

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL

**AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS CONTRATOS DE ADESÃO:
A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Acadêmica: FERNANDA STEINER SCHROEDER

Orientadora: Prof^a LEILANE ZAVARIZI DA ROSA

Florianópolis, julho de 1996.

Que seja para o mundo (...) o sinal para que os homens se ergam e quebrem os grilhões que a ignorância e superstição religiosa os levam a carregar, e assumam a felicidade e a segurança do autogoverno.

(Thomas Jefferson)

Este trabalho é dedicado à

minha família

fonte eterna de todo respeito,

amor, carinho e amizade.

AGRADECIMENTOS

À Professora Leilane Zavarizi da Rosa por seu apoio e dedicação;
à minha mãe pelo auxílio na parte metodológica;
à amiga Carolina, pela revisão;
ao Professor Márcio Campos pelo incentivo;
aos amigos e colegas de classe pela ajuda.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
I - CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS.....	4
1.1. A concepção tradicional.....	4
1.1.1. Origens.....	5
1.1.1.1. O direito canônico.....	5
1.1.1.2. A teoria do direito natural.....	6
1.1.1.3. Teorias de ordem política e a Revolução Francesa.....	6
1.1.1.4. Teorias econômicas e o Liberalismo.....	7
1.1.2. Características principais.....	8
1.1.3. Princípios gerais da teoria dos contratos.....	9
1.1.4. Limites à autonomia da vontade.....	17
1.2. As transformações sociais e jurídicas.....	22
1.3. O surgimento da teoria moderna ou social.....	24
1.3.1. O fenômeno do dirigismo estatal.....	24
1.3.2. O problema dos chamados "contratos de massa".....	26

1.3.3. A reação dos juristas frente as mudanças econômicas, sociais e políticas.....	26
1.3.4. O consumerismo.....	28
1.3.5. A proteção contratual do consumidor anterior ao advento da Lei 8.098/90...	29
II - CAPÍTULO 2 - OS CONTRATOS DE ADESÃO.....	32
2.1. Noções preliminares.....	32
2.1.1. Contratos de massa.....	32
2.1.1.1. As condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais segundo Cláudia Lima Marques.....	35
a) Conceituação e descrição do fenômeno.....	35
b) Características principais.....	35
c) Inclusão das condições gerais nos contratos.....	37
d) A aceitação das CONDGs.....	37
e) Interpretação das condições gerais dos contratos.....	39
f) A disciplina das condições gerais dos contratos.....	40
2.1.2. Os contratos coletivos.....	41
2.1.2.1. Contratos normativos ou regulamentares.....	42
2.1.2.2. Contratos-tipo.....	44
2.2. Conceituação.....	44
2.2.1. Generalidades.....	45
2.2.1.1. Contratos paritários e contratos de adesão.....	45
2.2.2. Definições.....	46
2.3. Características.....	48
2.4. Modo de formação.....	52

2.5. Natureza jurídica.....	55
2.5.1. A teoria da interpretação típica e da declaração típica.....	56
2.5.2. A teoria da relação contratual fática, do comportamento social típico e do negócio de atuação.....	57
2.5.3. A teoria do poder normativo da empresa.....	58
2.5.4. A teoria do uso normativo.....	58
2.6. Disciplina legal.....	59
2.7. Interpretação.....	61
2.8. Modalidades de Contratos de Adesão segundo o CDC.....	62

III - CAPÍTULO 3: A NOVA CONCEPÇÃO DE CONTRATO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1. A teoria moderna ou social.....	65
3.1.1. A transformação dos contratos e a necessidade do surgimento de uma nova teoria contratual.....	65
3.1.2. A nova concepção social do contrato.....	66
3.1.3. A função social dos contratos.....	67
3.1.4. Força vinculativa dos contratos, segundo o prof. Fernando Noronha.....	68
3.1.5. Os princípios fundamentais do contrato segundo a teoria moderna.....	69
3.2. O Código de Defesa do Consumidor como consequência da nova teoria contratual.....	88
3.2.1. A normatização dos princípios contratuais da teoria moderna no Código de Defesa do Consumidor.....	88
3.2.2. A proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor.....	97

3.2.2.1. Dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato ou dever de informar (art. 46, 1a. parte).....	98
3.2.2.2. Dever de redação clara dos contratos (art. 46, 2a. parte).....	100
3.2.2.3. Interpretação pró-consumidor (art. 47).....	101
3.2.2.4. A nova visão de oferta: informações e pré-contratos (arts. 30 e 48).....	104
3.2.2.5. Direito de Arrependimento do consumidor (art. 49).....	106
 IV - CAPÍTULO 4: AS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	 109
4.1. Generalidades.....	109
4.2. Características.....	110
4.3. O combate às cláusulas abusivas.....	115
4.3.1. Controle judicial das cláusulas abusivas, segundo Cláudia Lima Marques...	115
4.3.2. A nulidade das cláusulas abusivas.....	116
4.3.3. Autorização excepcional de modificação de cláusulas, segundo Cláudia Lima Marques.....	116
4.4. Lista única de cláusulas abusivas.....	119
4.4.1. A lista única do art. 51 na visão de Fábio Ulhoa Coelho.....	119
4.4.2. A lista única do art. 51 na visão de Cláudia Lima Marques.....	120
4.4.3. A lista de cláusulas abusivas assim considerada pelo CDC.....	121
4.4.3.1. Proibição de cláusulas que limitem os novos direitos do consumidor.....	121
4.4.3.2. Proibição de cláusulas surpresa.....	125
4.4.3.3. Proibição de cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o	

fornecedor.....	127
4.4.3.2. A norma geral do inciso IV do art. 51.....	129
4.4.4. As cláusulas abusivas identificadas pela jurisprudência.....	131
4.4.4.1. Cláusulas de exclusão de responsabilidade contratual e extracontratual.....	131
4.4.4.2. Cláusula de decaimento ou perda das prestações pagas.....	134
4.4.4.3. Cláusula penal clássica.....	135
4.4.4.4. Cláusulas que limitam acesso à justiça.....	137
4.4.4.5. Cláusulas-mandato.....	137
4.4.4.6. Cláusulas atípicas de remuneração.....	139
4.5. As cláusulas abusivas e os contratos de adesão.....	141
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 142
 BIBLIOGRAFIA.....	 146

INTRODUÇÃO

Inegável o fato que, atualmente, o Brasil ocupa uma posição de destaque na proteção ao consumidor. Com o advento da Lei n. 8.078 de 11.09.90, transformou-se no primeiro país do mundo a ter um Código de Defesa do Consumidor, concebido como uma lei geral englobando todos os grandes temas que integram o Direito do Consumidor.

Se no referido Código as situações pré-contratuais mereceram atenção, maior cuidado ainda se tomou na esfera do contrato de consumo propriamente dito. Produziu-se aqui, verdadeira revolução no Direito brasileiro, carente de qualquer norma que garantisse, efetivamente, o equilíbrio contratual entre consumidor¹ e fornecedor².

No Capítulo da Lei dedicado à proteção contratual do consumidor, cuidou-se em partes distintas das cláusulas contratuais abusivas (em geral) e dos contratos de adesão (em particular), separando, em secções diferentes, o controle da injustiça das cláusulas em qualquer tipo de contrato do seu regramento nos contratos de adesão.

¹ Para este trabalho adoto a definição ditada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, segundo qual é consumidor, *"toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."*

² Do mesmo modo, para conceituar fornecedor valho-me da definição legal do art. 3º do mesmo diploma legal: *"toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entres despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição e comercialização de produtos ou prestação de serviços."*

Tendo como base esta divisão, o presente trabalho tem como objetivo fazer um apanhado dos estudos desenvolvidos por diversos autores sobre a proteção contratual constante do CDC, partindo da análise das Cláusulas Abusivas e dos Contratos de Adesão. A partir destas referências, o Código de Defesa do Consumidor é categorizado como inovação e explicado como resultado de uma evolução teórica e doutrinária do direito como ciência.

Trata-se de pesquisa exploratória, tendo por finalidade desenvolver, esclarecer e transcrever conceitos e idéias, com vistas na formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores.

Esta pesquisa foi subsidiada, na sua maior parte por fontes ditas secundárias: doutrina e jurisprudência. A Legislação, que constitui fonte primária ou documento direito também foi largamente utilizada.

No Primeiro Capítulo busco fazer uma retrospectiva histórica da teoria dos contratos a partir da análise dos princípios clássicos que nortearam as primeiras positivações neste sentido, entre elas o nosso Código Civil de 1917.

Ainda dentro desse Capítulo, procurei descrever os acontecimentos políticos, sociais e econômicos que determinaram importantes mudanças na prática dos contratos. Sob essa ótica procuro ressaltar o quanto os princípios clássicos se distanciaram das novas aspirações da sociedade de consumo e as saídas alternativas apontadas pela jurisprudência e pela doutrina na tentativa de adequar àquela velha teoria as novas necessidades.

O Segundo Capítulo é o estudo de um fenômeno determinante nas mudanças que estavam ocorrendo e as quais me refiro no Capítulo Primeiro, quer seja, a prática cada vez mais difundida dos Contratos de Adesão.

Procuro delimitar o tema, considerando-o como manifestação jurídica contratual, caminhando desde os primórdios dessa espécie até o tratamento dado pelas normas constantes do Código de Defesa do Consumidor.

Já o Terceiro Capítulo começa com a exposição doutrinária da chamada teoria social dos contratos, teoria esta que nasceu da necessidade de adequação entre a teoria dos contratos (baseada numa concepção clássica e individualista) e a realidade sócio-econômica.

Na segunda parte desse Capítulo, procuro destacar os princípios da teoria social que foram positivados pelo referido Código. Sob este aspecto vislumbro a sua natureza cogente e o fato de ser este um Código eminentemente de princípios; características estas que mais uma vez demonstram o total comprometimento da legislação com a idéia básica de atenuar as desconcertantes desigualdades entre as partes geradas pela ordem econômica liberal, que é a aspiração maior da nova teoria dos contratos.

Ainda dentro de teoria social (que tenta buscar o equilíbrio das relações contratuais na proteção do economicamente débil, ou seja o consumidor), o Quarto Capítulo procura destacar a problemática das Cláusulas Abusivas, tanto dentro como fora dos Contratos de Adesão.

Sob este prisma o Código apresenta-se como um conjunto de normas imperativas que visam garantir o consumidor quando da execução do contrato, ou seja, após a formação do vínculo.

Nesse Capítulo é que se faz extremamente importante a observação acerca do tratamento jurisprudencial dado a aquelas cláusulas, afim de observarmos de perto qual o verdadeiro alcance das normas de proteção dentro da sociedade brasileira.

I - CAPÍTULO 1: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS

No entender do Professor Fernando Noronha, existem hoje duas concepções a respeito do Direito dos Contratos: *"uma, a que poderia se chamar de clássica ou liberal, e outra, a que poderia ser denominada de moderna, ou social."*³ (o grifo é do autor)

Esta divisão também é adotada por mim para orientar a estrutura deste trabalho.

Este Capítulo Primeiro dedica-se à análise histórica da teoria dos contratos, findando com o surgimento da concepção moderna ou social, cuja pormenorização será processada em capítulo apartado, pois entendo que ela deva ser analisada concomitantemente com as inovações trazidas pelas normas contratuais constantes do Código de Defesa do Consumidor.

1.1. A concepção tradicional

Como concepção tradicional ou clássica entende-se aquela que herdamos do século XIX, que foi o período das grandes codificações e uma era de grandes construções doutrinárias. Foi esta doutrina que inspirou o Código Civil Brasileiro de 1917.

³ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 41.

1.1.1. Origens:

A concepção tradicional formou-se em conseqüência da confluência de uma série de correntes de pensamentos, e está intimamente ligada à idéia de autonomia da vontade, eis porque, segundo Cláudia Lima Marques⁴, é possível identificar suas origens analisando a evolução deste dogma basilar do direito. Assim, adotando a autora a doutrina francesa, divide em quatro as principais origens da doutrina da autonomia da vontade no direito:

1.1.1.1. O direito canônico:

Contribuiu ao defender a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana. Orlando Gomes⁵, quando se refere ao direito canônico, ressalta que os canonistas atribuíram relevância para o *consenso* e para a *fé jurada*. E, valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. O apego ao consenso queria dizer que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e, para criá-la, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra empenhada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico, isto somado ao dever de veracidade justificam a necessidade de cumprimento das obrigações que foram pactuadas. Neste ínterim foi necessária a adoção de certas regras jurídicas que assegurassem esta força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes. Assim, livre do formalismo excessivo do direito romano, o contrato se estabelece como um instrumento abstrato e uma categoria jurídica.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

⁵ GOMES, Orlando. Contratos. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

1.1.1.2. A teoria do direito natural:

A Escola do direito natural, racionalista e individualista, deu a base teórico-filosófica mais importante para a formação dos dogmas da concepção clássica: a autonomia da vontade e a liberdade contratual, ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes.

À luz do direito natural, especialmente devido às idéias de Kant, a pessoa humana tornou-se um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza. A vontade interna, manifestada sem vícios, constituiu-se como a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações daí resultantes.

Os pandectistas do século XIX, ao sistematizarem a ciência do direito e os conceitos jurídicos, basearam-se na ética da liberdade e do dever de Kant. É neste direito natural que encontramos a base do dogma da *liberdade contratual*, uma vez que a liberdade de contratar seria uma das liberdades naturais do homem, liberdade esta que só poderia ser restringida pela vontade do próprio homem, bandeira levantada com ardor pela burguesia. Porém não só as teorias ético-jurídicas tiveram influência na formação da concepção clássica do contrato, como também as teorias de ordem política e econômica, que ajudaram a moldá-la.

