora.

A posição de desvantagem exagerada da parte requerente é visível, haja vista que, além de não angariar qualquer proveito com a adesão, pois não poderá adquirir o bem objeto do contrato, continuará sujeita a um condicionamento que beneficia apenas a administradora. Por outro lado, o grupo consorciado será adequadamente remunerado (mediante retenção proporcional da taxa de administração).

Ademais, não haverá prejuízo aos demais consorciados, tendo em vista que, se por um lado a arrecadação do grupo é reduzida, por outro lado, o grupo deverá adquirir um bem a menos, havendo ainda a possibilidade da substituição da parte requerente por outro associado.

Dessa forma, a função social do contrato, a boa-fé e a equidade são observadas, tendo em vista que a saída da parte requerente do grupo não afetará conclusão do contrato para os outros integrantes.

NÃO DE SESSENTA DIAS APÓS O ENCERRAMENTO OFICIAL DO GRUPO. Não há, neste ato de devolução imediata, desequilíbrio financeiro do plano, eis que a execução deste está vinculada exatamente a este tipo de empreendimento de cooperação, de alocação de recursos para a consecução de seus objetivos e não aos recursos dos desistentes. Se o consórcio estivesse vinculado aos recursos dos desistentes, ele jamais conseguiria concluir o seu objetivo por falta, evidente, de fundos financeiros, eis que os desistentes não mais continuam a contribuir. A prevalecer o entendimento do apelante, ele continuaria a utilizar o dinheiro do recorrido e de quem vier a comprar sua cota, o que representaria um indevido proveito econômico a custa de terceiro. (APC nº 546117/2001. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Relator: João Timóteo de Oliveira. Publicação no DJU em 22/02/02. p. 260)

¹⁹⁰ Havendo o desistente pago, assiste-lhe a devolução integral em pecúnia, subtraídas a taxa de administração e o prêmio securitário, como disposto majoritariamente. Em nada resultam prejudicados os demais integrantes do grupo, visto inexistirem dados objetivos apontando perda financeira com a restituição em correspondência ao 'quantum' efetivo das parcelas saldadas. E nem há que falar em pré-fixação de dano. Prejuízo não se presume (na espécie, sequer se convencionou) e, destarte, precisa ser comprovado, caso contrário, estará permitindo o enriquecimento indevido. Dou turno, cumpre lembrar ser sempre viável o ingresso, em substituição de outro consorciado, o que, aliás, é próprio da sistemática desse tipo de negócio. (TJ-SP. Embargos Infringentes nº 021.991-4/1-01. Relator Desembargador Marcus Andrade.)

Por esses motivos, tal cláusula afigura-se desprovida de eficácia e legitimidade diante das disposições do CDC, pois atenta contra os princípios de probidade e boa-fé, motivo pelo qual declaro-a nula.

Na visão do advogado e economista Oscar Ivan Prux¹⁹¹, ao se dar a possibilidade da administradora de consórcio só devolver o dinheiro recebido após o

¹⁹¹ Oscar Ivan Prux, ao comentar sobre o momento correto para a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente, entende que: “O sistema de consórcio se consolidou no mercado brasileiro como uma das formas mais populares de aquisição de bens. Independente dos aspectos formais de registro e autorização do órgão fiscalizador, no caso o Banco Central, o fato é que, tem-se sempre relação de consumo sujeita a Lei 8.078/90. E tal como em qualquer outro tipo de compra e venda envolvendo prazo, é freqüente ter-se adquirentes que acabam atrasando prestações, inadimplindo totalmente o contrato ou desistindo dele sem ainda terem recebido o bem. Nestas circunstâncias, a empresa administradora do consórcio, não pode simplesmente se apropriar das quantias pagas pelo consumidor, sendo incontroversa a obrigação dela devolver estes valores, naturalmente podendo descontar, além da vantagem econômica auferida com eventual fruição do bem, também os prejuízos que o desistente ou inadimplente tenha causado ao grupo (CDC, art. 53, § 2.º). A questão polêmica que emerge se refere à data em que a empresa administradora do consórcio deve devolver os valores que foram pagos pelo consumidor que não tenha recebido o bem. Juridicamente, se é ou não abusiva, a cláusula contratual inserida nos contratos de consórcio prevendo que a devolução acontecerá somente após o encerramento do grupo, algo que representa vantagem para a administradora, mas se contrapõe ao interesse do consumidor em receber de imediato o valor das parcelas que tenha adimplido. Instados a decidir, os Tribunais pátrios vem se inclinndo pelo seguinte posicionamento: “CONSÓRCIO. CONSORCIADO EXCLUÍDO. DEVOUÇÃO DAS PARCELAS. ENCERRAMENTO DO PLANO. O CONSORCIADO EXCLUÍDO OU DESISTENTE TEM DIREITO DE RECEBER AS PRESTAÇÕES PAGAS, DEVIDAMENTE CORRIGIDAS, MAS NÃO IMEDIATAMENTE, E SIM ATÉ 30 DIAS DEPOIS DO ENCERRAMENTO DO PLANO, COMO TAL CONSIDERADA A DATA PREVISTA NO CONTRATO PARA A ENTREGA DO ÚLTIMO BEM. RECURSO PROVIDO. POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO (REsp 61470/SP; RECURSO ESPECIAL -1995/0009247-6 - Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR -T4 - QUARTA TURMA - DJ 25.09.1995 p. 31112).” Ao teor da jurisprudência que vem se tornando dominante, portanto, a referida cláusula contratual não é considerada abusiva, fator de benefício para essas administradoras. Com o devido respeito, esta é uma posição formalista que merece ser modificada, pois ignora a realidade de mercado e contraria princípios elementares de ordem econômica, bem como, a devida proteção aos interesses legítimos dos consumidores envolvidos nestes contratos. Os fundamentos que norteiam este tipo de decisão partem da posição ingênua que considera ser o grupo de consórcio composto por pessoas que se unem para cada uma adquirir determinado bem, as quais contratariam a empresa administradora para operacionalizar o processo de recebimento das parcelas, aplicar estes fundos na aquisição dos bens e em aplicações financeiras, entregar os bens e cobrar os inadimplentes, recebendo por isso uma taxa de administração. Todavia, esta é uma concepção falaciosa. Observe-se que se trata de um contrato de adesão estabelecido pela administradora, sendo que, de regra, não são os consumidores que se unem (normalmente eles nem se conhecem), principalmente quando o consórcio tem sede em outra cidade, os lances são remetidos e as assembléias são transmitidas por via televisiva. Ou seja, não existe a união de consumidores em um grupo, mas sim uma administradora do consórcio que atua como organizadora da cadeia de fornecimento e os reúne (não os une!) em um grupo sem qualquer outro vínculo que não seja o formal, encenado no contrato de adesão. O argumento da necessidade de ser mantida a sustentabilidade financeira do grupo também não prospera, pois ela advém da boa administração e da solvência dos participantes, sendo que, quanto a isto, não é o consumidor que escolhe seus parceiros para formar o grupo, mas sim a administradora que verifica (ou não verifica!) a idoneidade dos participantes antes de aceitá-los e posteriormente os cobra, razão pela qual deve assumir o risco desta atividade. Por conta disto, estes riscos não podem ser transferidos para o consumidor que adere ao contrato, sendo cláusula abusiva qualquer fixação de óbice à devolução imediata das parcelas pagas até o momento em que o consumidor desiste ou é excluído do grupo. Acrescente-se, a esta conjuntura que o Banco Central jamais fiscalizou convenientemente o setor e nunca se responsabilizou ou foi responsabilizado nos milhares de casos de consórcios que não

término do contrato, permite-se a prática de capitalismo sem risco, algo inconcebível sob o ponto de vista econômico e empresarial.

Porém, em pese os argumentos jurídicos e econômicos daqueles que defendem que a devolução das quantias pagas aos consorciados desistentes e excluídos deve ser imediata, acabou por prevalecer o entendimento de que a restituição deve se dar apenas após o término do grupo de consórcio.

Júlio Maciel Cordeiro¹⁹² defende que a estipulação da devolução dos valores pagos apenas após o término do grupo de consórcio visa garantir o direito dos consumidores participantes do grupo, na medida em que garante a saúde financeira do mesmo. Também salienta que o objetivo do Banco Central e demais leis existentes está salvaguardado, tendo em vista que toda a regulamentação se volta à defesa do consumidor. Nenhum prejuízo resultará ao consumidor que aguardar o fim do grupo, pois o valor a ser restituído será devidamente corrigido. Conclui, pois, que a devolução imediata de parcelas ao consorciado, além de sobrepor interesses individuais aos coletivos, provoca a violação do contrato estabelecido entre as partes, à lei que regula os consórcios e aos princípios norteadores dos contratos, o que não pode ser admitido. De outra forma, entende que haveria desequilíbrio financeiro de todo o grupo, pela exclusão do participante.

entregaram os bens. Assim, ao dar a possibilidade da administradora só devolver o dinheiro recebido após o término do contrato, as referidas decisões judiciais permitem a prática de capitalismo sem risco, algo inconcebível sob o ponto de vista econômico e empresarial. Aspectos puramente formais, estampados nos ideais que criaram o sistema de consórcio, mas que não correspondem com a realidade de mercado, não devem embasar estas decisões judiciais. As empresas administradoras são agressivas na formação de grupos e neste contexto ao atuarem como organizadoras da cadeia de fornecimento, acabam contando com uma blindagem contra qualquer risco ou responsabilização por sua atividade. E isto mesmo quando o consórcio é apenas um meio do grupo econômico colocar no mercado os bens que fabrica ou comercializa. O melhor direito, portanto, pugna para que estas decisões judiciais atentem mais para a realidade econômica do mercado, abandonem a consideração meramente formal e reconheçam a abusividade da referida cláusula, impondo a imediata devolução das parcelas pagas pelo consumidor desistente ou excluído do contrato de consórcio, forma equânime de aplicar-se justiça contratual em prol dos direitos legítimos destes consumidores. (*Qual o momento correto para a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente?*: Disponível em <http://www.paranaonline.com.br/colunistas/235/45813/?postagem=QUAL+O+MOMENTO+CORRETO+PARA+DEVOLUCAO+DAS+PARCELAS+PAGAS+PELO+CONSORCIADO+DESISTENTE>)

¹⁹² CORDEIRO, Júlio Maciel. Consórcio: partilha de ideais: a restituição imediata do crédito ao consorciado sobrepor interesses individuais aos coletivos e viola o contrato entre as partes, *Visão Jurídica*, n. 29, 2008, p. 31.