1.1.1.3. Teorias de ordem política e a Revolução Francesa:

A Revolução Francesa representou um marco para o nascimento do direito moderno. Aqui cabe destacar a influência que a famosa *teoria do contrato social* de Rousseau exerceu sobre o direito contratual. De acordo com esta teoria, o contrato seria a base da sociedade politicamente organizada, isto é, o Estado. Reencontramos então o

dogma da livre vontade do homem, porquanto a autoridade estatal tem seu fundamento no consentimento dos cidadãos / sujeitos de direito. As suas vontades se unem, através de um contrato, para formar a sociedade, o Estado como hoje o conhecemos.

É importante perceber que aqui está presente a idéia de renúncia à parte da liberdade individual e esta renúncia é a própria expressão do valor da vontade. Sendo assim, o contrato não é só fonte de obrigações entre os indivíduos, ele é toda a base da autoridade. Quando o Estado retira sua autoridade de um contrato, a lei estatal encontra aí a sua base. O contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, é o direito que vale porque deriva de um contrato. E o contrato possui a base, a legitimidade essencial na vontade dos cidadãos. A teoria do contrato social conduz à idéia de importância da vontade do homem.

A maior realização da Revolução Francesa, o Código Civil Francês de 1804, elaborado na época de Napoleão, conjuga as influências individualistas e voluntaristas da época com as idéias do Direito Natural Moderno. Como marco da história do direito, esta codificação, que influenciou grande parte dos ordenamentos jurídicos do mundo (inclusive o nosso), coloca como valor supremo de seu sistema contratual a autonomia da vontade, afirmando, em seu art. 1.134, que as convenções legalmente firmadas têm lugar das leis para aqueles que a fizeram. É uma visão extremamente voluntarista do direito contratual.

1.1.1.4. Teorias econômicas e o Liberalismo:

As teorias econômicas do século XVIII, em resposta ao corporativismo e as limitações impostas pela Igreja Católica, propõem a liberdade como regra universal.

Para essas teorias, é basicamente necessária a livre movimentação das riquezas na sociedade. E, uma vez sendo o contrato o instrumento colocado à disposição pelo direito para que esta modificação aconteça, defendem a necessidade da liberdade contratual.

Acreditava-se, à época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, por isto era tão necessário que fosse assegurada a liberdade contratual.

Também evoluiu-se para considerar o contrato menos um instrumento de troca de objetos, mas uma troca de valores, pois o contrato visaria também a indicar o valor de mercado de cada objeto cedido (ou, economicamente falando, sua "utilidade"). Mas não se distinguia se o objeto do contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário: tratava-se do mesmo modo a venda de um jornal, de um apartamento, de ações ou de uma empresa.

O liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, permitiram fazer do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica, assim, o contrato surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social.

1.1.2. Características principais:

Para esta concepção, é a vontade dos contraentes, tanto declarada quanto interna, que é o elemento principal do contrato. A vontade representa não só a *genesis*, como a legitimação do contrato e seu poder vinculante e obrigatório. Deriva daí a concentração da Doutrina e da Jurisprudência no problema da realização desta autonomia da vontade.

Para a ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito dos Contratos e, neste sentido, a função da ciência do direito será a de proteger a vontade criadora e assegurar os efeitos queridos pelas partes contratantes. A tutela jurídica deveria se limitar a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias

através dos contratos, pressupondo a existência de uma igualdade e liberdade no momento de contrair uma obrigação, e assegurar os efeitos queridos pelos contratantes.

São elementos básicos para caracterização da concepção tradicional do contrato, segundo Cláudia Lima Marques: "(1) vontade (2) indivíduo (3) livre (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito."⁶

1.1.3. Princípios gerais da teoria dos contratos:

Segundo o Prof. Fernando Noronha, a concepção clássica dos contratos teria sua base em dois princípios fundamentais: o da *liberdade contratual* e o da *vinculatividade do contrato* ou da sua *intangibilidade*. Estes dois princípios, no fundo, são considerados pelo autor corolários do famoso *princípio da autonomia da vontade*, "segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido."⁷

A liberdade contratual seria um somatório de várias liberdades: "a liberdade de contratar ou deixar de contratar, a de eleger as pessoas com quem se contratar, a de determinar o contrato a ser celebrado, típico ou atípico, a de negociar o seu conteúdo e, por último, a de adotar a forma, verbal ou escrita, tida por mais conveniente."⁸ Já a obrigatoriedade do contrato consistiria na vinculação das partes ao estipulado, ficando elas unidas ao seu cumprimento, sob pena de sanções previstas para a hipótese. Neste respeito, diz-se que o contrato é lei entre as partes e invoca-se a máxima *pacta sunt servanda*⁹, pois

⁶ MARQUES, op. cit. p. 28.

⁷ id. ibid. p. 42-3.

⁸ id. ibid. p. 42.

⁹ *Pacta sunt servanda*: Locução latina que significa "os pactos não de se cumprir". Tal máxima jurídica foi estabelecida pelo direito canônico, com caráter espiritualista: *Pacta quantum cumque muda, servanda sunt*. Pelo princípio entende-se que os pactos obrigam os contraentes, quaisquer que sejam as circunstâncias em que tenham que ser cumpridos, muito embora atualmente sua rigidez seja atenuada por meio da aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, e da teoria da imprevisão. fonte: Enciclopédia Saraiva do Direito / LIMONGI FRANÇA - São Paulo: Saraiva, 1977. 208v. V.56. p. 416.

aqui há a impossibilidade não só de que as partes alterem o pactuado, como também de que o conteúdo do contrato seja objeto de revisão judicial.

Para Arnold Wald, nesta fase, que é oriunda da reação do liberalismo individualista do século XIX contra as limitações impostas pelo Estado durante a Idade Média, consagrava-se o postulado da liberdade dos homens no plano contratual, caracterizada pela *"onipotência do cidadão na administração e disponibilidade de todos os bens, garantindo amplamente direito de propriedade e a faculdade de contratar com todas as pessoas nas condições e de acordo com as cláusulas que as partes determinassem. Houve, na realidade, uma **mística contratual**, deixando-se ao arbítrio de cada um a decisão de todas as questões econômicas, sem qualquer interferência por parte da sociedade."*¹⁰ (o grifo é do autor)

Segundo Cláudia Lima Marques, na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era considerada a pedra angular do Direito. *"A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual."*¹¹

Na concepção clássica, a função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contratantes. Assim, as regras contratuais deveriam compor apenas *"um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia da vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual."*¹²

¹⁰ WALD, Arnold. *Obrigações e Contratos*. - 11 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988, a Jurisprudência do STJ e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Sewy Glanz. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 152.

¹¹ MARQUES, op. cit. p. 29.

¹² id. ibid. p. 29.

Para a autora, as conseqüências e reflexos da aceitação da doutrina da autonomia da vontade definidos, englobam a *liberdade contratual*, a *força obrigatória dos contratos* e os *vícios de consentimento*.

A *liberdade contratual* caracteriza uma idéia de autonomia da vontade ligada estreitamente com a idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significaria a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que deseja assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito. O dogma da liberdade contratual aparece intrinsecamente ligado à autonomia da vontade, porque, para a visão tradicional, é a vontade que legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto desta vontade criadora. Ambos os dogmas geraram reflexos na teoria contratual tradicional e assim temos o *princípio da liberdade de forma das convenções*, o da *livre estipulação de cláusulas* e a possibilidade de criar *novos tipos de contratos*, não tipificados no Códigos.

Já para Arnold Wald¹³, seguido e citado também pelo Prof. Fernando Noronha¹⁴, a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, podendo revestir o aspecto da liberdade de contratar e o da liberdade contratual. *Liberdade de contratar* é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, refere-se à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a *liberdade contratual* é possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato, importando na fixação das modalidades de sua realização. Seria a liberdade contratual que permitiria a criação dos contratos atípicos, importando na possibilidade para

¹³ WALD, op. cit.

¹⁴ NORONHA, op. cit.

as partes contratantes de derogar as normas supletivas ou dispositivas, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado.

Para Orlando Gomes, o conceito de liberdade de contratar, contido dentro do princípio da autonomia da vontade se apresenta sob tríplice aspecto: a *liberdade de contratar propriamente dita*, a *liberdade de estipular o contrato* e a *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*. Sendo a liberdade de contratar propriamente dita "o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus limites indeclinavelmente." ¹⁵

A liberdade de contratar propriamente dita apresenta duas limitações de caráter geral que sempre confinaram-na: *a ordem pública e os bons costumes*. Entendia-se que as pessoas podem auto-regulamentar seus interesses pelo modo que lhes convenha, contanto que não transponham estes limites. Tais limitações gerais à liberdade de contratar inserta nos Códigos, puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade de conceituá-las "permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante de cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas ou religiosas. Condicionam-se, em síntese, à *organização política e à infra-estrutura ideológica*." ¹⁶ Os contratos que têm causa contrárias a leis de ordem pública e aos bons costumes são nulos.

Claúdia Lima Marques¹⁷ defende que a liberdade contratual encontraria um único obstáculo: as regras imperativas que a lei formula. Sendo que no direito contratual tradicional estas regras são raras e têm como função justamente proteger a vontade dos indivíduos. No mais, as normas legais restringem-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta das vontades das partes e oferecer regras supletivas para o caso dos

¹⁵ GOMES, op. cit. p. 26.

¹⁶ id. ibid. p. 27.

¹⁷ MARQUES, op. cit.

contratantes não desejarem regular eles mesmos determinados pontos da obrigação assumida.

Orlando Gomes ressalta que em matéria contratual as disposições legais, têm, em regra, caráter supletivo ou subsidiário, somente se aplicando "*em caso de silêncio ou carência da vontade das partes*"¹⁸, deixando, portanto, larga margem à vontade dos que agem em sua esfera. A liberdade é usada em maior ou menor extensão, dependendo da vontade das partes, somente quando lhes convém regulá-los de modo diverso é que fazem valer a liberdade que lhes é assegurada. A circunstância de serem supletivas em grande número as regras de Direito Contratual não significa que sua aplicação fica ao arbítrio das partes, se não regulamentaram expressamente certos efeitos do contrato. A omissão determina-lhes a incidência no contrato, aplicando-se obrigatoriamente, supondo que traduzem a vontade das partes.

Se para a concepção clássica do contrato a vontade é o elemento essencial, a fonte, a legitimação do direito contratual e se o homem é livre para manifestar a sua vontade e para aceitar somente as obrigações que a sua vontade cria, fica claro que por traz da teoria da autonomia da vontade existe uma idéia de superioridade da vontade sobre a lei. A própria lei, oriunda do Estado, vai buscar o seu poder vinculante na idéia de um contrato entre todos os indivíduos da sociedade. A *vontade* é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos.

Sob este aspecto situa-se a idéia da *força obrigatória dos contratos*, conseqüência e reflexo da aceitação da autonomia da vontade para Cláudia Lima Marques. Uma vez manifestada a vontade, as partes estarão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações dos quais não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito. A força obrigatória será reconhecida pelo

¹⁸ id. *ibid.* p. 26.

direito e vai se impor frente à tutela jurisdicional. *"Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato, ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato."*¹⁹

Para Carlos Alberto Bittar, a força obrigatória dos contratos afigura-se como um princípio autônomo e no mesmo plano de importância do princípio da autonomia da vontade, denominando-o de princípio da obrigatoriedade dos contratos ou da intangibilidade. Derivado da máxima *pacta sunt servanda*, este princípio impõe às partes o adimplemento e estaria ligado à idéia ética de honra à palavra dada e à segurança necessária ao comércio jurídico. Significaria, portanto, que uma vez empenhada a palavra em torno da operação visada, as partes devem cumprir as obrigações assumidas e exatamente na satisfação dos interesses postos na contratação. *"Diz-se que é imutável, ou intangível, o contrato em seu conteúdo conferindo-se-lhe o condão de irretratabilidade, a subjugar as partes à execução nos termos fixados no acordo."*²⁰

Orlando Gomes também adota o *princípio da força obrigatória* como decorrência do princípio da autonomia da vontade, também consubstanciado na regra do princípio que o contrato é lei entre as partes. *"Celebrado que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos."*²¹ O contrato obrigará os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias que tenha que ser cumprido, uma vez estipulada a validade do seu conteúdo, os direitos e obrigações definidos para as partes têm

¹⁹ MARQUES op. cit. p. 38.

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 5v. V.1. p. 456.

²¹ GOMES, op. cit. p. 38.

força obrigatória, diz-se assim que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Neste caso,

nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas que somente se permitem mediante o concurso voluntário. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria um vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.²²

O *princípio da intangibilidade* do conteúdo dos contratos significaria a impossibilidade de revisão pelo juiz, ou de liberação por ato seu. As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrerem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de se realizar-se para a decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo. O autor considera que a força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico.

O *princípio da obrigatoriedade do contrato*, em conjunto com o princípio da autonomia da vontade formam, para Fernando Noronha²³, a base da concepção clássica dos contratos, como já mencionado anteriormente.

Para Maria Helena Diniz, a *obrigatoriedade da convenção* significa que as estipulações feitas serão fielmente cumpridas, de acordo com a máxima *pacta sunt servanda*, sob pena de execução patrimonial do inadimplente. A idéia de auto-regulamentação dos interesses dos contratantes está baseada no princípio da autonomia da vontade, "*sucedee da necessidade social de proteger a confiança de cada um deles na observância da avença estipulada, ou melhor, na subordinação à lex contractus.*"²⁴ O contrato é considerado intangível, a menos que ambas as partes o rescindam

²² id. *ibid.* p. 38.