Destacando que a desistência é sempre um incidente negativo no grupo e que quem ingressa no sistema de consórcio e dele se retira não pode ter mais direitos do que o último contemplado com o bem, Ruy Rosado de Aguiar, na fundamentação contida no voto no Recurso Especial nº 94.266/RS, assim se manifestou para determinar que o desistente receba o que pagou, com valores devidamente corrigidos, até 30 (trinta) dias depois do prazo previsto para a entrega do último bem:

"Assim como o grupo formado para a aquisição de bens pela modalidade de consórcio, em caso de desistência, não pode servir para o enriquecimento sem causa dos demais participantes, ou da administradora, - retendo os valores recebidos e somente restituindo o principal, sem correção monetária, o que em época de inflação alta significava devolver o nada, - assim também o consorciado não pode transformar o consórcio, que foi formado para a finalidade de adquirir bens, em oportunidade para aplicação financeira, retirando-se a qualquer tempo e recebendo imediatamente o capital investido, mais correção e juros.

A desistência é sempre um incidente negativo no grupo, que deve se recompor, a exigir a transferência da quota, a extensão do prazo ou o aumento das prestações para os remanescentes, etc. O pagamento imediato ao desistente será um encargo imprevisto, que se acrescenta à despesa normal. Quem ingressa em negócio dessa natureza e dele se retira por disposição própria não pode ter mais direitos do que o último contemplado com o bem, ao término do prazo previsto para o grupo. Se este, que cumpriu regularmente com todas suas obrigações e aguardou pacientemente a última distribuição, pôde colaborar com os seus recursos para que os outros antes dele fossem contemplados, também o mesmo ônus há de se impor ao desistente, que se retira por decisão unilateral.

Assim, o desistente deve receber o que pagou, com valores devidamente corrigidos, descontada a taxa de administração e prêmios de seguro eventualmente pagos, até trinta dias depois do prazo previsto para a entrega do último bem."

Outrossim, também foi validado o argumento de que a desistência voluntária do consorciado cria, automaticamente, um desfalque no grupo respectivo, presunção esta que milita em favor da administradora de consórcio, à qual não pode ser, por isso mesmo, ainda imposto o ônus de provar que não houve a substituição

do desistente por outro, como condicionante ao diferimento da restituição ao cabo do aludido término do plano.¹⁹³

Neste contexto, o entendimento que se firmou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da devolução das parcelas pagas aos consorciados desistentes e excluído do contrato de consórcio é no sentido de que estes têm direito de receber as prestações pagas, mas não imediatamente, e sim até 30 (trinta) dias depois do encerramento do grupo, como tal considerada a data prevista no contrato para a entrega do último bem.^{194 195 196}

Sobre os valores a serem restituídos aos consorciados desistentes e excluídos, destaque-se que se a administradora de consórcio dispõe do prazo de até 30 (trinta) dias após o encerramento do grupo consorcial para efetuar o reembolso das prestações, razão pela qual a mora só resta caracterizada na hipótese em que ocorre o esgotamento do trintídio sem que haja o respectivo pagamento, momento a partir do qual devem incidir os juros moratórios.¹⁹⁷

¹⁹³ STJ, Recurso Especial nº 486.210 - RS (20020148561-7), 4ª Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ: 10.10.2005

¹⁹⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF e 211/STJ. I - O consorciado excluído ou desistente tem direito a receber as prestações pagas, devidamente corrigidas, mas não imediatamente, e sim até 30 dias depois do encerramento do plano, como tal considerada a data prevista no contrato para a entrega do último bem. II - (...). (AgRg no Ag 502021/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 18.12.2006, p. 362).

¹⁹⁵ CIVIL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA DO PARTICIPANTE. RESTITUIÇÃO. PRAZO. I. Segundo a orientação uniforme do STJ, em caso de desistência do participante, a restituição das parcelas por ele pagas far-se-á corrigidamente, porém não de imediato, mas em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano de consórcio. II. Recurso especial conhecido e provido. (4ª Turma, REsp n. 442.107-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU 17.02.2003)

¹⁹⁶ RECURSO ESPECIAL - CONSÓRCIO - DESISTÊNCIA - RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS - IMPOSSIBILIDADE - RESTITUIÇÃO EM ATÉ 30 (TRINTA) DIAS CONTADOS DO TÉRMINO DO PLANO, MOMENTO A PARTIR DO QUAL INCIDEM OS JUROS DE MORA - PRECEDENTES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIMENTO. 1. A restituição dos valores vertidos por consorciado ao grupo consorcial é medida que se impõe, sob pena de enriquecimento ilícito dos demais participantes e da própria instituição administradora. 2. O reembolso, entretanto, é devido em até 30 (trinta) dias após o encerramento do grupo, data esta que deve ser considerada como aquela prevista no contrato para a entrega do último bem. 3. Os juros de mora, na espécie, incidem, tão-somente, a partir de quando se esgota o prazo para a administradora proceder ao reembolso e, por qualquer motivo, não o faz, momento em que sua mora resta caracterizada. 4. Recurso parcialmente provido (STJ, REsp nº 1.033.193 - DF (2008/0036662-2), relator Ministro Massami Uyeda, DJe: 01/08/2008)

¹⁹⁷ Sobre a questão, confirmam-se os seguintes precedentes: "CIVIL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES. JUROS. Os juros incidentes sobre as prestações que devem ser devolvidas pelo consórcio a quem dele desistiu, incidem a partir do trigésimo dia após o

Assim sendo, para os grupos de consórcios constituídos até 5 de fevereiro de 2009 e que não forem adaptados em assembléia geral extraordinária aos termos da Lei nº 11.795/08, ocorrendo à desistência ou a exclusão do consorciado por falta de pagamento de prestação, a devolução das quantias pagas ao fundo comum, e se for o caso ao fundo de reserva, será feita pela administradora somente ao final do grupo, devidamente corrigidas, podendo ser descontados os prejuízos que foram causados ao grupo e aplicando-se cláusula penal em virtude da quebra de contrato.

6.2 A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS AOS CONSUMIDORES EXCLUÍDOS NA LEI 11.795/08

Em seu discurso de 5 de setembro de 2006 no Senado Federal, o Senador Aelton de Freitas, apresentado as justificativas ao Projeto de Lei do Senado 533-2003, que dispõe sobre o Sistema de consórcios no Brasil, mencionou que o mesmo procurou dar tratamento institucional ao Sistema de Consórcios, sendo uma fonte segura e eficiente de aplicação e de interpretação dessa modalidade de aquisição, o que seria altamente benéfico para a administradora, consorciado, autoridades e Poder Público.

Ainda, acrescentou o Senador Aelton de Freitas que uma modalidade de negócio que se mostra tão atraente diante do contexto da economia nacional e que já agregou milhões e milhões de participantes, como é o caso do consórcio, precisava de uma definição legal moderna e abrangente, que viria responder adequadamente às mais diversas demandas dos envolvidos. Com efeito, mencionou

encerramento do plano. Recurso conhecido e provido" (REsp 127035/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 09.10.2000, p. 140). "CIVIL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA DO CONSORCIADO. DEVOLUÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. JUROS DE MORA. I - Em caso de desistência do plano de consórcio, a restituição das parcelas pagas pelo participante far-se-á de forma corrigida, porém não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do grupo correspondente. II – Os juros de mora, na restituição das parcelas pagas por consorciado desistente, se for o caso, devem ser computados após o trigésimo dia do encerramento do grupo consorcial, uma vez que somente a partir pode caracterizar-se a mora da administradora. Recurso especial provido" (REsp 696666/RS, Rel. Min. Castro Filho, DJU de 14.11.2005, p. 319).

que o maior objetivo era garantir maior segurança para quem investe em uma poupança para aquisição de bem, como para quem administra o negócio.¹⁹⁸

Neste contexto, um ponto precisava ser tratado com atenção especial, tendo em vista a grande quantidade de ações judiciais que assolavam, e ainda assolam, o Poder Judiciário, confrontando consorciados e administradoras de consórcio: a devolução dos valores pagos pelos consorciados que deixassem o grupo por desistência ou que fossem excluídos por inadimplemento.

Em seu discurso de justificativas ao projeto de lei, o Senador Aelton Freitas expôs que a forma de devolução dos valores pagos para consorciados que deixassem o grupo seria alterada, com esses consorciados sendo incluídos nos sorteios mensais, desde que tivessem pago pelo menos seis mensalidades.

Essa matéria foi a que mais demandou esforços de convencimento para afastar as pressões para que a devolução aos excluídos fosse imediata. Por isso, exigiu dos relatores das comissões do Senado Federal em que o projeto de lei tramitou ampla e democrática negociação com as entidades e órgãos interessados, dentre os quais se destacou o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça.

O texto do Projeto de Lei aprovado em setembro de 2008 pelo Congresso Nacional, e que mais tarde se transformou na Lei nº. 11.795/08, que dispõe sobre o Sistema de Consórcios, previa a participação, nas assembleias de contemplação, somente dos consorciados que já tivessem pago no mínimo 5 prestações, conforme disposição contida no § 2º, do art. 30.¹⁹⁹

Porém, a disposição do §2º, do art. 30, foi vetada pelo Presidente da República quando da promulgação da Lei nº. 11.795, em 08 de outubro de 2008,

¹⁹⁸ FREITAS, Aelton José de. Justificativas ao Projeto de Lei do Senado 533, de 2003, que dispõe sobre o Sistema de consórcios no Brasil, discurso feito no Senado Federal em 05.09.2006, publicado no DSF de 06.09.2006, p. 27999.