²³ NORONHA, *op. cit.*

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1984. 6v. V.3. p. 30.

voluntariamente ou haja escusa por caso fortuito ou força maior (CC, art. 1.058, parágrafo único). Se os contratantes ajustaram os termos do negócio jurídico contratual, não se poderá alterar o seu conteúdo, nem mesmo judicialmente, qualquer que seja o motivo alegado por uma das partes, e o inadimplemento do avençado autoriza o credor a executar o patrimônio do devedor por meio do Poder Judiciário, desde que, como já mencionado, não tenha havido força maior ou caso fortuito.

Do dogma da autonomia da vontade, como elemento criador das relações contratuais, retira-se o postulado de que só a vontade livre e consciente, manifestada sem influências externas coatoras, deverá ser considerada pelo direito. Aqui, portanto, a base da *teoria dos vícios de consentimento*, presente no Código Civil Brasileiro, nos arts. 86 a 113. Se na formação do contrato a vontade de uma das partes estiver viciada, o negócio jurídico é passível de anulação, deste modo podemos dizer que, mais uma vez, a validade e a eficácia jurídica do contrato dependem novamente da vontade criadora.

E também a escolha, no art. 147, II do CC da figura da anulabilidade rende homenagem à autonomia da vontade, pois, ao contrário da nulidade que deve ser declarada de ofício, a anulabilidade só repercutirá na validade e eficácia do ato se for manifestado o interesse das partes neste sentido e antes da prescrição da ação.

Maria Helena Diniz prevê como causa de dissolução do contrato se o consentimento do contratante se deu por erro, dolo, coação ou simulação. Porém, a nulidade é relativa, caracterizando-se como uma sanção que apenas poderá ser pleiteada pela pessoa a quem a lei protege. Tal contrato subsistirá até o instante de sua anulação, produzindo efeitos durante algum tempo, podendo ainda, serem confirmados ou purificados com o tempo. A nulidade relativa tecnicamente não pode ser incluída entre os modos de dissolução do contrato; para a autora, *"trata-se tão-somente do reconhecimento de que o contrato é*

defeituoso, o que não lhe tira a relevância jurídica, visto que permanecerá eficaz enquanto não se mover ação que decreta tal nulidade, por ter a nulidade relativa efeito ex nunc."²⁵

Ainda em consequência do dogma da autonomia da vontade, cumpre destacar que o consentimento viciado não obriga o indivíduo e o consentimento livre de vícios o obriga de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto e abusivo, na visão tradicional não poderá ele recorrer ao socorro do direito a não ser em casos especialíssimos de lesão. Deste modo, os motivos que levaram os indivíduos a contratar, suas expectativas originais, são irrelevantes.

1.1.4. Limites à autonomia da vontade. A teoria da imprevisão:

Com referência aos casos de lesão acima mencionados, cumpre observar a lição do mestre Arnold Wald, que ensina que há muito tempo o direito estabeleceu limites à autonomia da vontade, através de normas de ordem pública que combatiam a usura e evitavam a lesão. É a cláusula *rebus sic stantibus*²⁶, de acordo com a qual as convenções só deveriam ser obedecidas enquanto as coisas continuassem como estavam por ocasião do contrato. Esta cláusula, que os modernos tratadistas transformaram em teoria da imprevisão, data de fins do século XIX, fruto da "Era da Incerteza", caracterizada pelo choque ocorrido com a derrubada da "ilusão da moeda estável". Naquela época, ainda vivíamos num mundo de segurança, com monarquias com mais de cinco mil anos de vida, de moedas estáveis, ou seja, um ritmo totalmente diferente do que se impôs no século XIX.

²⁵ id. *ibid.* p. 124.

²⁶ Cláusula *rebus sic stantibus*: Expressão latina que é a simplificação, normalmente utilizada, da forma integral *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, cuja tradução livre seria: os contratos que têm trato sucessivo, ou são a termo, ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas. A elaboração teórica da cláusula *rebus sic stantibus* foi obra da escola culta holandesa e tedesca, como movimento científico relevante, da metade do século XVII aos fins do século XVIII. Tal cláusula constitui antiga aspiração que o direito medieval sancionou e as primeiras codificações acolheram; tendo entrado em declínio, ressurgiu, nos tempos atuais, como a moderna teoria da imprevisão. *fonte*: Enciclopédia Saraiva de Direito / LIMONGI FRANÇA op. cit. p. 123-55.

Acreditava-se na estabilidade da moeda, a qual os Estados ainda não tinham dado curso forçado; e ainda, as variações no poder aquisitivo do dinheiro não haviam sido descobertas.

Interessante salientar também que as leis do curso forçado, ressalvadas algumas poucas exceções, estão ligadas às guerras e revoluções. Foram as guerras do final do século XIX (1870) e de 1914-1918 que obrigaram o legislador a estabelecer normas especiais sobre o curso forçado da moeda, proibindo outrossim as cláusulas pelas quais as partes recorriam a outro padrão, que não a moeda, para calcular os seus débitos.

O Código Civil Brasileiro foi, assim como o francês, um código liberal. Porém surgiu numa sociedade de nível econômico pouco adiantado, que ainda ignorava a questão social. O Código fora feito para um mundo estável, com moeda firme, em que os contratos não deveriam sofrer maiores alterações independentemente da vontade das partes. Era ainda o mundo dos fisiocratas, do *laissez-faire*, *laissez-passer*, assim sendo, era evidente que não se preocupasse com o problema da imprevisão. Poucos são os artigos em que fere a questão. O art. 1.059, parágrafo único, limita a responsabilidade aos danos previsíveis, dentro de um sistema que só admitia, em tese, a responsabilidade baseada na culpa. O art. 1.190 permitia a redução do aluguel ou a rescisão do contrato de locação caso a coisa deixasse de servir para o fim a que se destinava, sendo que tal fato poderia ocorrer em virtude de fato previsível ou não. E, por fim, o art 1.250 que permitia excepcionalmente a rescisão do comodato antes do prazo estabelecido, havendo por parte do comodante necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz.

A crise econômica dos anos 30 revolucionou a nossa economia e uma nova legislação veio atender às situações criadas. Assim, a primeira disposição legal a se referir à cláusula *rebus sic standibus* na sua exposição de motivos, o Decreto 19.573 de 07.01.1931, que permitiu a rescisão da locação de funcionário público ou militar, no caso de remoção ou de redução dos seus vencimentos. Importante assinalar que o legislador preferiu à moderna

teoria da imprevisão o recurso à cláusula *rebus sic standibus*. Arnold Wald entende que entre ambas não há porque distinguir, embora haja quem faça tal distinção, pois o legislador reconheceu tratar-se da mesma técnica.

Posteriormente, o Decreto 23.501 de 27.01.1933 (que impôs a nulidade da cláusula ouro), importou em nova invenção do Estado e limitação da autonomia da vontade dos contratantes, reconhecendo a licitude da intervenção estatal nos contratos, mesmo quando em oposição às cláusulas contratuais. Esta nova concepção provocou uma ruptura com o sistema contratual, fazendo com que a lei incluía no contrato cláusulas que as partes não convencionaram ou, ao contrário, considere nulas e não escritas as incluídas pelas partes.

Outro diploma legal importante com referência à teoria da imprevisão é a chamada Lei de Luvas (Decreto 24.150, de 20.04.1934), que previu e regulamentou a renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais. Trata-se, efetivamente, da renovação judicial do contrato de locação em que, não havendo acordo entre as partes, nem motivo considerado justo, pela lei, para que não seja renovado o contrato, o juiz fixa novo aluguel, desde que o locatário preencha certos requisitos. A fixação de novo aluguel depende das condições econômicas e financeiras do momento. O Decreto ainda admite, havendo modificações nas condições econômicas, a revisão, após três anos, das locações em que haja fundo de comércio.

Ainda, por sua vez, a legislação do inquilinato residencial permitiu, em certos casos, o reajustamento dos aluguéis, até um limite legalmente fixado; dependendo tal fixação de arbitramento, em que os peritos devem atender ao novo valor locativo, baseando-se, evidentemente, na variação dos preços, na desvalorização da moeda, ou seja, da modificação das condições existentes.

Para Maria Helena Diniz²⁷, a cláusula *rebus sic stantibus* (a teoria da imprevisão), constitui uma limitação ao princípio *pacta sunt servanda*, ou da obrigatoriedade da convenção, dando ao juiz, excepcionalmente, um poder de revisão sobre os atos negociais, havendo desigualdade superveniente das obrigações contratadas e conseqüente enriquecimento ilícito de um dos contratantes. Contudo, considera a autora, a teoria da imprevisão é uma ressalva ao princípio da imutabilidade dos contratos, de aplicação excepcional e restrita.

Diante de uma legislação especial, posterior ao Código Civil, a doutrina e a jurisprudência têm considerado que é perfeitamente aplicável, no Brasil, a teoria da imprevisão. A Jurisprudência manifestou-se sobre o contrato de empreitada. Tiveram os nossos Tribunais a ocasião de examinar o caráter do art. 1.246 que não permitia o reajustamento de preços em empreitadas, concluindo que tal artigo só se aplicava se as variações de preço fossem normais. Se, porém, o aumento de mão-de-obra ou de material não tivesse sido previsível, admitiam os tribunais brasileiros o reajustamento.

No campo do direito público, não foram mais limitadas as aplicações da teoria da imprevisão. A própria Constituição Federal de 1969 se referia a dois casos de aplicação da referida teoria. Assim é que o art. 167, III, determinava a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão afim de que os concessionários, tendo uma justa remuneração do capital empregado, pudessem atender à necessidade de melhoramentos e expansão desses serviços. Entende-se, pois, que a modificação das condições econômicas ensejaria o reajustamento das tarifas. E também o seu art. 102, § 1º determinava o reajustamento dos proventos da inatividade dos funcionários aposentados, sempre que, por motivos de alteração no poder aquisitivo da moeda, se modificassem os vencimentos dos funcionários em atividade. Este dispositivo foi repetido no art. 40, § 4º da Constituição de 1988.

²⁷ DINIZ, op. cit.

Leis especiais permitiram que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e os agentes do Sistema Financeiro da Habitação fizessem contratos, cujas prestações deveriam variar de acordo com os índices de preços de mercadorias ou de custo de vida. Por outro lado, a União foi autorizada (por lei especial) a emitir obrigações, cujo valor era reajustável de acordo com um índice - Obrigações do Tesouro Nacional (OTN). Finalmente, as sucessivas Leis do Inquilinato autorizam as cláusulas de escala móveis nas locações. Existem diplomas legais autorizando a União e vários Estados a incluir nos contratos de empreitada uma cláusula de reajustamento. (Lei 4.370, de 28.7.1964 e Lei 8.666 de 21.6.1993).

No direito de família, enfim, os tribunais têm concedido pensão vinculada aos rendimentos do devedor. No campo da responsabilidade civil, as decisões majoritárias admitem como base de cálculo para a indenização o salário vigente não na época do dano causado, mas no momento que é proferida a sentença e até a data do pagamento. (Súmulas 314, 490 e 563).

Deste modo, diante dos textos expressos no nosso direito e da lição da jurisprudência e da doutrina, não há como deixar de reconhecer a aplicação no direito brasileiro da teoria da imprevisão.

A Constituição Federal de 1988 se referiu a "*reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo*" ao cuidar do salário mínimo (art. 7º, IV); também no art. 201, §§ 2º e 3º, manda reajustar os benefícios previdenciários e salários de contribuição.

A época atual de desequilíbrio econômico não permitia mais que se fizessem contratos a longo prazo. A inflação impedia-nos de utilizar a moeda, sob a ameaça de provocar uma injustiça. À teoria da imprevisão, ou seja, à cláusula *rebus sic stantibus* cabe o honroso e eficiente papel de permitir que, não obstante a insegurança monetária, os homens possam continuar a obedecer os princípios da Justiça.

Da observância do texto legal, Arnold Wald separou, como requisitos necessários à aplicação da teoria da imprevisão: "*a) que o contrato seja bilateral; b) que ocorra um empobrecimento relevante e imprevisível e inevitável de uma das partes contratantes com o correspondente enriquecimento da outra.*"²⁸

A adoção pelo direito brasileiro da teoria da imprevisão, anunciava que estariam havendo algumas modificações na noção de contrato, para que ele pudesse acompanhar os impulsos e vontades da Sociedade Contemporânea.

1.2. As transformações sociais e jurídicas

O período que poderia ser delimitado como de transformação entre a chamada teoria clássica ou tradicional dos contratos e a teoria moderna ou social é um período de grandes transformações históricas tanto na ordem econômica, quanto no âmbito cultural e até mesmo religioso. Todos estes fatores, atuando em conjunto sobre a sociedade impuseram uma série de mudanças estruturais e houve a necessidade de readaptação do direito dos contratos à nova realidade.

De acordo com o Prof. Fernando Noronha²⁹, da mesma forma que o individualismo liberal havia tido por causa fundamental (mas não a única) as transformações sócio-econômicas associadas ao desenvolvimento do capitalismo comercial ou mercantilismo, a partir do século XIX foram as transformações associadas à Revolução Industrial que vão provocar profundas transformações políticas e jurídicas. Das transformações ocorridas, destaca dois fenômenos, por sua repercussão jurídica: a urbanização e a concentração capitalista. Como causa da urbanização considera o crescimento exponencial da população,

²⁸ WALD, op. cit. p. 211.

²⁹ NORONHA, op. cit.

da migração do campo para as cidades, das melhores condições de vida que o desenvolvimento econômico (de base industrial) propicia. Já a progressiva concentração capitalista é essencialmente conseqüência da concorrência econômica e da luta pela competitividade, pela racionalização e por melhores condições de produção e distribuição. A grande resultante de tais fenômenos foi a massificação da sociedade. O fenômeno da massificação foi geral, nas cidades, onde se formaram grandes centros, nas fábricas, com a produção em série, nas comunicações, com os jornais, rádio e, mais tarde, com a televisão. E a conseqüente massificação nos contratos, nas relações de trabalho, com as convenções coletivas, na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar gerada pela responsabilidade coletiva, no processo civil, com as ações coletivas, visando a tutela de interesses difusos ou coletivos, nas relações de consumo, com contratos padronizados e de adesão e até com convenções coletivas de consumo.