¹⁹⁹ § 2º, Art. 30, Lei 11.795/08 (VETADO): O consorciado excluído somente fará jus à restituição de que trata o caput se desistir após o pagamento de sua quinta parcela de contribuição ao grupo, inclusive.

juntamente com o art. 29, §§ 1º e 3º do art. 30 e incisos II e III do art. 31^{200 201}, vetos estes que foram mantidos pelo Poder Legislativo.

Os parágrafos vetados do art. 30 tratavam de duas formas de devolução dos valores pagos aos consorciados excluídos do grupo, a saber: (i) participação de sorteio para o participante que tivesse pago ao menos cinco parcelas, e (ii) devolução no término do grupo de valor pago representativo de quatro parcelas ou menos.

E essas foram as razões dos vetos:

“O art. 29 permite a exclusão do consorciado que não quiser permanecer no grupo ou que deixar de cumprir as obrigações financeiras na forma e condições estabelecidas em contrato de participação, independentemente de notificação por parte da administradora ou interpelação judicial ou extrajudicial.

A notificação prévia ao consorciado assegura o direito básico à informação, conforme art. 6º, III da Lei nº 8.078, de 1990, e a possibilidade de adimplemento da obrigação, evitando a rescisão contratual e, conseqüentemente, a exclusão do consorciado. A observância do direito à informação é, ainda, uma exigência do princípio da boa-fé nas relações contratuais.

²⁰⁰ Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, Mensagem 762, de 08 de outubro de 2008.

²⁰¹ Os dispositivos vetados assim dispunham:

“Art. 29. Será considerado participante excluído, independentemente de notificação por parte da administradora ou interpelação judicial ou extrajudicial, desde que não tenha sido contemplado, o consorciado que não quiser permanecer no grupo ou que deixar de cumprir as obrigações financeiras na forma e condições estabelecidas em contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão.

Art. 30. ...

§ 1º - A restituição de que trata o caput será efetuada somente mediante contemplação por sorteio nas assembléias, observadas as mesmas condições, entre os excluídos e os demais consorciados do grupo.

§ 2º - O consorciado excluído somente fará jus à restituição de que trata o caput se desistir após o pagamento de sua quinta parcela de contribuição ao grupo, inclusive.

§ 3º - Caso o consorciado excluído não atenda ao requisito do § 2º, será restituído do valor a que tem direito na forma do art. 31.

Art. 31. ...

II – aos participantes excluídos, que o saldo relativo às quantias por eles pagas, ainda não restituídas na forma do art. 30, se encontra à disposição para devolução em espécie;

III – aos demais consorciados e participantes excluídos, que os saldos remanescentes no fundo comum e, se for o caso, no fundo de reserva estão à disposição para devolução em espécie proporcionalmente ao valor das respectivas prestações pagas.”

É obrigação da administradora de consórcio manter o consumidor permanentemente informado sobre todos os aspectos da relação contratual, principalmente quando o que está em risco é a rescisão do seu contrato e a sua eliminação do grupo de consorciados.

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 30 e os incisos II e III do art. 31 da proposição tratam da devolução dos valores pagos ao participante excluído. A redação do projeto impõe ao excluído do consórcio duas possibilidades para restituição das quantias vertidas: ser contemplado em assembléia ou ser restituído 60 dias após a data da realização da última assembléia.

Nesse contexto, os dispositivos citados afrontam diretamente o artigo 51, IV, c/c art. 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem regra geral proibitória da utilização de cláusula abusiva nos contratos de consumo. Com efeito, embora o consumidor deva arcar com os prejuízos que trazer ao grupo de consorciados, conforme § 2º do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, mantê-lo privado de receber os valores vertidos até o final do grupo ou até sua contemplação é absolutamente antijurídico e ofende o princípio da boa-fé, que deve prevalecer em qualquer relação contratual.

Ademais, a inteligência do Código de Defesa do Consumidor é de coibir a quebra de equivalência contratual e considerar abusiva as cláusulas que colocam o consumidor em 'desvantagem exagerada', tal como ocorre no caso presente. A devolução das prestações deve ser imediata, sob pena de impor ao consumidor uma longa e injusta espera.

Em decorrência dos vetos presidenciais, o art. 30 da Lei nº. 11.795/08 ficou reduzido ao *caput*, com a seguinte redação:

Art. 30 - O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º

Contudo, os vetos presidenciais não afetaram o novo critério de devolução aos consorciados excluídos, consistente na sua participação no sistema de sorteio, com a possibilidade de ser contemplado no prazo de duração do grupo. Atingiram, tão somente, a barreira para participar da contemplação por sorteio. Agora, independentemente do valor pago ou número de prestações adimplidas, os consorciados excluídos concorrerão ao sorteio.

Os vetos presidenciais não alteraram a essência da Lei. Fizeram com que qualquer consorciado excluído, independente do número de prestações pagas, pudesse participar dos sorteios, não havendo, portanto, qualquer discriminação entre consorciados ativos e excluídos.

Assim, o art. 22 da Lei nº. 11.795/08 passou a estabelecer o critério para devolução ao consorciado excluído, que se dará pela contemplação por meio de sorteio:

“Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30.

§ 1º - A contemplação ocorre por meio de sorteio ou de lance, na forma prevista no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão.

§ 2º - Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do art. 30.

§ 3º - O contemplado poderá destinar o crédito para a quitação total de financiamento de sua titularidade, sujeita à prévia anuência da administradora e ao atendimento de condições estabelecidas no contrato de consórcio de participação em grupo.”

Para os grupos de consórcios constituídos a partir de 6 de fevereiro de 2009, ocorrendo a exclusão por desistência ou por falta de pagamento de prestação, o consorciado participará dos sorteios realizados nas assembleias gerais ordinárias de contemplação, observadas as regras e condições contratuais, com o fim exclusivo de devolução das quantias pagas ao fundo comum.

De seu turno, a doutrina que passou a se manifestar sobre a nova lei do sistema de consórcio não mais fala em devolução imediata das quantias pagas ao consorciados desistentes ou excluídos, tampouco que estes necessitam aguardar o encerramento do grupo para serem reembolsados.

Alcio Manoel de Souza Figueiredo²⁰² entende que a Lei nº. 11.795/08 dispõe que o consorciado excluído dos grupos de consórcios terá direito à restituição das importâncias pagas, cujo valor será calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos das aplicações financeiras:

“Isto significa, que o consorciado excluído passará a participar das contemplações por sorteio, adquirindo o direito de receber os valores pagos ao grupo de consórcio, por ocasião da contemplação, ou seja, não terá que esperar o encerramento do grupo de consórcio.”

No mesmo sentido, Carlos Henrique Abrão²⁰³ menciona que, quando a saída provier da exclusão, caberá ao consorciado a restituição daquele valor pago, consubstanciado nas prestações, com base no percentual de amortização do valor do bem ou serviço à data da assembléia de contemplação, consoante o artigo 30 da Lei nº. 11.795/2008. Comentando a mudança na sistemática da devolução como uma solução eficiente para um grave problema, assim se manifesta:

“ De fato, a atual legislação colocou solução eficiente e imediata para o grave problema, até então existente, sobre o desistente, isto porque, ainda que retirante, deveria aguardar 30 dias após o encerramento do grupo, para, diante da prestação de contas, poder receber o valor pago, em restituição.

Mudou-se essa ideologia, consagrando a Lei nº 11.795/08, a preferência de recebimento, independentemente do encerramento do grupo. Como consequência disso, inelutavelmente, a contabilidade do grupo imporá maior transparência e ditará, por certo, a verdadeira mobilidade, sem quaisquer desequilíbrios, falta de planejamento, ou previsão.”²⁰⁴

A seu modo, Fábio Ulhoa Coelho²⁰⁵ assim comenta a intercorrência de exclusão do grupo dos consorciados inadimplentes e desistentes e a questão da devolução das quantias pagas:

Se o inadimplente não tiver sido ainda contemplado, o contrato, em geral, prevê a possibilidade de sua exclusão do grupo. A lei não admite cláusula de perda total dos valores pagos a título de

²⁰² FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. *ABC do Consórcio*: Teórica e Prática, p. 82

²⁰³ ABRÃO, Carlos Henrique. *Do Consórcio*, 1. ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 61.

²⁰⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. *Do Consórcio*, p. 60.

²⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, 3. ed. v. 3, p. 431.

contribuição para o fundo comum (CDC, art. 53), norma que não abrange a renumeração da administradora por serviços já prestados. Terá, assim, o excluído direito à devolução das contribuições que pagou ao grupo, acrescidas dos rendimentos da aplicação financeira correspondentes (LSC, art. 30; RGC, art. 3º, § 1º) e descontadas no montante dos prejuízos que causou aos demais consorciados (CDC, art. 53, § 2º). A devolução é efetivada mediante sorteio. Isto é, o inadimplente continua a participar dos sorteios do grupo, mas, caso contemplado, em vez de receber a carta de crédito, tem direito à devolução das contribuições que fizera (com o acréscimo e o desconto referidos).

(...)

Outra intercorrência capaz de tumultuar o regular funcionamento do grupo consiste na desistência declarada do consorciado. Quando manifestada, o desistente é excluído, com direito à restituição de suas contribuições nos mesmos moldes da exclusão por inadimplemento (com acréscimos dos rendimentos financeiros, mas descontados os prejuízos impostos ao grupo).

Desta forma, com o surgimento da Lei nº. 11.795/08, categorizando o funcionamento da sociedade consorcial na prevalência do interesse do grupo de consórcio sobre o interesse individual do consorciado, entendemos que prevaleceu o espírito de razoabilidade que cercou a elaboração da nova sistemática de devolução das quantias pagas aos consumidores desistentes e excluídos, submetendo sua ocorrência à contemplação em sorteio, como é próprio do sistema de consórcio, desde a sua concepção.

6.3 A NOVA SISTEMÁTICA DE DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS COMO INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo é um dos princípios para que sejam alcançados os objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo. Assim, sendo a relação entre consorciados e administradoras de consórcio uma relação jurídica de consumo, nela deve existir harmonia, de forma a alcançar equilíbrio e tranqüilidade, evitando-se confrontos.

Na lição de João Batista de Almeida²⁰⁶:

“... o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo deve ser a harmonização dos interesses envolvidos e não o confronto ou o acirramento de ânimos. Interessa às partes, ou seja, a consumidores e fornecedores, o implemento das relações de consumo com o atendimento das necessidades dos primeiros e o cumprimento do objeto principal que justifica a existência do fornecedor: fornecer bens e serviços. Colima-se, assim, o equilíbrio entre as partes.”

Sergio Cavalieri Filho leciona que²⁰⁷:

A política normativa traçada pelo CDC, afinada com os ditames da ordem econômica definida na Constituição, desenvolve um projeto de ação destinado a alcançar o equilíbrio e a harmonia nas relações de consumo. E assim é porque consumidores e fornecedores são protagonistas imprescindíveis da relação de consumo, de sorte que o objetivo principal do CDC não é desequilibrar a balança em favor do consumidor, mas, sim, harmonizar os interesses de ambos.

No entendimento de José Geraldo Brito Filomeno²⁰⁸:

A harmonização de que cuida o inciso III do art. 4º, a seu turno, refere-se à tranqüilidade, ou, antes até, ao estado de paz, sem conflitos, que devem existir entre a proteção dos interesses dos consumidores, de formal geral, de um lado, e a busca de novas conquistas e inovações tecnológicas, de outro, viabilizando-se, em conseqüência, o desenvolvimento econômico, tal como previsto pelo art. 170 da Constituição Federal, que, como já vimos, estabelece as bases para a ordem econômica idealizada. Referida tranqüilidade deve ser sempre baseada na boa-fé e no equilíbrio nas relações fornecedores / consumidores.

Entretanto, Marcelo Gomes Sodré²⁰⁹, ao comentar o objetivo da harmonia entre os participantes das relações de consumo, relata que o ponto de encontro que

²⁰⁶ ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 16.

²⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, xvi.

²⁰⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.

²⁰⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. Objetivos, princípios e deveres da política nacional das relações de consumo: a interpretação do artigo 4º do CDC. Artigo inserido na obra coletiva “*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*”. Coordenação: Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira, 1ª ed. São Paulo, Editora Verbatim, 2009, p. 42.

leva à harmonização das relações entre consumidores e fornecedores será sempre um tema tenso, de difícil fixação.

A nosso ver, a nova legislação do sistema de consórcios enfrentou com muita razoabilidade e equilíbrio um “tema tenso” que existia nos grupos de consórcio: a questão da devolução das quantias pagas aos consorciados desistentes e excluídos.

E isto porque, antes do sistema de devolução instituído pela Lei nº. 11.795/08, a legislação e a dominante posição jurisprudencial determinavam que a devolução deveria ocorrer somente quando do término do grupo. Entretanto, como já mencionamos, muitos consorciados desistentes e excluídos não se conformavam com a determinação de que a devolução das quantias pagas fosse feita após a contemplação de todos os consorciados, entendendo que a cláusula estabelecia obrigações consideradas iníquas, abusivas, e que colocavam o consumidor em desvantagem exagerada, sendo, portanto, nulas de pleno direito, devendo a devolução ocorrer de imediato após a desistência ou exclusão.

Diante deste cenário de conflito, o legislador se viu obrigado a criar um novo mecanismo de devolução que, ao mesmo tempo, compatibilizasse os direitos e interesses de consorciados, administradoras de consórcios e de grupos de consórcio, sem gerar mais custos para os consumidores, nem comprometer a permanência do produto ou do serviço no mercado.

Neste contexto, entendemos que a solução encontrada pelo legislador elegeu como fator determinante para a devolução das quantias pagas pelos consorciados desistente e excluídos um evento que é próprio do contrato de consórcio para a aquisição do bem ou serviço, qual seja, a contemplação em sorteio.

Carlos Henrique Abrão²¹⁰ ressalta que no mecanismo da contemplação em sorteio, tanto para consorciado que concorre ao crédito para a aquisição bem ou

²¹⁰ ABRÃO, Carlos Henrique. *Do Consórcio*, p. 44.

serviço, como para o excluído para a devolução do crédito pago, vigora o princípio da boa-fé, resultando em equilíbrio para o sistema de consórcio:

“ Referido mecanismo diz respeito à posição do consorciado e daquele que fora excluído para a devolução do crédito pago abatidas as despesas referentes à taxa de administração e fundo de reserva.

Vigora o princípio essencial, repita-se mais uma vez, característico da boa-fé e de sua função, que cerca o negócio plurilateral referente ao consórcio. Nesta posição mencionada, o caminho da boa-fé, amparará o relacionamento, atribuirá conjunto de direito, responderá pela transparência das informações e dará equilíbrio na dicção do alcance pretendido.

Na lembrança de Alípio Silveira, a boa-fé envolve a convicção e a lealdade em relação ao contexto do ato jurídico, exterioriza a veracidade e evita a transgressão, sustentando a lição com base nos preceitos escorados advindos do Código Civil alemão (*treu und glaupe*), de tal sorte que na realização das contemplações, presume-se a transparência e também a própria manifestação da vontade para que o lance seja aceito e atinja seu escopo.

Regulamentado a partir do artigo 22 da Lei 11.795/08, a contemplação confere ao consorciado um crédito para a aquisição do bem ou serviço, além do que permite, no caso de exclusão, a restituição das parcelas, a teor do artigo 30 da mencionada legislação.”

Entendemos que a sistemática de devolução das quantias pagas pelos consorciados excluídos que foi instituída pela Lei nº. 11.795/08 constitui-se num verdadeiro instrumento de harmonização da relação consorcial, até porque, a harmonização das relações de consumo foi inserida como princípio no Código de Defesa do Consumidor, de modo a instaurar um regime de convivência e integração profícua de interesses, pois, naquilo que é substancial, tem-se que o bem-estar social e os interesses finais dos consumidores e dos bons fornecedores, acabam tendo enormes pontos de coincidência. E mais, quando corretamente compatibilizados contribuem para o desenvolvimento econômico e tecnológico, contexto que deve ser permeado de boa-fé e equilíbrio como forma de viabilizar os princípios constitucionais em que se funda a ordem econômica.

Assim, constatamos que a sistemática escolhida pelo legislador evita radicalismos em prol de qualquer das partes, seja o consorciado, seja a administradora de consórcios e até mesmo o grupo de consórcio, tendo adotado a prática do princípio da harmonização nas relações de consumo como a forma mais racional para ensejar a melhora da vida consorcial e, conseqüente, bem-estar social.

CONCLUSÃO

A característica mais saliente do consórcio é a união de pessoas para a consecução, mediante esforço comum e poupanças próprias, de autofinanciamento com o fim de adquirir bens ou serviços. A Lei nº 11.795/08, em seu artigo 2º, define que consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.

O consórcio examinado no presente trabalho distingui-se do consórcio administrativo, do consórcio público e do consórcio de empresas, os quais têm em sua essência a mesma noção – junção de esforços -, em setores distintos do direito público e empresarial respectivamente.

O Brasil foi o pioneiro na criação do consórcio de bens duráveis, que desde 1962 vem evoluindo diante das muitas oscilações econômicas ocorridas no país, tornando-se um sistema de credibilidade para aquisição de bens, seja para quem pode renunciar ao consumo imediato, seja para quem busca ter em mãos um bem ou serviço prestado, independentemente do pagamento completo.

No aspecto de geração de riqueza, circulação de mercadorias e desenvolvimento econômico, serve o consórcio como instrumento de exploração da atividade econômica, sendo bastante utilizado para a aquisição de bens duráveis, principalmente veículos, tendo também ingressado fortemente no ramo imobiliário e de prestação de serviços.

O consórcio é um contrato associativo de natureza plurilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo e de execução continuada. O contrato de consórcio é essencialmente por adesão, refletindo uma relação triangular existente entre os consorciados, a administradora do grupo de consórcio e o grupo formado

pelos consumidores. Atualmente, com a edição da Lei nº 11.795/08, passou a ser um contrato típico.

Ressalte-se que o contrato de participação em grupo de consórcio é distinto do contrato de compra e venda do bem ou prestado de serviço. O consorciado obtém, por intermédio da administradora, não um bem ou serviço, mas crédito, correspondente ao valor do bem ou serviço almejado pelo grupo consorcial.

A administradora é a gestora dos recursos dos consorciados e estes efetuam pagamentos mensais com o fim de adquirir o bem ou serviço desejado. O grupo é composto pela união dos consorciados, representado juridicamente pela administradora. O vínculo jurídico que se estabelece, relativamente ao objeto comum, a partir do momento em que o grupo é formado, é entre os integrantes do grupo – união accidental, e não entre eles e a administradora de consórcio. Com a administradora, os consorciados mantêm relação de consumo concernente à prestação de serviços de organização do grupo e de gestão dos recursos e negócios do grupo.

Desde a vigência da Lei nº. 8.177/91 (art. 33), foram transferidas da Receita Federal para o Banco Central do Brasil as atribuições de controle e regulamentação do sistema de consórcios. A Lei nº. 11.795/08 voltou a reafirmar o poder normativo do BACEN, conferindo-lhe, dentro do marco regulatório, o poder de exigir “condições mínimas” que devem constar do contrato de participação em grupo de consórcio. Diante disso, entendemos que a autorização para explicitar “condições mínimas” deve ser compreendida dentro da concretização do fundamento constitucional da defesa do consumidor, isto é, em que o Estado exercerá seu poder regulatório por intermédio do BACEN, com o dever de proteger os interesses e direitos dos consorciados.