O autor vê o fenômeno de massificação dos contratos como uma conseqüência do próprio processo capitalista, caracterizado pela progressiva concentração industrial e comercial, que reduziu o número de empresas no mercado e exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, por razão de reduzir custos e acelerar o ritmo dos negócios, simplificassem as suas transações, *"através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais."*³⁰

Tal ocorrências já eram suficientes para impor aos Poderes Públicos preocupações com a população e seus problemas e as demandas desta por justiça sensibilizavam a jurisprudência.

Segundo Orlando Gomes, diversas causas concorreram para uma modificação da noção de contrato.

³⁰ id. *ibid.* p. 72.

A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera de autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual.³¹

1.3. O surgimento da teoria moderna ou social:

1.3.1. O fenômeno do dirigismo estatal:

Um estudo da evolução do direito constitucional no mundo nos revela uma profunda transformação na função Estatal. As Constituições brasileiras de 1934, 1946, 1967, 1969 e posteriormente a de 1988, como nos ensina Arnold Wald ³², já continham referências especiais à função do Estado na ordem econômica e social, fixando os princípios básicos da legislação trabalhista e adotando uma política nacionalista no tocante às minas, à energia hidráulica e aos bancos. Pelo equacionamento nacional dos problemas a economia foi sendo planejada, constatando-se de modo inequívoco a falência do liberalismo econômico e procurando-se uma conciliação do liberalismo político com o dirigismo econômico.

A necessidade de maiores recursos para o Estado, a fim de atender às suas novas responsabilidades, a defesa da moeda, pela instauração de seu curso legal e de seu curso forçado, a defesa nacional no plano econômico, a proteção dos elementos fracos, a necessidade de impedir o aparecimento de interesses privados que pudessem entrar em choque com o interesse público, fazendo surgir o contrato publicidade, o contrato dirigido, o contrato forçado, os contratos de adesão e o contrato evolutivo.³³

Tamanha intervenção do Estado na realidade funcionou como um meio de assegurar a manutenção do regime democrático, tendo como maior desafio ele mesmo, ou seja, a

³¹ GOMES, op. cit. p. 8.

³² WALD, op. cit.

³³ id. ibid. p. 157.

tarefa de conciliar a democracia política com as aspirações sociais, a concentração econômica e o desenvolvimento tecnológico.

A base deste posicionamento, segundo Carlos Alberto Bittar, acha-se na noção de busca de justiça social,

evitando-se a prática de abusos no relacionamento privado, na defesa dos economicamente mais fracos e de interesses outros da coletividade, em especial de ordem econômica, tendo o Estado se utilizado, de início, dos denominados corretivos sociais, ou regras de consecução da justiça distributiva, para depois imiscuir-se na própria condução do processo, ou mesmo em seu controle, ou em sua fiscalização.³⁴

O neoliberalismo, como ressalta o mesmo autor, introduziu no mundo ocidental a intervenção supletiva do Estado, afetando profundamente o plano da contratação privada, ora submetida a princípios e a regras em que se denota a preocupação com os aspectos econômicos e sociais, *"se procura alcançar o equilíbrio ante as desigualdades entre entidades, categorias e pessoas, e se busca uma socialização na atividade de normatização e de solução de conflitos com a inserção de mecanismos característicos, de controle, de cunho moral, jurídico-econômicos e jurídico-processuais, a par da edição de leis gerais de planejamento e de direcionamento da economia."*³⁵

Este fenômeno foi uma decorrência da formação de grandes grupos econômicos, com cuja concentração se obteve a reunião de largo poder de imposição de regras à contratação, submetendo os demais contratantes à respectiva vontade, dando origem às transformações operadas nas técnicas de negociação e de formalização dos acordos de vontades tendentes à realização das operações normais da vida comercial privada.

Assim tem-se, no atual estágio da economia,

divisão do mercado entre Estado e empresas, nacionais e multinacionais, comerciais ou civis, com esquemas centrais de controle através de órgãos ligados ao Executivo (Conselhos, Centros, Institutos e outros), a que se confere o poder de regulamentação, do qual extenso elenco normativo-administrativo decorre, a influenciar os contratos privados (como as normas

³⁴ BITTAR, op. cit. p. 462.

³⁵ id. ibid. p. 462.

regulamentares do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários, do Conselho Nacional de Direito Autoral, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, da Superintendência de Seguros privados, do Conselho Nacional de Informática e outros tantos). De outro lado, das grandes concentrações de empresas de vários setores - bancário, industrial, de prestação de serviços, de espetáculos e outros - defluem, dado o seu poder impositivo decorrente da força econômica que detêm, as denominadas condições gerais de contrato (ou cláusulas gerais), predeterminadas e dispostas em instrumentos impressos e que constituem ora regras imperantes nos negócios que realizam e com respeito aos quais o outro contrato não dispõe de possibilidade de discussão, limitando-se a elas aderir, surgindo daí os chamados contratos de adesão (e que impedem, em verdade, a justiça na contratação correspondente, ante a predisposição de cláusulas favoráveis à posição do disponente, e que têm exigido a adoção de mecanismos judiciais e administrativos de controle, em leis e codificações de defesa do consumidor.³⁶

1.3.2. O problema dos chamados "*contratos de massa*":

A contratação de massa modificou por completo o esquema contratual, com a instituição de medidas próprias de proteção ao consumidor, reduzindo-se a esfera de abrangência da vontade particular.

Pela relevância deste fenômeno face à teoria contratual, ele é objeto de estudo individualizado no Capítulo Segundo deste trabalho.

1.3.3. A reação dos juristas frente as mudanças econômicas, sociais e políticas:

Diante deste quadro novo que se delineava, economistas e políticos abandonaram por vez a idéia de que o exagerado individualismo era a receita para a felicidade geral. Porém, como ensina o prof. Fernando Noronha:

Os juristas, porém, por muitos e muitos decênios mais, continuaram apegados ao princípio da autonomia da vontade, continuaram sustentando que cada contrato celebrado era lei entre as partes, por isto só podendo ser objeto de um exame, digamos, externo (capacidade dos contraentes, formalismo, possibilidade, licitude....), mas nunca questionado, nem sequer pelos juizes, no seu conteúdo, no conjunto de direitos e de obrigações atribuídos a cada uma das partes.³⁷

Nos livros ainda ensinava-se a concepção clássica do contrato, insistindo que resultava de um processo iniciado por negociações preliminares, incluindo propostas,

³⁶ id. *ibid.* p. 463.

³⁷ NORONHA, *op. cit.* p. 69.

discussão delas, etc., até que as partes, livre e iguais, alcançassem o acordo. A realidade, porém, era bem outra, o contrato havia se transformado, "*nas suas funções e até no seu conteúdo*"³⁸.

Poderia parecer simples conservadorismo mas, segundo nos diz o Professor, não o era. É porque o contrato tradicional ainda continuou, por algum tempo mais, atendendo satisfatoriamente as necessidades sociais. Realmente, só quando o fenômeno da massificação chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de reaver as concepções. Se o movimento em prol da defesa dos direitos do consumidor, como ressalta o autor, não acompanhou cronologicamente o movimento em prol do sufrágio universal, é porque a massificação no âmbito jurídico, também chegou mais tarde: a massificação política já era patente no século XIX; a massificação das relações contratuais apenas começou a ser detectada na virada do século e só assumiu características de situação dominante na era pós-Segunda Guerra Mundial.

Na democracia do século XIX, sem o sufrágio universal, todos eram considerados iguais perante a lei, mas só alguns, aqueles que tinham poder, eram ouvidos - e conseguiram impor a sua vontade a todos os cidadãos, do alto de governos e parlamentos. De forma semelhante, nos contratos deste século XX, todos são considerados iguais perante a lei, mas só os poderosos fazem ouvir a sua voz - e impõe-na, determinando unilateralmente os termos em que se admitem contratar com a massa de clientes. Circunstancialismo semelhante, efeitos semelhantes: o fenômeno da massificação política produziu, já no século XIX, o surgimento dos "partidos de massas" e o movimento em prol do sufrágio universal; o fenômeno da massificação econômica em geral, e da contratual, em especial, está produzindo, em nossos dias, os movimentos de defesa do consumidor e, integrada nestes, a luta para que sejam sancionadas as cláusulas abusivas.³⁹

O fenômeno da contratação evolui a ponto de alterar profundamente o quadro conceitual até aqui delineado. Tal movimento evolutivo não se caracteriza somente pelo aparecimento de numerosas inovações técnicas, nem pelos novos princípios jurídicos que tentam justificar a direção e o controle da economia pelo Estado. Dirige-se no sentido de

³⁸ id. ibid. p. 75.

³⁹ id. ibid. p. 72.

uma reconstrução do próprio sistema contratual, orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia da autonomia privada e admitir que além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo. Disciplinados por uma legislação avulsa que abandonou a postura tradicional do Código Civil, a nova concepção atenta para o novo dado de que, em virtude da política intervencionista do Estado hodierno, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes.

Na concepção tradicional do contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais. Porém, na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação de massa, ou estandarizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Aliás, elas dominam quase todos os setores da vida privada onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes.

A preocupação em tutelar os interesses dos que adquirem e se utilizam de produtos ou serviços oferecidos em grande escala ao mercado assinala o nascimento do consumerismo.

1.3.4. O consumerismo:

Segundo já demonstrado, a consideração dos interesses dos consumidores, na disciplina jurídica da economia, corresponde a necessidades de desenvolvimento do capitalismo em sua fase superior, ou, como afirma Fábio Ulhoa Coelho,⁴⁰ monopolística.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

Esta fase se caracteriza por, de um lado, o excedente social já propiciar a socialização dos custos do implemento qualitativo da produção, criando as condições materiais para o surgimento da disciplina correspondente. De outro, o regramento deste mecanismo de socialização é indispensável ao cálculo empresarial dos investimentos em pesquisa tecnológica, que exigem crescentemente maiores aportes. Além disto, o reconhecimento jurídico de direitos dos consumidores redundava em mais um fator de preponderância da grande empresa monopolística ou oligopolística sobre as de médio e pequeno porte.

1.3.5. A proteção contratual do consumidor anterior ao advento da Lei nº 8.078/90:

No período antecedente ao Código de Defesa dos Consumidores o direito nacional oferecia ao consumidor apenas normas esparsas de tutela direta dos seus interesses, por vezes meras referências implícitas a estes interesses. Nosso direito encontra-se um tanto atrasado em relação à tendência mundial, de quase três décadas, no sentido de tratar de forma mais abrangente a questão.

Com relação ao direito civil, no período anterior à vigência do Código, o direito brasileiro oferecia ao consumidor uma proteção circunscrita a determinados gêneros de negócios, como a compra e venda de imóveis (Leis nrs. 5.491/64 e 6.766/79) ou comercialização de logiário (Lei n. 7.646/87). A expressiva maioria dos atos jurídicos na relação de consumo permanecia disciplinada pelas normas do Código Civil ou Comercial, inspirados pela noção liberal, que, evidentemente, protegem o fornecedor e não o adquirente de produtos ou serviços.

No campo do direito penal, haviam poucas e isoladas disposições repressivas. O acento em medidas de sanção penal caracteriza, aliás, o estágio inicial da evolução dos direitos do consumidor em muitos países. São deste período as disposições do Código Penal acerca das práticas empresariais perigosas à saúde dos consumidores (arts. 274 a 280)

e os crimes contra a economia popular (Lei n. 1.521/51; art. 65 da Lei n. 4.591/64; art. 77 da Lei n. 6.435/77; arts. 110 e 121 do Dec.-Lei n. 73/66).

Já havia também antes do Código, no direito brasileiro, um conjunto esparso e lacunoso de normas administrativas voltadas à proteção do consumidor de determinados bens. Como exemplo, é de citar o exercício do poder de polícia das várias instâncias governamentais, no controle da qualidade de produtos alimentícios ou farmacêuticos, através principalmente dos serviços da vigilância sanitária. Somente a partir da segunda metade da década de 70, com o surgimento de órgãos especializados (o PROCOM de São Paulo foi criado em 1976), o Poder Público pôde dar início à atuação administrativa com o caráter de promoção do consumidor, através de programas de orientação e conscientização. Com os órgãos especializados, o estado ampliou o âmbito de sua ação, antes limitada à mera repressão administrativa.

Não se pode deixar de citar o caráter indireto de tutela dos consumidores representado por parte das normas de direito industrial e penal econômico, como as que regem a Propriedade Industrial (Lei n. 5.772/71) e as que reprimem a concorrência desleal (Dec.-Lei n. 7.903/45) e do abuso de poder econômico (Lei n. 4.137/62).

A Constituição Federal de 1988 inseriu os direitos do consumidor entre os direitos fundamentais da pessoa e entre os princípios básicos da ordem econômica. Isso demonstra a sua importância para o legislador constituinte, que quis assegurar a proteção dos consumidores brasileiros diante da nova ordem econômica nacional e mundial. É importante destacar o relevo que a atual Constituição imprimiu aos elementos sociais, a impregnar o Direito Privado de valores mais próximos de uma justiça social, refletindo-se essa orientação nos contratos e em outros institutos que se vão distanciando do sentido individualista do liberalismo puro. É nesta oportunidade que pode ser vislumbrada a preocupação com a definição de normas que, em defesa dos economicamente mais fracos,

possam coibir ou sancionar as cláusulas abusivas inseridas em muitos destes contratos pré-elaborados. Além do mais, a proteção do consumidor, elevada ao plano constitucional, criou uma segurança para a interpretação das disposições ordinárias de proteção.