O contrato de consórcio gera direitos e obrigações para as partes envolvidas. Os consorciados devem efetuar os pagamentos mensais das prestações até atingir a totalidade do valor do bem ou serviço objetivado no consórcio. Na hipótese de inadimplemento do pagamento pontual das prestações, deverão ser considerados os encargos moratórios e multa de até 2% (dois por cento) do valor da

prestação, podendo o consorciado ser excluído do grupo, se ainda não foi contemplado, ou ter que responder com seus bens, muitas vezes dando em garantia o bem adquirido com o crédito obtido com o consórcio, em caso de inadimplência após a contemplação. De seu turno, a administradora tem direito à taxa de administração a título de remuneração pela formação, organização e administração do grupo de consórcio até o encerramento deste, bem como o recebimento de outros valores, desde que expressamente previstos no contrato de participação em grupo de consórcio. Os diretores, gerentes, prepostos e sócios com função de gestão na administradora de consórcio são depositários, para todos os efeitos, das quantias que a administradora receber dos consorciados na sua gestão, até o cumprimento da obrigação assumida no contrato de consórcio, respondendo, pessoal e solidariamente, independentemente da verificação de culpa, pelas obrigações perante os consorciados.

Outrossim, o contrato de consórcio impõe perfil de unificação e submissão à relação de consumo, identificando as obrigações, princípios e disposições em torno da administradora do consórcio. Nesta dimensão, as salvaguardas do contrato de consórcio têm descanso, alcance e prática na relação de consumo, a qual permeia toda a sua formação, desenvolvimento e conclusão. Neste contexto, cabe destacar que as cláusulas que possam ensejar abusividade, desequilíbrio ou impossibilidade de cumprimento, provocam imediata reação por parte do Código de Defesa do Consumidor e de todo o seu microssistema.

O Código de Defesa do Consumidor é a fonte normativa infraconstitucional mais relevante para a disciplina da relação de consumo. Defendemos sua integração ao ordenamento jurídico como uma “lei principiológica”, ao estabelecer princípios - normas - que servem para regulamentar os pontos mais relevantes de uma determinada situação jurídica - e normas de ordem pública e de interesse social tanto para a proteção do consumidor (sujeito da relação jurídica), como para preservação da própria relação de consumo. Neste contexto, não se pode perder de vista que os princípios são estruturas, orientações de interpretação dos interesses em jogo e regras de conduta norteadoras da interpretação da norma. Bem por isso, não há como uma lei ordinária contrariar o Código de Defesa do

Consumidor, pois ali não estão contidos apenas normas e dispositivos, mas, princípios e cláusulas gerais.

Com a vigência da Lei nº. 11.795/2008, a natureza jurídica da relação entre consorciados e administradoras de consórcio não se alterou, continuando como uma relação jurídica de consumo. Os consorciados são consumidores. As sociedades administradoras de consórcios são fornecedores. Por isso, aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor também à relação jurídica de consórcio e às disposições de seus contratos.

Para enfrentar um ponto que causava muitos conflitos na relação entre os consorciados e as administradoras de consórcio, o legislador buscou, na essência do instituto, a sistemática para a definição do momento da devolução das quantias pagas pelos consorciados excluídos, por inadimplência ou desligamento voluntário, dos contratos de consórcio.

Nos termos dos artigos 22 e 30 da Lei nº. 11.795/08, a devolução das quantias pagas aos consorciados excluídos é efetivada mediante contemplação em sorteio. Isto é, os inadimplentes excluídos ou aqueles que se desligaram voluntariamente do grupo continuam a participar dos sorteios, mas, caso sejam contemplados, em vez de receberem a carta de crédito, têm direito à devolução das contribuições que fizeram, com os acréscimos e os descontos legais.

A análise da novel legislação revela que se buscou ordenar a questão da devolução das quantias pagas aos consorciados excluídos, o que acarretou, em nossa opinião, sintonia com as regras do Código de Defesa do Consumidor, fazendo com que as questões de conflito tenham menor incidência, abrindo caminho para que se possa consolidar uma interpretação que traduza modernidade, o espírito do consórcio, e sua ferramenta atual, em tempos de economia globalizada.

Em nossa reflexão, com o advento da Lei nº. 11.795/08, as discussões judiciais acerca do momento da devolução das quantias pagas aos consorciados excluídos serão menores, visto existir, agora, o sistema de contemplação dos excluídos em sorteio para a devolução do crédito pago, o que é próprio do

consórcio, fazendo com que ocorra diminuição da litigiosidade, fator preponderante para alcançar o escopo e permitir soluções eficazes no interesse da coletividade dos consumidores.

Assim nos manifestamos porque, a partir de decisões já proferidas no âmbito dos Juizados Especiais e que foram separadas para o anexo do presente trabalho, notamos, com peculiar satisfação, que não mais se discute sobre a abusividade ou não de cláusulas contratuais que prevêm a devolução das quantias pagas após o encerramento do grupo, mas, sim, aplica-se a norma regulamentadora do procedimento da devolução quanto da contemplação em sorteio, que está em vigor e deve ser obedecida, sob pena de descumprimento de preceito legal. Inclusive, reconhecemos que o novo meio confere aos excluídos as mesmas condições de acesso ao crédito que aos demais participantes, conferindo isonomia entre os consumidores.

Exteriorizadas estas circunstâncias, verificamos que o modelo atual do consórcio acompanhou as mudanças da sociedade de consumo contemporânea no desafio de perpassar os limites do crédito e que a edição de uma lei específica e atualizada, pautada na razoabilidade, veio trazer harmonia para os interesses das partes, fortalecendo o equilíbrio do contrato e de sua função social, com benefícios inequívocos à sociedade civil, à tutela do consumidor, às garantias dos consorciados e na primazia do desenvolvimento visado à própria riqueza da sociedade.

ANEXO

A APLICAÇÃO DA NOVA SISTEMÁTICA DE DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS AOS CONSUMIDORES EXCLUÍDOS PELO PODER JUDICIÁRIO

O estudo do tema da devolução das quantias pagas aos consumidores excluídos dos contratos de consórcio na sistemática da Lei 11.795/08 e à luz do Código de Defesa do Consumidor nos levou a buscar decisões judiciais atualizadas sobre a matéria, as quais foram selecionadas para comentários e para integrar o anexo do presente trabalho.

Em ação de restituição de valores cumulada com revisão de cláusulas contratuais inseridas em contrato de consórcio de bem imóvel celebrado entre as partes em 4 de maio de 2009, o 4º Juizado Especial Cível de Porto Alegre, por sentença da juíza Luísa Costa Cabral Dall’Agnol, julgou o autor carecedor da ação por falta de interesse processual uma vez que, na vigência da Lei 11.795/08, a restituição das quantias pagas não pode ocorrer imediatamente, mas, sim, mediante participação nas assembleias gerais ordinárias, nas mesmas condições dos consorciados ativos:

4º. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
PROCESSO N. 001/3.09.0025884-3
AUTOR: FILIPE MOTRAES SCHUTT
RÉ: EMBRACON ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS S/A.

Vistos etc.

Cuida-se de ação de restituição de valores cumulada com revisão de cláusulas contratuais inseridas em contrato de consórcio de bem imóvel celebrado entre as partes em 4 de maio de 2009.

A ré contesta sustentando, preliminarmente, incompetência do Juizado Especial Cível e carência de ação. No mérito, invoca impossibilidade de restituição antes da contemplação, retenção de seguro de vida, fundo de reserva e taxa de administração. Requer a improcedência da ação.

É o breve relatório.

Passo a fundamentar.

Cumpra acolher a preliminar de carência da ação.

O contrato restou celebrado em 4 de maio de 2009, portanto após a vigência da Lei 11.795 de 2008 que veio a regular o sistema de consórcio.

Reza o artigo 30, daquele diploma legal, que: “O *consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância*

paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, parágrafo 1º.”

Com isso, a restituição não poderá ocorrer imediatamente, sim, nos expressos limites da lei, participando das assembléias gerais ordinárias nas mesmas condições dos consorciados ativos, conforme determina a Lei 11.975 de 2008.

Assim sendo, é o autor carecedor da ação por falta de interesse processual uma vez que desnecessária a intervenção do judiciário para o fim de recebimento dos valores nos moldes que determinado a lei.

ISSO POSTO, para os fins do artigo 40 da Lei 9099/95, opino pela EXTINÇÃO DO PROCESSO, nos termos do artigo 267, VI, CPC.

Porto Alegre, 29 de setembro de 2009.

Luísa Costa Cabral Dall’Agnol

Juíza Leiga

O 2º Juizado Especial Cível de Ceilândia – DF, ao julgar o processo nº 2009.03.1.017003-2, considerando que o contrato de consórcio foi celebrado já sob a égide da Lei nº 11.795/08, entendeu que a devolução ao consorciado excluído é devida, mas, não de forma imediata, mas quando este for sorteado:

Circunscrição: 3 – CEILANDIA

Processo: 2009.03.1.017003-2

Vara: 1402 - SEGUNDO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE CEILANDIA – DF

Processo: 2009.03.1.017003-2

Ação: RESSARCIMENTO

Autor: FRANCILEIA PEREIRA DOS SANTOS

Réu: MULTIMARCAS CONSÓRCIOS.

Sentença.

Antes que extinguir o processo sem exame do mérito, pelos motivos deduzidos pela ré, o pedido é, na verdade, improcedente.

Com efeito, o contrato foi celebrado já sob a égide da Lei 11795/08, que, quanto ao momento da restituição, prescreve: "Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º”.

O art. 24, caput, por sua vez, determina, exatamente, a hipótese em que o consorciado é contemplado e a forma de correção.

Em suma: a devolução é devida, mas não de forma imediata, mas quando o excluído for sorteado.

Ao exposto, julgo improcedente o pedido.
Sem custas e sem honorários.
P.R.I.
Ceilândia - DF, segunda-feira, 27/07/2009 às 18h.

A juíza de direito Giselle Rocha Raposo, do 3º Juizado Especial Cível de Brasília, julgando o processo nº 2009.01.1.098850-0, entendeu que não mais se deve analisar a abusividade ou não das cláusulas contratuais, pois a entrada em vigor da Lei nº 11.795/08 põe fim ao impasse existente quanto ao momento da devolução dos valores pagos pelo consorciado que se retira do grupo, estabelecendo claramente que os excluídos permanecem vinculados ao consórcio apenas para participarem dos sorteios, quando poderão receber as mensalidades pagas:

Circunscrição :1 – BRASILIA
Processo :2009.01.1.098850-0
Vara : 1403 - TERCEIRO JUIZADO ESPECIAL CIVEL
SENTENÇA

Trata-se de ação de RESTITUIÇÃO em que é autor JULIO CÉSAR DE OLIVEIRA MENDONÇA e ré MULTIMARCAS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

Dispensado o relatório, nos termos do artigo 38 da Lei 9.099/95.

DECIDO.

A requerida, em sua defesa, argüiu a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, com argumentos que se confundem com o mérito da causa, e deverá ser analisada nesses termos.

Discute-se nos autos sobre a restituição das parcelas ao consorciado desistente, pretendendo o autor a sua devolução imediata, enquanto a ré sustenta somente ser possível a devolução após o encerramento do grupo.

Aduz o requerente que aderiu a um plano de consórcio oferecido pela ré para a aquisição de bem imóvel no valor de R\$ 76.532,66. Declara que desistiu de participar do grupo, e que ao solicitar a devolução das quantias pagas foi informado que tal somente seria devido após o encerramento do grupo ao qual se vinculara, condição que entende abusiva.

A ré, por sua vez, argumenta que a Lei n. 11.975/08 regulamenta as formas de devolução das quantias pagas por consorciado desistente, e que, além disso, tal questão encontra-se prevista no contrato, que admite tal possibilidade apenas após o encerramento do grupo. Disse que o contrato deve ser observado e cumprido em sua integralidade pelas partes, que na devolução deve ser amortizada a taxa de administração, do fundo de reserva e dos valores pagos ao seguro, além da cláusula penal. Requer, ao final, a improcedência da pretensão exordial.

Inicialmente cumpre observar que com a edição da Lei n. 11.795/08, que entrou em vigor em fevereiro de 2009, o legislador regulou as formas de devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente. Assim, o referido diploma legal, em seu artigo 22, dispõe que "a contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do artigo 30".

O § 2º do mesmo dispositivo de lei dispõe que "Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o artigo 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do artigo 30, que tem o seguinte teor: artigo 30 - "O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do artigo 24, § 1º.

A entrada em vigor da referida Lei põe fim ao impasse existente quanto ao momento da devolução dos valores pagos pelo consorciado que se retira do grupo, estabelecendo claramente que os excluídos permanecem vinculados ao consórcio apenas para participarem dos sorteios, quando poderão receber as mensalidades pagas.

Além do mais, essa questão é bastante debatida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente tem indicado que a devolução das quantias pagas pelo consorciado deverá ocorrer em até trinta dias do encerramento do grupo, e não de forma imediata, como pleiteia a autora.

Nesse sentido a decisão abaixo transcrita:

"RECURSO ESPECIAL - CONSÓRCIO - DESISTÊNCIA - RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS - IMPOSSIBILIDADE - RESTITUIÇÃO EM ATÉ 30 (TRINTA) DIAS CONTADOS DO TÉRMINO DO PLANO, MOMENTO A PARTIR DO QUAL INCIDEM OS JUROS DE MORA - PRECEDENTES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIMENTO. 1. A restituição dos valores vertidos por consorciado ao grupo consorcial é medida que se impõe, sob pena de enriquecimento ilícito dos demais participantes e da própria instituição administradora. 2. O reembolso, entretanto, é devido em até 30 (trinta) dias após o encerramento do grupo, data esta que deve ser considerada como aquela prevista no contrato para a entrega do último bem. 3. Os juros de mora, na espécie, incidem, tão-somente, a partir de quando se esgota o prazo para a administradora proceder ao reembolso e, por qualquer motivo, não o faz, momento em que sua mora resta caracterizada. 4. Recurso parcialmente provido. (REsp n. 1033193 / DF, Relator Ministro Massami Uyeda, Publicado no DJ do dia 01-08-08)."

Cumpre observar que este Tribunal tem por costume seguir as decisões do Superior Tribunal de Justiça que, inclusive, servem de parâmetro para elucidar várias questões controvertidas.

No mais, a lei 11.795/08 acrescenta um novo meio de devolução de parcelas ao consorciado excluído, o que se traduz em um benefício a este, uma vez que tem a possibilidade de receber o

valor desejado a qualquer momento, e não só após o término do grupo.

Não se trata agora de analisar a questão da abusividade ou não de cláusulas contratuais, mas de aplicação de norma regulamentadora de procedimento, que se encontra em vigor e deve ser obedecida, sob pena de descumprimento de preceito legal.

Desse modo, não assiste ao autor o direito de ser restituído dos valores pagos em favor da ré, de forma imediata, devendo a devolução ocorrer na forma estipulada pela lei acima indicada ou, ainda, nos termos do entendimento do STJ.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO inicial e declaro extinto o processo, com resolução do mérito, o que faço com fundamento no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil.

Sem custas ou honorários, a teor do disposto no art. 55 da Lei nº 9.099/95.

Registre-se. Publique-se. Intime-se.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se.

Brasília/DF, 05 de outubro de 2009 às 18h10.

GISELLE ROCHA RAPOSO

Juíza de Direito

O 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Niterói – RJ, entendendo que, diante do que dispõe a Lei nº 11.795/08, somente quando o consorciado excluído vier a ser contemplado e, ainda assim, vier a obter a negativa de restituição da quantia paga, nascerá o interesse em demandar em face da administradora de consórcio, extinguiu, sem resolução do mérito, o processo nº 2009.002.013646-4:

Processo nº 2009.002.013646-4

1º Juizado Especial Cível da Comarca de Niterói – RJ

Autor(a): Denise de Fátima Lourenço Soares

Réu: Abolição / Volkswagen

PROJETO DE SENTENÇA.

Dispensado relatório pormenorizado, nos termos do artigo 38 da Lei nº 9.099/95.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória sob o rito sumaríssimo na qual questiona a autora a recusa de devolução de parcelas pagas em contrato de consórcio para aquisição de veículo automotor em razão de sua desistência antes do encerramento do mesmo.

A segunda ré compareceu a AIJ espontaneamente requerendo a substituição da Volkswagen haja vista que afirma ser a responsável pela gerência do consórcio da parte autora. Comprovando-se o alegado, junta documentos como o contrato de adesão com a assinatura da autora onde consta Disal Administradora de Consórcios LTDA como administradora.

Em contestação escrita aduz preliminarmente pela falta de interesse para agir e impossibilidade jurídica do pedido já que pela Lei 11.795/08 e pela cláusula 54.3. No mérito persegue a inexistência de alegados danos.

Regularmente citada a primeira ré oferece contestação oral na qual argüiu preliminarmente a impossibilidade jurídica do pedido, bem como sua ilegitimidade passiva em razão de não ter recebido qualquer importância de modo que nada tem a restituir. No mérito afirma que não detém qualquer responsabilidade de modo que persegue a inexistência de danos.

É o breve relatório. Passo a decidir.

No que concerne a substituição da Volkswagen pela ora nominada segunda ré, observa-se que houve o comparecimento espontâneo dessa e que a autora não se manifestou contra o seu ingresso, acrescentando ainda que o documento trazido à colação por essa ré a exhibe como administradora do consórcio de modo que deve ser deferida a substituição.

Deixo de acolher a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela primeira ré, tendo em vista que a autora narra os fatos e fundamentos de seu pedido, o que, pela Teoria da Asserção, são elementos suficientes para a apreciação do mérito da causa.

Entretanto, assiste razão as rés quando argüem a falta de interesse de agir da autora e a impossibilidade jurídica do pedido já que não há recusa em restituição diante do não preenchimento do requisito legal e contratual para devolução de valores devidos em face de sua desistência.

Antes da Lei 11.795/08 a autora somente poderia requerer a devolução 60 (sessenta) dias após o encerramento do contrato de consórcio. Hoje, com o advento do referido diploma legal e diante a anuência da maioria dos consorciados em aplicá-lo ao contrato - que já estava em vigência; a devolução dos valores em razão da desistência se faz por meio de contemplação nos sorteios mensais. Assim, somente quando contemplada a autora poderá solicitar a devolução dos valores.

Nesse diapasão, quando a autora vier a ser contemplada e ainda assim vier a obter a negativa de restituição da quantia paga nascerá para a autora o interesse em demandar em face das rés. Assim, enquanto não preencher o requisito haverá impossibilidade jurídica do pedido de restituição.

Ante o exposto, deixo de adentrar no mérito para JULGAR EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, na forma do artigo 267, inciso VI do CPC.

Sem condenação em custas ou honorários na forma do artigo 55 da Lei 9099/95.

Submeto o presente projeto de sentença à homologação pelo Juiz Togado, na forma do que dispõe o artigo 40 da Lei 9099/95.

Niterói, 25 de setembro de 2009.

Danielle Peña Pires

Juíza Leiga

SENTENÇA

Pelo MM. Dr. Juiz foi prolatada a seguinte sentença:

HOMOLOGO o projeto de sentença proferido acima, referente ao processo 2009.002.0136464 na forma do artigo 40 da Lei 9099/95. Certificado o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos. Cientes as partes de que decorridos 180 dias da data do arquivamento definitivo os autos processuais serão eliminados, nos termos do artigo 1º do Ato Normativo Conjunto 01/2005, publicado no DORJ de 07/01/05.

P.R.I.

Niterói, 25 de setembro de 2009.
Alexandre Chini
Juiz de Direito.