Surgiu, neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor que, juntamente com outras leis esparsas recentemente editadas, têm por objetivo diminuir as lacunas existentes no sistema legislativo, que havia sido concebido ao tempo do Estado liberal, afim de ajustá-lo à nova realidade econômico social da era que vivemos, e sobretudo para adequá-lo à contratação padronizada, desconhecida noutros tempos.

II - CAPÍTULO SEGUNDO: OS CONTRATOS DE ADESÃO

2.1. Noções preliminares

Para alguns autores, o chamado contrato de adesão é gênero da espécie *contratos de massa*, cujo surgimento tive a oportunidade de analisar no capítulo anterior. Para outros, porém, os contratos de adesão, além de receberem a denominação de contratos de massa, ainda se apresentam como verdadeiros contratos coletivos⁴¹. Para melhor situar os contratos de adesão dentro da teoria contratual, analisarei em separado essas duas correntes.

2.1.1. Contratos de massa:

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico, na visão de Cláudia Lima Marques⁴² se despersionalizou, sendo que hoje em dia os métodos de contratação em massa ou

⁴¹ Entenda-se como contrato coletivo *"aquele que não possui natureza contratual, uma vez que não cria direitos e obrigações para os interessados. A função do contrato coletivo é estatuir normas que devem presidir à formação dos contratos individuais subordinados ou determinar alterações no conteúdo dos contratos em curso. Contratos coletivos são, conseqüentemente, acordos normativos nos quais as partes não tem posição de credor e devedor."* VERONA, Dorothee Susanne Rudiger. Contratos coletivos, contratos de Direito Civil e Proteção ao Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 5, jan. - mar., 1993. p. 133.

⁴² MARQUES, op. cit.

estandardizados predominam em quase todas as relações contratuais privadas onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, ou com seus assalariados.

É importante notar que estas novas técnicas contratuais de pré-elaboração unilateral do conteúdo do contrato também são utilizadas por empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos (como por exemplo no fornecimento de água, luz, serviços de transporte, correios, telefonia). Também em matéria de contratos de trabalho as técnicas de contratação de massa são utilizadas. Porém, a análise dos contratos de trabalho escapa a este estudo, que se dedica exclusivamente às relações contratuais entre consumidores e fornecedores de bens ou serviços, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, segundo as definições dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

A prefixação de todo o conteúdo do contrato ou parte dele de maneira unilateral e uniforme por uma das partes contratantes ensejou, por parte dos estudiosos do Direito, a criação de duas expressões para descrever esta realidade.

Segundo a autora, de um lado a doutrina germânica prefere a expressão "condições gerais dos contratos" ou, para o Direito Português, "cláusulas gerais contratuais", de outro, a doutrina francesa, que utiliza a expressão "contratos de adesão".

Note-se que a expressão 'condições gerais dos contratos' enfatiza mais a fase pré-contratual, onde são elaboradas estas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidas ao público contratante, enquanto utilizando a expressão contrato de adesão a doutrina francesa destaca o momento de celebração do contrato, dando ênfase à vontade criadora do contrato, vontade esta que somente adere à vontade já manifestada do outro contratante. Poderíamos chegar à conclusão que os dois conceitos possuem o mesmo conteúdo, visualizado de momentos diferentes. Esta conclusão, porém, é apenas superficial (...)⁴³.

Para Orlando Gomes⁴⁴, conforme o ângulo que seja focalizada, a relação contratual apresenta duplo nome. Se a considerarmos sob o aspecto da formulação das cláusulas por

⁴³ id. *ibid.* p. 42.

⁴⁴ GOMES, *op. cit.*

uma só das partes, recebe a denominação de *condições gerais dos contratos*. Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamada *contrato de adesão*. Porém, considera que estes são apenas momentos cronológicos do mesmo fenômeno, sendo, portanto, uma só a categoria jurídica. Para ele, determinar qual destes momentos ou aspectos é o mais importante sob o ponto de vista dogmático é questão de preferência. Justifica a sua posição dizendo que faltaria sentido prático à formulação de condições gerais para contratos uniformes se não houvesse a possibilidade de concluí-los em número indefinido, enquanto não ingressam no comércio jurídico, tais condições não têm interesse prático ou dogmático; e, por sua vez, o comportamento do cliente que provoca a formação de uma relação concreta só adquire significação particular se implica adesão às condições gerais previamente estatuidas pelo empresário. Considerando por este prisma, a denominação *contrato de adesão* goza de maior aceitação entre nós por causa da influência da doutrina francesa. Porém, também considera que as *condições gerais* podem originar-se de acordo entre as partes, serem a projeção de um regulamento administrativo, ou produto da atividade de terceiro, de sorte que não se confundam necessariamente com os *contratos de adesão*. À esta corrente também se filia Dorothee Susanne Rudiger Verona⁴⁵.

Como já dito, as expressões CONDGs⁴⁶ e Contratos de Adesão não são encaradas como sinônimas por alguns autores, como para Cláudia Lima Marques. Porém, a primeira é mais ampla, podendo englobar os próprios contratos de adesão, os contratos com formulários impressos, contratos-modelo e contratos autorizados ou ditados pelo Poder Público, pois estes também são compostos de cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores.

⁴⁵ VERONA, op. cit.

⁴⁶ Condições Gerais dos Contratos.

Este estudo analisará as duas correntes, para poder cumprir o seu objetivo de caracterizar as modernas técnicas de contratação de massa para analisar profundamente o fenômeno do contrato de adesão em sua essência.

2.1.1.1. As condições gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais segundo Cláudia Lima Marques⁴⁷ :

a) Conceituação e descrição do fenômeno: Historicamente, o fenômeno da pré-elaboração unilateral das CONDGs é inerente à sociedade industrializada. Hoje, na prática, existem quase que exclusivamente contratos sobre o conteúdo, a exceção do objeto e do preço, já que são determinados em CONDGs ou contratos formulário. Também, às vezes, condutas sociais típicas na sociedade vão indicar o fechamento de um contrato e a aceitação de determinadas cláusulas gerais, como por exemplo, ao embarcar em um ônibus, fecha-se um contrato submetido a determinadas condições gerais ou condições de utilização afixadas em um lugar visível para o consumidor.

Entende-se como contratos submetidos a condições gerais aqueles contratos, escritos ou não, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico. É aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua elaboração. Trata-se de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos.

b) Características principais: Segundo a doutrina europeia, adotada pela autora, as características principais da noção de CONDG são:

⁴⁷ MARQUES, op. cit.

1. São cláusulas ou condições de um contrato, independente do tipo de contrato. Mesmo os negócios jurídicos unilaterais dirigidos a um contrato podem estar aqui incluídos, como por exemplo a declaração de um paciente exonerando dos eventuais resultados da intervenção médica, ou uma renúncia a determinado crédito.

2. São cláusulas pré-elaboradas, isto é, pré-redigidas antes da conclusão do contrato por uma das partes para ser incluídas em um futuro contrato. As cláusulas são consideradas pré-elaboradas também quando estão arquivadas em um computador e são impressas na hora para o cliente, ou datilografadas segundo um formulário, mesmo de memória pelo advogado da empresa. Neste sentido já foram consideradas CONDGs as cláusulas pré-elaboradas pelo tabelião e incluídas em um contrato de escritura pública.

3. As cláusulas devem ser pré-elaboradas para um número múltiplo e indeterminado de contratos, e não pré-elaboradas para um único contrato. Assim, por exemplo, quando o advogado da empresa elabora um contrato específico, não estamos diante de CONDGs, mas sim quando elabora um contrato modelo ou a lista de cláusulas que deverão integrar vários futuros contratos de compra e venda, de aluguel, de empréstimo, etc., a serem firmados por seu cliente e consumidores. Note-se que a evolução dos contratos modelos ou a modificação de algumas cláusulas não descaracteriza as cláusulas como CONDGs.

4. As cláusulas pré-elaboradas unilateralmente por um dos contraentes, ou mesmo por terceiros, e são oferecidas à aceitação do outro. Interessante é o caso em que um terceiro, Tabelião, imobiliária, Associação de empresários, elabora lista de cláusulas contratuais. Para a doutrina portuguesa, o importante é a existência das CONDGs, independente de terem sido elaboradas pelo proponente ou por terceiro. Já a doutrina alemã utiliza como critério o fato do terceiro ser neutro em relação à relação contratual (tabelião) ou não (Imobiliária). Parece-me, porém, que a primeira solução é a mais justa, porque ao direito interessa a técnica de pré-elaboração unilateral e de simples opção de aceitação para o outro contraente e não a ideologia de elaborador das CONDGs.⁴⁸

As CONDGs não têm caráter de regulamento, elas fazem parte apenas de uma oferta concretizada pelo fornecedor, sendo necessária a sua aceitação de outro parceiro contratual.

Podem constituir uma parte externa do contrato, um anexo, um cartaz afixado no estabelecimento, ou até mesmo podem estar inseridas no texto do documento contratual, não importando a sua extensão, o modo pelo qual são escritas, a sua autoria ou a forma e o tipo do contrato.

As CONDGs caracterizam-se ainda por uma maior rigidez, quer seja, não há a possibilidade de alteração das CONDGs de um empresário a pedido do consumidor. Assim, não há a inclusão de cláusulas discutidas individualmente na lista das CONDGs, mas a

⁴⁸ id. *ibid.*, p. 49 - 50.

inclusão destas cláusulas individuais é possível nos contratos de adesão (art. 54, § 1º do CDC).

c) Inclusão das Condições Gerais nos contratos: Como já explicitado, as CONDGs não possuem força de normas legais ou regulamentos, necessitando serem inseridas em um contrato para que ganhem força obrigatória em relação à partes contratantes envolvidas.

Para a autora, este tema é um dos mais delicados dentro do novo direito dos contratos, uma vez que nem sempre estes contratos de massa terão a forma escrita.

d) A aceitação das CONDGs: O princípio geral que orienta a inclusão das CONDGs em contratos de massa pode ser resumido como *Princípio da Transparência*⁴⁹, que significa que as condições gerais unilateralmente elaboradas pelo fornecedor só integrarão o contrato se o consumidor tiver conhecimento delas ou pelo menos tiver tido a oportunidade de ter conhecimento da sua inserção no contrato, antes ou durante a celebração do contrato, e aceitar o seu uso. Se o consumidor não foi informado de seu uso, se não houve transparência, o silêncio do consumidor não será interpretado como tendo aceito a inclusão das CONDGs.

Faz-se necessário que exista um chamado pacto de inserção ou pacto de inclusão das CONDGs, que faz parte do próprio contrato de consumo. Podem ser resumidos em três os pré-requisitos que a doutrina alemã adotada pela autora considera como necessários ao pacto de inclusão:

1. Que o consumidor tenha sido *informado* pelo fornecedor que as condições gerais serão usadas no futuro contrato. A idéia básica é que, as CONDGs podem influenciar a decisão do consumidor e portanto seria um dever do fornecedor informar sobre o seu uso. Na disciplina do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, as CONDGs fazem parte da

⁴⁹ id. *ibid.* A autora utiliza-se deste termo oriundo da doutrina alemã *Transparenzgebot*, mas em sentido amplo, quase como um sinônimo de "dever de informação", não em sentido próprio.

oferta que o fornecedor faz ao público, existindo assim um *dever de informar* aos consumidor dessas CONDGs, que farão parte do futuro contrato (arts. 30 e 46 do CDC). Em alguns tipos de contrato, porém, esta menção expressa às CONDGs na hora da celebração do contrato não é possível, quer porque sejam eles contratos orais, quer porque sejam contratos de transporte de ônibus, contratos automatizados, contratos de guarda de automóveis em estacionamento. Nestes casos, assim como na doutrina germânica, no direito brasileiro deveria haver uma imposição à afixação das CONDGs em lugar visível no local em que o contrato será fechado, para que o consumidor possa tomar conhecimento destas, se quiser.

2. Este é um pré-requisito mais subjetivo, que é a possibilidade do consumidor tomar *conhecimento do conteúdo* real das CONDGs. Isto que dizer que não basta a simples menção que as CONDGs vão ser usadas no contrato, é necessário que o homem comum possa ler e entender o que significam aquelas cláusulas, para saber quais as obrigações e os direitos que está aceitando (art. 46, *in fine*, do CDC). Muitas vezes o vendedor tenta introduzir as suas CONDGs no contrato de um modo furtivo: um texto longo, de difícil leitura, impresso com letras pequenas, de cor verde, no verso de documentos. É neste sentido a exigência de maior transparência do art. 4º, *caput* e art. 46 do CDC.

3. O terceiro pré-requisito é a *aceitação*, tácita ou expressa, do consumidor. Informando o fornecedor sobre a utilização das CONDGs e o consumidor tendo tido a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo da CONDG imposta, se ele aceita a oferta e fecha o contrato de consumo, aprovou a inclusão das CONDGs em seu contrato específico. A doutrina também prevê que possa haver uma aceitação anterior ao contrato, em uma convenção básica ou em um pré-contrato, principalmente no caso de relação contratual reiterada entre dois comerciantes.

O problema da inclusão das CONDGs nos contratos é, em última análise, "*um problema de interpretação da declaração de vontade do consumidor.*"⁵⁰ O consumidor precisa manifestar a sua concordância com a validade das CONDGs que, uma vez inseridas nos contratos de consumo, serão submetidas a um controle, como descreverei *a posteriori*.

e) Interpretação das condições gerais dos contratos: Uma vez inseridas na relação contratual, as CONDGs poderão ser objeto de discussão e interpretação em uma futura lide. Para a interpretação de suas cláusulas o jurista deverá utilizar-se, de um lado, dos métodos tradicionais de interpretação dos negócios jurídicos, os quais ainda encontram-se muito influenciados pelos dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual, mas também deverá levar em conta a natureza específica das CONDGs e de sua elaboração.