De seu turno, para os grupos de consórcio que realizaram assembléia geral extraordinária para a adequação do grupo aos termos da Lei nº 11.795/08, notadamente quanto à forma de devolução das quantias pagas pelos consorciados excluídos, o Poder Judiciário tem confirmado a validade da alteração, determinando que a devolução ocorra somente após a contemplação em sorteio do consorciado excluído.

Neste contexto, e ressaltando que a sistemática de devolução das quantias pagas aos consorciados excluídos introduzida pela Lei nº 11.795/08 confere a todos os participantes as mesmas condições de acesso ao crédito por meio de sorteios, conferindo isonomia entre os consumidores, representando condição mais favorável e podendo, inclusive, retroagir para beneficiar o consumidor, a juíza Simone Saraiva de Abreu Abras proferiu sentença no processo nº 024.2009.364683-4, do Juizado Especial Cível de Belo Horizonte – MG, determinando que a devolução dos valores somente será devida após a contemplação do consumidor:

Autos nº 024.2009.364683-4
Ação de Rescisão Contratual
Requerente: Cláudia Leite Leonel
Requerido: Bancobrás Administradora de Consórcio Ltda.
SENTENÇA

Vistos, etc.

Dispensado o relatório, conforme autorizado pelo Art. 38 da Lei 9.099/95, passo a decidir.

CLÁUDIA LEITE LEONEL ajuizou a presente Ação de Rescisão Contratual em face de BANCOBRÁS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA, alegando , em síntese, que aderiu ao consórcio da empresa ré, pelo plano de 72 (setenta e dois) meses, a fim de ser contemplada com uma Carta de Crédito no valor de R\$32.036,00 (trinta e dois mil e trinta e seis reais) para adquirir uma motocicleta Burgman 400. Afirma que quitou doze parcelas no valor de R\$ 7.908,38 (sete mil novecentos e oito reais e trinta e oito centavos), sendo que suspendeu o pagamento das prestações mensais, sob o argumento de que foi surpreendida com a diminuição brusca no valor do bem, para o importe de R\$24.347,00 (vinte e quatro mil e trezentos e quarenta e sete reais). Afirma que a ré lhe informou que o valor diminuiu em razão da mudança da tabela do fabricante da motocicleta.

Em audiência, o consórcio requerido apresentou contestação escrita sustentando que deve ser aplicada a Lei 11.795/08, artigo 22, §2º ao presente caso. Sustenta que é legítimo o abatimento da taxa de administração e de adesão.

O contrato de adesão a grupo de consórcio, com duração de setenta e dois meses, foi assinado pelas partes em 10/09/2007.

A autora, na data de assinatura da proposta de admissão, pagou a importância de R\$ 640,72 (seiscentos e quarenta reais e setenta e dois centavos), referente à taxa de adesão e a prestação inicial no valor de R\$610,57 (seiscentos e dez reais e cinqüenta e sete centavos), conforme documentos (evento 10 – 10.3), efetuando, posteriormente, o pagamento de doze parcelas do consórcio, quando suspendeu o pagamento as parcelas e desistiu de prosseguir no grupo.

Assim, a autora pretende a devolução imediata da quantia efetivamente paga.

É incontroverso que a autora faz jus à restituição dos valores efetivamente pagos.

Assim, cinge-se a questão em verificar o *quantum* a ser restituído à requerente.

Ab initio, cumpre registrar que se caracteriza como de consumo a relação que se estabelece entre consorciado e administradora de consórcio, incidindo, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se que o fato de existirem normas do Banco Central a favor da Administradora não impede o Judiciário de examinar as condições da proposta de adesão e declarar nulo, as cláusulas abusivas, a teor do Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

É verdade que, a princípio, o contrato de adesão estabelece que o consorciado somente faz jus à devolução dos valores pagos a título de fundo comum e fundo de reserva dentro de sessenta dias da distribuição do último crédito e desde que decorrido o prazo de duração do grupo, respeitadas as disponibilidades de caixa do grupo (item 41 do contrato – evento 10, 10.4).

Ocorre que a Lei 11.795 de 08 de outubro de 2008, estabeleceu novo prazo para a devolução das parcelas pagas pelo consorciado, nos termos do art. 22, §2º, da mencionada lei, a saber:

“Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso de consorciados excluídos, nos termos do art. 30.

(...)

§ 2º. Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do art. 30”.

O artigo 30 dispõe:

“Art. 30 – O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, §1º.”

Assim, conclui-se que a legislação prevê uma nova metodologia para devolução de valores aos consorciados excluídos, ou seja, aquele que estiver nessa condição passa a concorrer ao

sorteio, como os demais consorciados. Ao ser sorteado, o excluído receberá o reembolso da importância a que tem direito.

Esta possibilidade confere a todos os participantes as mesmas condições de acesso ao crédito por meio de sorteios, conferindo isonomia entre os consumidores.

Ressalte-se que, conforme termos da Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 24 de março de 2009, houve adequação do grupo consorciado aos termos da nova lei.

Ademais, a nova lei é favorável à autora, razão pela qual pode retroagir para beneficiá-la.

Desta forma, resta patente que o valor a ser restituído deverá ser pago quando a autora for contemplada.

(...)

Com tais considerações, julgo parcialmente procedente o pedido inicial para condenar a requerida a devolver ao autor o valor de R\$ 7.576,30 (sete mil quinhentos e setenta e seis reais e trinta centavos), acrescido de correção monetária contados da data de cada desembolso e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da data da contemplação. Com a ressalva de que o valor será devido pelo réu após a contemplação da autora.

Sem custas e honorários, nos termos do Art. 55 da Lei 9099/95.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2009.

Simone Saraiva de Abreu Abras

Juíza de Direito

Em outra decisão do 2º Juizado Especial Cível de Ceilândia – DF, proferida pela juíza Joanna D'arc Medeiros Augusto Sartori no processo nº 2009.03.1.022897-3, que envolveu a devolução das quantias pagas em contrato de consórcio celebrado antes da entrada em vigor da Lei 11.795/08, conferiu-se validade a assembléia geral extraordinária que votou pela aplicação imediata das disposições da novel legislação, com aprovação da proposta pela maioria dos presentes de que os consorciados excluídos, ainda que por desistência voluntária, passariam a participar de sorteios mensais nas assembléias ordinárias do grupo, e aqueles que fossem contemplados nos referidos sorteios, receberiam de volta, de imediato, os valores pagos, depois de descontadas as taxas e as multas pecuniárias previstas no contrato. Com esse entendimento, determinou-se que o consumidor se submeta às decisões da assembléia geral extraordinária de seu grupo e participe dos sorteios dos consorciados excluídos, julgando-se improcedente a pretensão de devolução imediata dos valores pagos até a sua desistência voluntária:

Circunscrição : 3 – CEILANDIA

Processo : 2009.03.1.022897-3

Vara : 1402 - SEGUNDO JUIZADO ESPECIAL CIVEL DE CEILANDIA

Processo : 2009.03.1.022897-3

Ação : RESTITUIÇÃO

Requerente : ROMULO BEZERRA SILVA

Requerido : MULTIMARCAS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA

SENTENÇA

Dispensado o relatório nos termos do art. 38, "caput", da Lei 9.099/95.

DECIDO.

Dispensado o relatório na forma do que dispõe o art. 38 da Lei nº 9.099/95.

Passo a decidir.

Trata-se de ação de conhecimento, pelo rito da Lei nº 9.099/95, movida por ROMULO BEZERRA SILVA, em desfavor de MULTIMARCAS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA, onde o autor postula a devolução dos valores pagos em contrato de consórcio firmado em 11/01/2008, ante sua desistência voluntária.

Pela análise das provas contidas nos autos, verifica-se que a parte autora tinha conhecimento de que se tratava de contrato de consórcio, mas que após o pagamento da taxa de adesão e da primeira parcela, postulou a desistência do grupo.

Em sua contestação, a ré suscita, em sede preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido, eis que ingressou no sistema jurídico a Lei nº 11.795, de 08/10/2008, em vigor a partir do dia 06/02/2009, dispondo em seus artigos 22, caput, §2º e 30, que o consorciado excluído do grupo, passariam a participar dos sorteios nas assembleias ordinárias e, sendo sorteado, receberia imediatamente os valores pagos, descontadas as taxas e penalidades legais e contratuais.

O pedido não é juridicamente impossível, tanto que comum o pleito de desistentes de grupo de consórcio em buscar a restituição do valor então dispensado.

A matéria levantada é de mérito, e será analisada sob esse prisma. Rejeito a preliminar.

De fato, a Lei nº 11.795, de 08/10/2008, em vigor a partir do dia 06/02/2009, dispõe em seus artigos 22, caput, §2º e 30, que o consorciado excluído do grupo, incluindo-se o desistente, passaria a participar dos sorteios nas assembleias ordinárias e, sendo sorteado, receberia imediatamente os valores pagos, descontadas as taxas e penalidades legais e contratuais.

Por sua disposição, aos que não fossem sorteados, caberia receber o valor pago, como os descontos previstos, após o encerramento do grupo do consórcio.

A novel legislação não se aplica ao caso em espécie, eis que ingressou no ordenamento jurídico após a data da celebração do contrato, o que se deu em 11 de janeiro de 2008, fl. 2.

Todavia, cumpre avaliar como cerne da questão a autoridade das decisões tomadas sobre assuntos de interesse de todos os consorciados em assembleia geral extraordinária, que, no caso, votou pela aplicação imediata da matéria prevista na Lei acima mencionada, ainda que esta não fosse obrigatoriamente aplicável ao grupo em andamento.

Consta do contrato de adesão a previsão de realização de assembleia geral extraordinária para tratar de assuntos pontuais de interesse do grupo. Vejamos, fl. 16:

"Cláusula Trigésima - Compete à assembléia geral extraordinária dos CONSORCIADOS, por proposta do grupo ou da ADMINISTRADORA, deliberar sobre:

(...)