Deste modo, desenvolveram-se princípios específicos para a interpretação dos contratos submetidos a CONDGs. O principal princípio é o da *primazia das cláusulas pactuadas individualmente*, escritas ou não, sobre as cláusulas presentes nas CONDGs. "*Estas cláusulas pactuadas individualmente ganhariam em força, uma vez que fruto da vontade de ambos os contratantes e não somente expressão da vontade daquele que formula unilateralmente as CONDGs.*"⁵¹

Deste modo também, em caso de dúvida quanto ao sentido das cláusulas das CONDGs serão estas interpretadas a favor do contraente que não as redigiu. É o princípio da *interpretatio contra proferentem*, que está abrangido pelo art. 47 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

E, por fim, a nova função do direito dos contratos, que procura o equilíbrio e a justiça contratual, faz com que se relembre o importante princípio da boa-fé, cuja importância crescente dentro da teoria dos contratos será estudada aqui mais tarde. Este

⁵⁰ id. *ibid.* p. 54.

⁵¹ id. *ibid.* p. 54.

princípio sempre foi aceito pela doutrina e jurisprudência brasileira, apesar do nosso Código Civil de 1917 não possuir referência expressa a ele. Mas agora, a norma do art. 47 do CDC, assim como a cláusula geral de boa-fé no controle das cláusulas abusivas (art. 51, IV do CDC), permitirão que o jurista brasileiro interprete as cláusulas das CONDGs de maneira a respeitar a confiança e os legítimos interesses dos consumidores que aceitaram estas cláusulas pré-redigidas.

f) A disciplina das condições gerais dos contratos: O direito disciplina o modo e os requisitos para a inserção de CONDGs nos contratos de massa, escritos ou não. É o controle chamado formal do contrato. Este controle forma muito se aproxima do controle apregoado pela concepção tradicional do contrato, controle da declaração de vontade, do consenso e da liberdade contratual. Porém as CONDGs são um fenômeno novo e complexo, onde a vontade e a superioridade técnica, jurídica e econômica de um contratante impõe-se ao outro, eis porque, normalmente, o simples controle formal e o recurso e interpretação não são suficientes para estabelecer a equidade e a justiça contratual.

O que acontece na prática é que, em se tratando de contratos submetidos a CONDGs, não há liberdade contratual, liberdade de determinar o conteúdo do contrato, uma vez que as CONDGs são rígidas e pré-elaboradas unilateralmente. Pode também não haver suficiente liberdade de contratar, liberdade de escolher o parceiro contratual, pois os bens ou serviços oferecidos pelo fornecedor podem ser daqueles de extrema necessidade, ou pode estar o fornecedor em uma situação de monopólio. Mas mesmo que o fornecedor esteja apenas oferecendo o melhor preço, se não há uma livre concorrência em matéria de CONDGs, isto é, se todas as CONDGs oferecidas pelos vários fornecedores do mercado são praticamente as mesmas, como freqüentemente ocorre, o consumidor por uma questão de economia e praticidade se vê dirigido a aceitar as CONDGs impostas.

Não é raro que as Condições Gerais contenham cláusulas chamadas abusivas, oriundas da própria possibilidade de elaborá-las unilateralmente e com anterioridade. Estas cláusulas serão objeto de análise pormenorizada em capítulo próprio a seguir, mas no momento é necessário assinalar que coube ao direito a função de disciplinar o conteúdo das CONDGs, de maneira a controlar estes abusos.

Este controle poderá ser exercido de forma preventiva, ditando o legislador seu conteúdo ou exigindo prévia autorização de algum órgão administrativo. Ou pode ser um controle repressivo, punindo o legislador o utilizador de cláusulas abusivas em CONDGs, através do controle do Poder Judiciário, sem que o fornecedor possa se desvincular do contrato assumido com o consumidor. É o chamado controle do conteúdo dos contratos submetidos a CONDGs, que será visto posteriormente.

O fenômeno das condições gerais dos contratos e sua utilização em inúmeras relações contratuais exigiu do Direito uma adaptação específica, a qual tomou a forma de um intervencionismo legal cada vez mais amplo no setor dos contratos de consumo e que levou o país a promulgar uma lei específica para a defesa, com ênfase à contratual, do consumidor.

2.1.2. Os contratos coletivos:

Segundo o estudo realizado por Dorothee Susanne Rudiger Verona⁵², na literatura do Direito Civil, a maioria dos autores quando se refere a contrato coletivo o faz abordando-o como contrato coletivo do trabalho. O Direito do Trabalho aparece como a única área do Direito Privado em que o instituto do contrato coletivo tem alguma importância.

⁵² VERONA, op. cit.

Porém, se examinarmos "*a questão do declínio da autonomia da vontade, a questão da técnica e do controle dos contratos por adesão, encontram-se vozes singulares na literatura que defendem a adoção dos contratos coletivos em outras áreas do direito privado.*"⁵³ Principalmente no que se refere aos casos em que se configura um desequilíbrio entre as partes contratantes.

Para os defensores desta argumentação, o que acontece é que, ao lado da constatação do declínio da autonomia da vontade, pouquíssimos pensadores do direito privado efetuaram o passo que consideram conseqüente: ir em direção do reconhecimento da autonomia privada coletiva. Eles apenas reconhecem os problemas postos pelos contratos de adesão, mas não sugerem uma solução que passe por sujeitos coletivos.

Porém, esta solução será considerada no capítulo referente às cláusulas abusivas, quando tratarei dos sistemas à disposição no Código de Defesa do Consumidor para o seu controle. Por hora, é importante citar esta nova vertente, afim de, como já mencionado, situar o contrato de adesão dentro da teoria contratual.

Filiado à esta doutrina está Antonio Chaves⁵⁴, que divide os contratos coletivos em três tipos característicos: os contratos normativos ou regulamentares, os contratos-tipo e os contratos de adesão.

Já a autora anteriormente citada, analisa os contratos coletivos sob o ângulo dos contratos de adesão, que, seguindo Orlando Gomes⁵⁵ englobariam as condições gerais dos negócios, e dos contratos tipo.

2.1.2.1. Contratos normativos ou regulamentares:

⁵³ id. *ibid.* p. 132.

⁵⁴ CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. 2v., V.2, T. 1.

⁵⁵ Gomes *apud* VERONA, *op. cit.*

Segundo Antonio Chaves⁵⁶, são aqueles que visam estabelecer abstratamente regulamentos uniformes para as futuras relações, principalmente nos mercados internacionais. O volume intenso dos negócios, a necessidade de rapidez e de uniformidade de regulamentação levam a traçar esquemas prévios, que obrigam as partes não a estipular os contratos, mas dar ao futuro e eventual contrato aquele determinado conteúdo e regulamento. "*Não são, pois, pacta de contrahendo, mas pacta de modo contrahendi.*"⁵⁷. Deste modo, venda de mercadorias, contratos de trabalho, de transporte terrestre ou aéreo, seguro marítimo, etc. somente terão efeito se se verificar a conclusão dos contratos individuais por parte de pessoas que participam do acordo preliminar.

Jaime Santos Briz⁵⁸ considera que o simples acordo sobre o conteúdo das condições contratuais impressas, cuja aplicação fica ao arbítrio do empresário, é, do ponto de vista jurídico, o mesmo que sua formulação unilateral, atuação preparatória, que somente chega a ser relevante em relação ao respectivo contrato individual. Sob esta concepção, não se reconhece a autonomia jurídica do contrato sobre diretrizes; na realidade, não se trata ainda de "contrato normativo", mas de simples formulação de condições, seja comum de ambas as partes ou unilateral, sem conseqüências jurídicas próprias, antes da sua aplicação a contratos individuais.

Orlando Gomes⁵⁹ ensina que no contrato normativo também há predeterminação do conteúdo de outros contratos, mas suas disposições não são cláusulas dos contratos que regem, preconstituídas unilateralmente, mas normas que as próprias partes ou seus representantes estatuíram para serem observadas na contratação obrigacional, a cada vez que aconteça.

⁵⁶ CHAVES, op. cit.

⁵⁷ id. ibid. p. 378.

⁵⁸ Britz *apud* CHAVES, op. cit. p. 379.

⁵⁹ GOMES, op. cit.

2.1.2.2. Contratos-tipo:

O magistério de Antonio Chaves⁶⁰ ensina que contratos-tipo são a expressão característica dos contratos normativos. Consiste numa prévia regulamentação geral de determinadas relações contratuais, afim de tornar uniforme a adoção de certas cláusulas. Penetram nos futuros negócios individuais, sob a condição de que as partes não queiram excluí-las e, na maior parte das vezes são redigidos em formulários impressos.

Para Orlando Gomes⁶¹, no contrato-tipo as partes não são representativas de categorias econômicas ou profissionais, assim como nos contratos normativos, uma vez que nestes, as disposições são assentadas em abstrato, enquanto o contrato-tipo já contém o esquema concreto dos futuros contratos individuais, de sorte que os contratantes nada mais têm a fazer do que subscrevê-los. Para ele, o contrato-tipo se aproxima do contrato de adesão pela forma. Distingue-se porque, *"neste o conteúdo é predisposto, predeterminado por uma das partes, enquanto naquele resulta do acordo de vontade das partes."*⁶²

2.2. Conceituação

2.2.1. Generalidades:

Conforme Orlando Gomes⁶³, a doutrina tem empregado grandes esforços para explicar os contratos de adesão à luz dos conceitos tradicionais, porém, como já tive a oportunidade de relatar, por representar uma grande mudança na prática contratual, sua

⁶⁰ CHAVES, op. cit.

⁶¹ GOMES, op. cit.

⁶² id. ibid. p. 139.

⁶³ id. ibid.

estrutura não se ajusta bem ao esquema clássico do contrato. Assim o é, porque justamente a sua característica mais marcante seria a de permitir que o seu conteúdo seja preconstituído por uma das partes, eliminada, assim, a livre discussão que normalmente precede à formação dos contratos.

Os doutrinadores chegaram até a duvidar do caráter contratual desta nova fórmula, em que o consentimento seria manifestado pela simples adesão de um dos contraentes à vontade de outro, uma vez que o contrato tradicional, baseado na autonomia da vontade previa a bilateralidade das negociações.

Por este motivo é que muitos autores, ao estudarem os contratos de adesão, costumam contrapô-lo ao contrato paritário ou negociado, percebendo, como o próprio nome diz, que nesse ocorre a ampla participação volitiva das partes na definição de seu conteúdo, enquanto que nos primeiros, conforme a definição de Carlos Alberto Bittar: *"encontram-se as cláusulas predispostas, em função de prévia ordenação legal ou regulamentar, ou de uma das partes, ou decorrentes de ambos os fatores, cabendo à outra a mera aceitação de seus termos."*⁶⁴

2.2.1.1. Contratos paritários e contratos de adesão:

Sob este aspecto, fica importante definir o que a doutrina entende por contratos paritários.

Para Maria Helena Diniz,

Os contratos paritários são aqueles em que as partes interessadas, colocadas em pé de igualdade, ante o princípio da autonomia da vontade, discutem, na fase de pontuação, os termos do ato negocial, eliminando os pontos divergentes mediante transigência mútua. Nestes contratos há a manifestação livre e coincidente de duas ou mais vontades. Deveras, os interessados livremente se vinculam, discutindo amplamente e fixando as cláusulas ou as condições que regerão a relação contratual.

Os contratos por adesão constituem uma oposição à idéia do contrato paritário, por inexistir liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições

⁶⁴ BITTAR, op. cit. p. 492.

previamente redigidas pelo outro (RT, 519:163), aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos.⁶⁵

Para Carlos Alberto Bittar, os contratos comuns seriam chamados negociados ou paritários, onde "as partes encontram-se em efetiva posição de igualdade em sua definição, podendo, à época da pontuação, discutir e redigir o instrumento correspondente com plena autonomia."⁶⁶ Já isso não acontecendo nos contratos de adesão, uma vez que estes têm:

forma impressa e, às vezes simplesmente formular (formulários comuns ou de computação); conteúdo uniforme, rígido e prefixado pelo economicamente mais forte (titular dos bens ofertados à negociação); cláusulas gerais, permanentes e abertas aos interessados - que contratam com o dispoente pela aceitação em bloco do teor do contrato -, as quais se revestem de cautelas e de garantias predispostas em defesa dos interesses do ofertante.⁶⁷

2.2.2. Definições:

Na definição de Arnold Wald, que não conceitua o contrato de adesão em contraposição ao contrato paritário uma vez que não se utiliza deste tipo na sua classificação geral dos contratos, contrato de adesão *"é aquele em que um dos contratantes ou ambos não tem a liberdade contratual para discutir os termos do contrato, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo, atendendo-se à própria natureza do contrato ou a determinações legais que fixam as condições do contrato de certo tipo."*⁶⁸

A definição do autor supra-citado é um pouco diversa das encontradas nas doutrinas em geral, uma vez que ele considera a possibilidade de ambos os contratantes não terem a liberdade de discutir os termos do contrato.

Para ser coerente com a omissão da imposição das cláusulas pelo Estado a ambas as partes que desejam contratar, Maria Helena Diniz prefere a denominação *contratos por adesão*, porque estes contratos ficam ao arbítrio exclusivo de uma das partes - o policitante -

⁶⁵ DINIZ, op. cit. p. 71.

⁶⁶ BITTAR, op. cit. p. 492.

⁶⁷ id. ibid. p. 492.

⁶⁸ WALD, op. cit. p. 184.

pois o oblato, ainda indeterminado, não pode discutir ou modificar o teor do contrato ou as suas cláusulas, ele simplesmente aderirá a sua vontade à oferta do proponente ostensivo.