VI - quaisquer outras matérias de interesse do grupo, desde que não colidam com as disposições do regulamento geral do consórcio e com este instrumento."

As decisões tomadas em assembléia geral extraordinária, devidamente convocada para a votação de assunto específico, são dotadas de soberania e vinculam a todos os participantes do grupo, ainda que um ou outro consorciado não tenha se feito presente à reunião.

Ocorre que, em 13/05/2009, foi realizada assembléia geral extraordinária do grupo N-934 (grupo do autor, fl. 13) tendo como objetivo a aplicação ao grupo da matéria disciplinada na nova lei, considerando que o interesse do grupo prevalece sobre os dos consorciado de forma isolada.

Na referida assembléia foi informado que, uma vez aprovada a proposta pela maioria dos presentes, os consorciados excluídos, ainda que por desistência voluntária, passariam a participar de sorteios mensais nas assembléias ordinárias do grupo, e aqueles que fossem contemplados nos referidos sorteios, receberiam de volta, de imediato, os valores pagos, após descontadas as taxas e as multas pecuniárias previstas no contrato. Àqueles que não fossem sorteados, caberia o recebimento dos referidos valores após o término do grupo (fl. 24).

Dentre outros dispositivos regulamentares para a aplicação da nova lei ao grupo consorcial do autor, foi posto em votação que, após realizadas as contemplações dos consorciados ativos, o representante da administradora realizará as contemplações dos consorciados excluídos, utilizando-se da mesma sistemática utilizada para as contemplações dos consorciados ativos (fl. 27).

Ao final, após os esclarecimentos das questões colocadas em discussão e das dúvidas dos consorciados presentes, o Representante da administradora e presidente da mesa diretora da assembléia colocou em votação as matérias tratadas e os consorciados presentes votaram e aprovaram a adoção, pelo grupo, das matérias idênticas àquelas tratadas na nova lei, sem nenhuma restrição.

A Ata foi assinada por todos os presentes, em todas as suas folhas, cujo rol de nomes a ela segue anexa.

Assim, no caso em análise, a parte autora se submete não ao disposto na nova Lei nº 11.795/2008, mas às deliberações tomadas pela assembléia geral extraordinária, especialmente convocada para adotar, no grupo do autor, os mesmos dispositivos normativos tratados na referida lei.

E as decisões da assembléia geral extraordinária são dotadas de autoridade, soberanas, e submetem a todos os participantes do grupo respectivo, desde que não confrontem outras normas do ordenamento e princípios de direito, o que não ocorre no caso presente.

Não se está, aqui, esclareça-se, a determinar que o autor aguarde a conclusão do grupo para receber o valor pago, mas sim a determinar que este se submeta às decisões da assembléia geral extraordinária de seu grupo, e participe dos sorteios dos

consoresciados excludidos, na forma disposta na ata de 13 de maio de 2009.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido do autor.

Sem custas. Sem honorários. (artigo 54 e 55, 1ª parte, da Lei nº 9.099/95).

Sentença registrada. Publique-se e intemem-se.

Nada mais havendo, arquivem-se.

Ceilândia - DF, sexta-feira, 18/09/2009 às 17h31.

Joanna D'arc Medeiros Augusto Sartori

Juíza de Direito Substituta

REFERÊNCIAS

ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, *Consórcio – a realidade de um sonho brasileiro*, 2005.

ABAC – Associação Brasileira de Empresas de Consórcio, SINAC – Sindicato Nacional dos administradores de consórcio, *Manual do Sistema de Consórcios*, São Paulo: 1991.

ABRÃO, Carlos Henrique. *Do Consórcio*, 1. ed., GZ Editora, Rio de Janeiro, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed – São Paulo : Saraiva, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (coord.) *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. (...), *Revista dos Tribunais*, ano 1994, fev./2005, vl. 832.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em:
<<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em 21.03.2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 1998.

BATISTA, Joaquim de Almeida. Consórcios: modificações decorrentes do advento do código de defesa do consumidor como obstáculo para o enriquecimento sem causa, a questão do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 25, n. 180, p. 57-72, jan/mar 2001.

BELIVÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10 ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. 4.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, et al. *Código Brasileiro defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. Artigos 29 a 45. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGIOLO, Alessandro. *ConSORZI e società consortili*. Milano: D.A. Giuffrè Editore, 1985.

BOULOS, Daniel Martins. A Autonomia privada, a função social do contrato e o Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELO, Emílio Recamonde. *Benefício Proporcional Diferido na Previdência Complementar*, p. 9. Brasília: MPAS, Secretaria da Previdência Complementar, 2000.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *O Consórcio Imobiliário como Instrumento de Intervenção Urbanística*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. Direitos Básicos: Comentários ao artigo 6º, do CDC. Artigo inserido na obra coletiva "*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*". Coordenação: Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira, 1. ed. São Paulo, Editora Verbatim, 2009.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. A nova cláusula penal nos contratos de consórcio, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 16/94.

_____. Natureza jurídica do grupo de consórcio, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 16/92.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo : Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, 3. ed., V. 3, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito comercial – direito de empresa*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3 (contratos; recuperação de empresas).

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDEIRO, Júlio Maciel. Consórcio: partilha de ideais: a restituição imediata do crédito ao consorciado sobrepõe interesses individuais aos coletivos e viola o contrato entre as partes, *Visão Jurídica*, n. 29, 2008.

DESCARTES, René. *Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3, teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 19 ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*, vol. 4, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

Enciclopédia Saraiva de Direito, Comissão de Redação, vol. 18, 1. ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. Artigo inserido na obra coletiva “*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*”. Coordenação: Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira, 1. ed. São Paulo, Editora Verbatim, 2009.

_____. *Publicidade Abusiva – incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*. cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. *ABC do Consórcio: Teórica e Prática*, 5. ed., Juruá Editora, Curitiba, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 9. ed. – São Paulo : Atlas, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito e, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Fonte Universitária, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*. Tese de livre-docência. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

FREITAS, Aelton José de. Justificativas ao Projeto de Lei do Senado 533, de 2003, que dispõe sobre o Sistema de consórcios no Brasil, discurso feito no Senado Federal em 05.09.2006, publicado no DSF de 06.09.2006, pág. 27999.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles e Comerciales*. Buenos Aires: Ástrea. 1990.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. , v. 3: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 2-19. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do Produto e do Serviço, por qualidade, quantidade e insegurança*. Cumprimento imperfeito do contrato. São Paulo: RT, 2004.

HOLTZ, Sergio Vieira. *Tudo sobre consórcio*. 2. ed. Hermes Editora e Informação Ltda., 1988.

HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2ª reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. Munique: Beck, 1977.

LOPES, Fabiano Ferreira. *Consórcio e Direito: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires: 2006.

_____. *Tratado de los contratos*. 3 v. Buenos Aires e Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999.

MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*. Editora Alfabeto Jurídico. São Paulo, 2003.

_____. Liberdade Contratual. Artigo inserido na obra coletiva “*Cadernos de Direito Civil Constitucional*”, Caderno 2, coordenação Renan Lotufo.

_____. O contrato de consórcio e o direito do consumidor, após a vigência da Lei 11.795/2008. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 70, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999.

_____. A incidência do Princípio da Boa-fé no Período Pré-negocial: Reflexões em torno de uma notícia jornalística. *In: Revista de Direito do Consumidor*. v.4. São Paulo, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 6. ed. Rev. e ampl. V. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da et al. *Direito Constitucional – concursos públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1996.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Contratos no Código Civil*. NETTO, Franciulli; MENDES, Domingos Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (coords.). In: *O Novo Código Civil – Homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006.

NOBRE, Lionel Pimentel. Alguns comentários sobre a nova sistemática de consórcios no Brasil, *Revista dos Tribunais*, ano 86, dez. 1997, vl. 746.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano e SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado: (doutrina e jurisprudência)*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

PAVAM, Patrícia Caldeira. *O Ministério Público e a defesa em juízo do direito individual e homogêneo do trabalhador*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

PRUX, Oscar Ivan. *Qual o momento correto para a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente?* Disponível em: <http://www.paranaonline.com.br/colunistas/235/45813/?postagem=QUAL+O+MOMENTO+CORRETO+PARA+DEVOLUCAO+DAS+PARCELAS+PAGAS+PELO+CONSORCIADO+DESISTENTE>

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. Anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. V.1. São Paulo: RT, 1991.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Momento da devolução das parcelas do consorciado desistente, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 17/99.

RIOS, Dermival Ribeiro. *Dicionário Prático da Língua Portuguesa*. São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contrato de consórcio*, n. 1, AJURIS, vol. 40.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. direito material (artigos 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Princípios do direito material do consumidor na Constituição Federal*. Tese de livre docência. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, .

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1998.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. 2009. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SERRA, Yves et Jean Calais Auloy. *Concurrence et Consommation*. Editora Dalloz. Paris. 1994.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula Geral de Boa-fé nos Contratos de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulo Jurídico*, vol. 1, 12. ed, Editora Forense.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor*. Um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Objetivos, princípios e deveres da política nacional das relações de consumo: a interpretação do artigo 4º do CDC. Artigo inserido na obra coletiva “*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*”. Coordenação: Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira, 1. ed. São Paulo, Editora Verbatim, 2009.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Responsabilidades Contratuais em face do ato declaratório n. 1 da SRF/MF, *Doutrina em Consórcio*, ABAEC, Editora Hermes.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. in *Revista de Direito do Consumidor*. v. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual, in: *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

_____. *Direitos do Consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. v. II. São Paulo: Atlas, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Responsabilidade do controlador, dos sócios e dos administradores de empresas de consórcios: sua apreciação à luz do direito do consumidor, *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 36, n. 106, p. 48/52, abr./jun., 1997.

VIEIRA, Luís Antonio. *Os princípios Jurídicos como “Calibradores” Das Relações Contratuais de Consumo*. Tese (Mestrado em Direito). PUC/SP, São Paulo, 2007.