Assim conceituou Arnold Wald, pois quis abranger as duas técnicas: a das grandes empresas que fixam modelos de contratos que apresentam ao público, e a da interferência do Estado, que determina que certos modelos de contratos só podem ser utilizados após aprovação governamental, dada pelos órgãos competentes. Porém, na prática acaba havendo uma estandarização do contrato, no qual uma das partes impõe o conteúdo do contrato à outra, geralmente fazendo-o *"com prévia aprovação das autoridades competentes (...)"*⁶⁹.

Para Antonio Chaves⁷⁰, enquanto nos contratos de tipo tradicional existe a mais ampla liberdade de discussão das cláusulas, que podem ou não serem aceitas, total ou parcialmente, nos contratos de adesão não existe tal liberdade, fato este devido à preponderância de um dos contratantes, que impõe ao outro a sua vontade. Seu regulamento é constituído à base de fórmulas, contendo as chamadas condições gerais, redigidas por uma das partes. Para ele, estes contratos também são chamados de contratos de massa ou de empresa, porque se relacionam ao fenômeno da conclusão de negócios em grandes quantidades, todos estereotipados, com uma pluralidade indeterminada de pessoas. O fenômeno, que resultou no sacrifício da liberdade de negociações é devido à celeridade com que elas são feitas, que é imposta pela realidade econômica hodierna, de um lado, e, de outro, a necessidade de garantir a uniformidade do conteúdo de todas as relações de natureza idêntica, e a exigência de simplificar a organização e a gestão das empresas. Em tais negócios reduz-se ao mínimo a vontade do aderente, ao qual só é dada a alternativa de aceitar globalmente a oferta ou recusá-la sem discussão. Para o autor, tais contratos

⁶⁹ id. *ibid.* p. 184.

⁷⁰ CHAVES, *op. cit.*

mantém a sua natureza contratual, embora o consentimento seja manifestado sob forma de adesão. Esta será explícita, no caso de subscrição de formulários preestabelecidos, ou implícita, no caso de estipulação de contrato em seguida a uma proposta que contém as suas condições gerais.

A particularidade de serem cláusulas gerais e uniformes, que enchem na mesma medida, inesgotavelmente, o conteúdo de todas as relações jurídicas travadas, para o mesmo fim, pela parte que as preestabelece, autoriza a importante distinção entre o contrato de adesão e o contrato por adesão. Neste, o consentimento também se manifesta pela aceitação em bloco das cláusulas regidas pela outra parte, mas não ditadas unicamente para aquele contrato determinado, nele se exaurindo em razão de sua própria causa, enquanto, nos contratos de adesão, se destinam série ilimitada de relações jurídicas estruturáveis pelo mesmo processo, não raro se repetindo com o mesmo participante, como acontece no serviço de transportes coletivos.⁷¹

Para Cláudia Lima Marques,

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem bens ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão efetivamente discutir nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.⁷²

O consumidor limita-se ao papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual que ela chama de *massificado*. Considera que o elemento essencial do contrato de adesão é justamente a ausência de uma fase pré-negocial, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais, a sua predisposição unilateral.

2.3. Características

⁷¹ Gomes *apud* CHAVES, op. cit. p. 381.

⁷² MARQUES, op. cit. p. 44.

Segundo a autora supra citada, podemos destacar como características do contrato de adesão:

1. a sua pré-elaboração unilateral;
2. a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais;
3. seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

Visto que no contrato de adesão não há liberdade contratual de definir conjuntamente os termos do contrato, podendo o consumidor somente aceitá-lo ou recusá-lo, por muito tempo a doutrina discutiu, com já mencionei, o caráter contratual ou não do contrato de adesão. Para alguns, por sua estrutura pré-elaborada unilateralmente, por suas características que eliminam a fase de discussão pré-contratual, estes contratos se aproximariam dos atos de direito público, dos atos regulamentares. Para outros não haveria um real acordo de vontades, mas sim um ato unilateral.

Porém hoje a doutrina já é unânime em aceitar o caráter contratual dos contratos de adesão. Na realidade, trata-se de um acordo de vontades representado pela adesão, por isto não seria essencial ao contrato que seu conteúdo seja discutido cláusula à cláusula em uma fase preliminar, assim como a igualdade de forças dos contratantes também não é essencial.

Em Orlando Gomes⁷³ a caracterização e conceituação dos contratos de adesão são consideradas muito difíceis, visto haver persistente controvérsia acerca de seu traço distintivo. Por uma tese, sua distinção existiria no fato de ser uma oferta à coletividade, por outra, por ser obra exclusiva de uma das partes, por ter regulamentação complexa, porque preponderante a posição de uma das partes, ou não admitir a discussão da proposta.

⁷³ GOMES, op. cit.

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

Porém, na sua opinião, o traço característico do contrato de adesão reside na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público. Apesar dos outros traços apontados ajudarem no seu reconhecimento, a oferta, na visão do autor é o *contrato potencial*. Esta oferta tem como característica não poder ser modificada, já que a situação jurídica em que se vai colocar há de ser igual à de todos que a aceitarem, nem admitir discussão, o que não acontece nos contratos normais. *"No fundo, portanto, o contrato é, no seu conteúdo, obra exclusiva de uma das partes."*⁷⁴

O mecanismo dos contratos de adesão é descrito pelo autor como a injunção de determinadas condições econômicas e sociais. De fato, se não é necessário, ou mesmo conveniente, oferta a uma coletividade, não há cabimento para o contrato de adesão. A repetição do contrato, variando apenas uma das partes, resulta em condições econômicas que exigem a uniformidade de cláusulas, e impedem, portanto, qualquer discussão. Decorre a preponderância da vontade de um dos contratantes da posição em que se encontra, menos por sua superioridade econômica do que pela natureza dos interesses que persegue. Para a realização de certos serviços seria praticamente impossível contratá-los nos moldes clássicos. Isto, para os autores que, como menciona, continuam aferrados à tese contratualista, mostra o contrato de adesão como um novo método de estipulação contratual imposto pelas necessidades da vida econômica.

Para ele são três os traços característicos que facilitam a identificação do contrato de adesão:

⁷⁴ id. *ibid.* p. 129.

1. a uniformidade, que seria uma exigência da racionalização da atividade econômica que por seu intermédio se desenvolve;
2. a predeterminação das cláusulas, que seria o modo objetivamente idôneo para atingir a sua finalidade. A uniformidade é um traço que só o caracteriza quando há predeterminação unilateral das cláusulas. Se o conteúdo de vários contratos for uniforme, pela simples razão de haverem as partes adotado um formulário, não serão, por este motivo, contratos de adesão. O traço distintivo dominante é o preestabelecimento, por uma das partes, das cláusulas dos contratos a serem estipulados em série. Admite-se, no entanto, que também são de adesão os contratos em que duas partes aceitam condições gerais formuladas por terceiros, como no caso de constarem de um regulamento administrativo;
3. a rigidez das condições gerais é, antes de ser uma característica dos contratos de adesão, um desdobramento dos outros traços distintivos. As cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes e não seria possível a flexibilidade, porque desfiguraria a espécie.

Além das espécies que citei anteriormente para fazer a distinção entre estas e os contratos de adesão, afim de melhor caracterizá-lo, é importante lembrar a figura do contrato preliminar, em que o conteúdo do contrato definitivo é pré-regulamentado, porém por mútuo consentimento e sem o cunho de generalidade.

Distingue-se também o contrato de adesão do contrato aberto, figura de contrato plurilateral que admite o ingresso, numa relação contratual, de outros sujeitos que não as partes iniciais, como sucede no contrato de associação.

O autor desperta para uma peculiaridade interessante:

Para haver contrato de adesão no exato sentido da expressão, não basta que a relação jurídica se forme sem prévia discussão, aderindo uma das partes à vontade da outra. Muitos contratos se estipulam deste modo sem que devam ter essa qualificação. A predominância eventual de uma vontade sobre a outra e até a determinação unilateral do conteúdo do contrato não constituem novidade. Sempre que uma parte se encontra em relação à outra numa posição de superioridade, ou, pelo menos, mais favorável, é normal que se queira impor a sua vontade, estabelecendo as condições do contrato. A cada momento isso se verifica, sem que o fato desperte atenção dos juristas, justo porque essa adesão se dá sem qualquer constrangimento se

a parte pode dispensar o contrato. O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. (...) está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Este constrangimento não figura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento.(...)

A situação de constrangimento que se cria para uma das partes é porque a outra desfruta de um monopólio de fato ou de direito, no exercício do qual os serviços que se propõe a prestar através de uma rede de contratos, operações de massa, conservam natureza de serviços prestados por particulares.⁷⁵

O autor considera pressuposto do contrato de adesão o monopólio de fato ou de direito, de uma das partes que elimina a concorrência para realizar o negócio jurídico. Se a situação não se configurar deste modo, na sua visão poderá haver *contrato por adesão*, jamais *contrato de adesão*. Já Cláudia Lima Marques⁷⁶ não concorda com esta divisão, pois acha que esta análise referente aos monopólios é um pouco exagerada, uma vez que o fornecedor estaria forçando o consumidor a contratar e por isso iria anular a sua liberdade contratual, que ela considera persistente, ainda que em menor escala, nestes casos.

Arnold Wald⁷⁷, concorda, a meu ver, com Orlando Gomes neste ponto quando considera que a importância do contrato de adesão para a nossa época decorre de duas situações respectivas entre os contratantes, sendo que uma delas é, justamente, o exercício do monopólio de fato ou de direito em relação a serviços essenciais existentes na sociedade, estando o outro contratante praticamente obrigado a contratar nas condições fixadas pela empresa dominante em determinada área.

2.4. Modo de formação

O momento da formação dos contratos de adesão é importante porque concretiza uma relação potencial. Enquanto não houver a manifestação de vontade do consumidor, o

⁷⁵ id. *ibid.* p. 131-2.

⁷⁶ MARQUES, *op. cit.*

⁷⁷ WALD, *op. cit.*

simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão não passa de um pedaço de papel. O consentimento do consumidor, a sua adesão, é que provoca o nascimento do contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes. As cláusulas gerais são juridicamente irrelevantes antes de se inserirem no contexto de um contrato individual. A sua formação não constitui um negócio jurídico, mas puro e simples fato interno na esfera do empresário, de sorte que a sua transcendência jurídica somente começa a partir do momento em que passa a ser conteúdo das declarações contratuais de vontade. Nos dizeres de Orlando Gomes: "*A relação jurídica é criada contratualmente, provocando, o acordo de vontades a incorporação de *lex contractus*.*"⁷⁸

Nesse contrato, em princípio, a fase das negociações preliminares não existe. O esquema contratual está pronto, devendo aceitá-lo integralmente quem se proponha a travar a relação concreta. Porém, sempre há cláusulas que não podem ser preestabelecidas e, de modo geral, elementos imprevisíveis. Por consequência, fica uma faixa, mais larga ou mais estreita, na qual cabem entendimentos prévios entre os contratantes, se bem que, as mais das vezes, o contrato prévio se destine somente à determinação de dados pessoais, dispensáveis, em vários contratos de adesão. Admite-se, porém, a possibilidade de modificação de algumas cláusulas gerais, mediante acordo entre as partes. Quando ocorre, pode-se falar em negociações preliminares, dado que se travam entendimentos acerca do conteúdo do contrato a concluir, entendimentos que, nos dizeres do autor significam *tratativas*⁷⁹.

Do ângulo da iniciativa da proposta, esta pode ser tanto da empresa (*oferta ao público*) como do cliente (*convite à oferta*), porém, a rigor, a adesão se manifesta no seu sentido próprio, na hipótese de oferta ao público, mas a inversão não retira da figura os

⁷⁸ GOMES, op. cit. p. 124.

⁷⁹ id. *ibid.* p. 123.

traços distintivos. A proposta e aceitação sujeitam-se, para terem validade, às normas comuns, que sofrem, entretanto, alterações na aferição da capacidade e dos vícios de consentimento. Em certos contratos de adesão, exige-se do aderente somente a capacidade natural, e o consentimento por erro é irrelevante. Quando a natureza dos serviços a prestar configura a posição da empresa como oblato ou aceitante, não pode recusar-se a contratar. Por isso que ela própria é quem estabelece as condições de sua prestação, despropositada seria a faculdade da recusa, tanto mais quando, na maioria dos casos, presta-os em regime de monopólio, ou tem virtualmente o seu exercício. Disse-se que no caso lhe corre a *obrigação de contratar*⁸⁰.

Como no contrato de adesão o consumidor tem que aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas, o que acontece é que, segundo Cláudia Lima Marques⁸¹, na maioria das vezes o consumidor sequer lê o contrato que vai aderir. Modernamente, porém, considera-se que exista um *dever de transparência* nas relações de consumo. Assim, o consumidor deve ser informado, pelo menos, deve ter a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato. Além do que o contrato de adesão deverá ser redigido de tal forma a possibilitar a sua compreensão pelo homem comum.

Como os contratos de adesão são contratos escritos, o consentimento do consumidor seguirá esta forma. Os contratos de adesão geralmente apresentam-se em formulários impressos, sendo hoje também comuns os elaborados por computadores, o que, segundo a autora, não o descaracteriza.

Como já mencionado, pelas suas próprias características o contrato de adesão exige somente a capacidade dos parceiros contratuais, o consentimento se dá por adesão a uma vontade manifestada de maneira complexa no instrumento contratual, sendo a figura do erro

⁸⁰ id. *ibid.* p. 124.

⁸¹ MARQUES, *op. cit.* p. 46.

totalmente irrelevante. Para alguns autores da escola francesa poderia haver no contrato de adesão um permanente vício de consentimento, a *coação*. Para os doutrinadores desta escola só se poderia falar em contrato de adesão quando o fornecedor se encontrasse em posição de monopólio de fato ou de direito, logo, forçando o consumidor a contratar. A autora, como já explicitarei, considera esta análise exagerada, uma vez que uma liberdade de contratar ainda que mínima, geralmente persiste. O que há, na sua opinião, é uma superioridade econômica e social, a qual pode levar facilmente a abusos.

2.5. Natureza Jurídica

Durante muito tempo contestou-se a natureza contratual do Contrato de Adesão. Dizia Saleilles⁸² que de contrato tinha apenas o nome, pois, analisando consistentemente o exclusivo predomínio da vontade de um que dita a sua lei a coletividade indeterminada, contestava a sua construção jurídica. Outros, deixando-se impressionar pela desigualdade da situação das partes na constituição do negócio, passaram a sustentar de que era um *negócio unilateral*. Porque a simples *adesão* não devia ser equiparada ao consentimento, tal como deve ser manifestado para a formação do contrato no sentido clássico da expressão, tanto mais quando a adesão é livre, pois quem declara tem necessidade de satisfazer ao interesse que a outra parte regula. Porém, prevaleceu a maioria que pensa que, apesar das suas peculiaridades, devem ser os contratos de adesão enquadrados na categoria jurídica dos contratos.

⁸² Saleilles *apud* GOMES, op. cit. p. 134.

Seguindo o magistério de Arnold Wald⁸³, não há dúvidas sobre o caráter contratual do contrato de adesão, embora se trate de um contrato *sui generis*, de um contrato original, mas que nem por este motivo perde a sua natureza contratual.

Vencida esta etapa, surgiu a dúvida na confusão a respeito do elemento que define o contrato, pois era visto que o concurso de vontades era necessário e indispensável para a constituição dos negócios jurídicos bilaterais, dos quais o gênero contratos constitui a expressão mais comum. Porém, a solução está em observar que a regulamentação bilateral dos efeitos do contrato não é um elemento essencial à sua configuração, a circunstância de serem as obrigações estatuídas pela vontade predominante de um dos interessados na formação do vínculo jurídico não retira o seu caráter contratual.

Orlando Gomes⁸⁴, classifica em dois grupos as teorias explicativas da natureza jurídica do contrato de adesão, o das teorias negociais e o das teorias normativas. São negociais as teorias: da interpretação típica, da declaração típica, da relação contratual fática, do comportamento social típico, do negócio de atuação. São normativas as teorias: do poder normativo da empresa e do uso normativo.

2.5.1. A teoria da interpretação típica e da declaração típica:

Ambas gravitam em órbita da contratualidade, embora expliquem de modo diferente a essencial formação por acordo bilateral de vontades. Pela teoria da interpretação típica, a conduta do aderente ao se submeter às prescrições da outra parte é autêntica declaração de vontade por efeito da qual se inserem no conteúdo da relação jurídica assim constituída tais prescrições transformadas em cláusulas contratuais, chegando-se a esta conclusão

⁸³ WALD, op. cit.

⁸⁴ GOMES, op. cit.

aplicando-se a regra de hermenêutica do Código que manda interpretar o contrato pela determinação da intenção comum das partes e de boa-fé.

Pela teoria da declaração típica, a conduta de quem adere ao regulamento do contrato de adesão significa aceitação das condições gerais preestabelecidas tal como se ele houvesse emitido uma declaração de vontade por meio de claras palavras. Isto porque os efeitos que provoca são idênticos para os que têm igual comportamento, a este a lei atribui invariavelmente determinado significado declaratório. A declaração típica do aderente seria, em última análise, presumida.

2.5.2. A teoria da relação contratual fática, do comportamento social típico e do negócio de atuação:

As três teorias, da relação contratual fática, do comportamento social típico e do negócio de atuação buscam em novas figuras contratuais a explicação. Para os primeiros, o contrato de adesão é uma relação desse tipo, isto é, uma situação jurídica da qual derivam obrigações para dois sujeitos de direito como se proviessem de um contrato. Em tais relações, os efeitos ligam-se a fatos que têm significação jurídica porque a lei, considerando que são socialmente conhecidos, a empresta. Não se formam, como os contratos, pela aceitação de uma proposta, mas pelo fato de assumir alguém uma posição que desencadeie obrigações e direitos preestabelecidos pela outra parte. Resultam, em outras palavras, de um ato material juridicamente relevante por sua tipicidade social, atraindo as normas aplicáveis ao contrato.

A segunda baseia-se na idéia de que o comportamento social típico é uma nova fonte de obrigações, desdobrando a construção da relação contratual fática. De acordo com este entendimento, a causa eficiente das obrigações que concretiza é um comportamento comum a número indeterminado de pessoas consistente na prática do mesmo ato, como o

de embarcar num ônibus. Forma-se o vínculo obrigacional mesmo que o passageiro, no exemplo dado, não tenha consciência dos efeitos jurídicos do seu comportamento e se trava ainda contra a sua vontade.

Para ainda explicar a natureza jurídica do contrato de adesão, alguns autores recorrem à figura do negócio de atuação. Distingue-se este negócio jurídico pela realização imediata do intento do agente, não havendo intervalo entre a prática do ato e seu efeito. O contrato de adesão seria negócio de atuação porque o comportamento de quem o individualiza corresponde a um intento negocial que se efetiva imediatamente, suscitando efeitos pré-constituídos.

2.5.3. A teoria do poder normativo da empresa:

Reflete posição doutrinária que sustenta ser o contrato de adesão (as condições gerais do contrato) uma fonte de direito objetivo ao lado da lei e dos usos e costumes. Sua aceitação implicaria a atribuição de poder normativo privilegiado aos empresários, que não se tolera por ser incompatível juridicamente com o monopólio legislativo do Estado, prevalecendo hoje a idéia de que tais condições gerais devem ser aplicadas como elementos integrantes do contrato.

2.5.4. A teoria do uso normativo:

Pretende que as condições gerais de contratação constituem uso no sentido que correspondem a direito consuetudinário. Não possuem, no entanto, suas características, pois os usos normativos nascem anonimamente, aplicam-se espontaneamente e se limitam ao meio social que os gera.

Para o autor, as teorias normativas possuem, do ponto de vista técnico, o grave defeito de não atentarem para a circunstância de que as condições gerais só adquirem

eficácia jurídica com o comportamento adesivo, o ato de adesão. Antes de se concretizarem num ato negócio jurídico individual, não passam, de *nullum* jurídico.

2.6. Disciplina legal

Claudia Lima Marques enfatiza:

o contrato de adesão não é uma espécie nova e independente de contrato, trata-se de contratos de compra e venda, contratos de transporte, contratos de locação e outros mais variados tipos de contratos, em que se usa, sim, um método comum de contratação, o de oferecer o instrumento contratual já impresso, prévia e unilateralmente elaborado, para aceitação do outro parceiro contratual, o qual simplesmente 'adere' à vontade manifestada no instrumento contratual.⁸⁵

Este método de contratação obteve sucesso pelas vantagens que sua utilização traz aos fornecedores e até mesmo aos consumidores. A contratação é mais rápida e facilitada, não se faz uma diferenciação entre os consumidores desta ou de outra classe social, o método racionaliza a transferência de bens de consumo na sociedade, possibilitando também a previsão dos riscos por parte dos fornecedores. Entre as vantagens que apresenta, está a rapidez de sua adaptação a novas situações, bastando elaborar um novo contrato modelo e imprimi-lo em um novo formulário. Por outro lado, a sua elaboração prévia e unilateral facilita a inclusão de cláusulas abusivas, cláusulas que asseguram vantagens unilaterais e excessivas para o fornecedor que as elabora.

O Código Civil não tinha dado a necessária atenção aos contratos de adesão, que no entender de Arnold Wald⁸⁶, mereciam uma regulamentação mais minuciosa da matéria afim de assegurar a proteção legal do contratante que deve aderir à minuta que lhe é apresentada. Embora veja que o poder público geralmente controla os contratos de adesão,

⁸⁵ MARQUES, op. cit. p. 47-8.

⁸⁶ WALD, op. cit.

fixando ou fiscalizando as suas cláusulas, considera que a introdução de normas especiais referentes à interpretação dos mesmos pode parecer interessante e oportuna.

O Código de Defesa do Consumidor traz uma primeira regulamentação sobre os contratos de adesão. É o seu art. 54, que o define como aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor do produto ou serviço sem que o consumidor possa discutir ou modificar, substancialmente, o seu conteúdo. Determina o legislador que as cláusulas que limitam direito sejam redigidas com destaque, permitindo a sua imediata e fácil compreensão, admitindo-se a cláusula resolutória quando alternativa, cabendo a escolha ao devedor, e garantindo, dentro de certos limites, que normalmente não perderá tudo que pagou.

Carlos Alberto Bittar tem observado , em leis sobre defesa dos direitos do consumidor, a definição, e mesmo a edição de regras, sobre esses contratos. Verificando-se, em seu regime jurídico, as seguintes orientações básicas:

submetem-se aos princípios e às regras aplicáveis aos contratos comuns; aceitam a analogia em sua interpretação, permitindo-se a inserção supletiva de normas de figuras afins, para o equacionamento de questões surgidas no relacionamento concreto (assim, a aplicação de normas do contrato de compra e venda em contratos de fornecimento, de venda de espaço publicitário, de assinatura de jornais ou de revistas e em outros ajustes que pela via da inominação vêm penetrando no mundo negocial diante de seu dinamismo); subjugam-se à tese da defesa do economicamente mais fraco no solucionamento de dúvidas, de incertezas ou de injustiças que de sua aplicação têm surgido e, aliás, com assento tranqüilo na doutrina e na jurisprudência, com a qual se tem tornado possível, dentre outras orientações: a extirpação (por nulidade) de cláusulas abusivas (como a renúncia antecipada a direito inerente ao negócio); a declaração de ineficácia de garantias excessivas, ou de cláusulas exonerativas ilegítimas; a desconsideração de títulos de crédito emitidos e cobrados nesta linha, pela aplicação de teoria do abuso de direito (que retira causa à cambial, por exemplo, sacada contra o adquirente, a par de garantias outras existentes no contrato, como as cláusulas de hipoteca, ou de penhor) e a condenação dos denominados "contratos leoninos" (em que existe franca desvantagem para o aderente, excessivamente onerado na avença, e, portanto, nulos, face à comutatividade necessária).⁸⁷

Assim, por suas características e sua originariedade, tanto na interpretação dos contratos de adesão (controle formal), quanto o controle do conteúdo, mereceram especial

⁸⁷ BITTAR, op. cit. p. 493.

atenção dos doutrinadores. Esta parte abordarei no capítulo referente à nova disciplina dos contratos de consumo, e também (de maneira muito peculiar) no tópico sobre o controle das cláusulas abusivas, dentro de capítulo específico sobre o tema.

2.7. Interpretação

A questão da natureza jurídica do contrato de adesão tem importância prática para a sua interpretação. Indagava-se se deveria ser interpretado como lei ou como contrato. Se fosse tido como expressão do poder normativo das empresas, não se lhe aplicariam as regras de interpretação dos contratos, mas, diante de sua natureza indubitavelmente contratual, mesmo assim, a singularidade de sua estruturação não permite que seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, visto que se trata de uma relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes.

A regra geral é que se interprete o contrato de adesão, especialmente as cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento. Cláudia Lima Marques diz que é a famosa "*interpretação contra proferentem*"⁸⁸ presente nas normas do Código Civil brasileiro (art. 423). Para a autora, outra linha mestra da interpretação dos contratos de adesão é a prevalência das cláusulas acertadas individualmente sobre aquelas impressas ou uniformes. Sendo assim, se alguma cláusula estiver escrita à máquina ou à mão, pressupõe-se que esta derive de uma discussão individual, de um acordo de vontades sobre aquele ponto específico da relação contratual, devendo prevalecer e derrogar as outras cláusulas do formulário padrão. Note-se que a inclusão desta cláusula particular não descaracteriza o contrato como de adesão, sendo também indiferente que fez a última oferta, se o fornecedor, elaborador do formulário, ou o consumidor.

⁸⁸ MARQUES, op. cit. p. 47.

Segundo Arnold Wald⁸⁹ foram doutrina e a jurisprudência que, na falta de regulamentação específica sobre a matéria elaboraram estes princípios de interpretação para os contratos de adesão.

Orlando Gomes, faz uma ressalva a meu ver importante:

Não se conclua, daí, que a intervenção judicial na aplicação dessas regras é livre. Se fosse, a insegurança dominaria os contratos de adesão. O poder do juiz - poder moderador - deve ser usado conforme o princípio de que os contratos devem ser executados de boa fé, de tal sorte que só os abusos e deformações sejam coibidos. A exagerada tendência de negar força obrigatória às cláusulas impressas é, de todo em todo, condenável até porque não deve o juiz esquecer que certas cláusulas rigorosas são necessárias à consecução dos fins perseguidos pelos contratos de adesão em série.

De qualquer sorte, porém, a interpretação dos contratos de adesão comporta liberdade que não se admite na interpretação dos contratos comuns.(...) ⁹⁰

2.8. Modalidades de Contratos de Adesão segundo o Código de Defesa do Consumidor

O § 3º do art. 54 do Código prescreve que "os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis...", deixando transparecer que, nem sempre, os contratos de adesão se apresentam sob forma escrita. O contrato formulário seria apenas uma das espécies de contrato de adesão entre os definidos pelo texto legal.

Esta possibilidade de não ser escrito o contrato já não aparece no § 4º desse artigo, quando se exige que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão." Se a cláusula deve ser redigida com destaque, parece evidente que o instrumento deverá ser revestido da forma escrita. Por esta expressão "redigida", poder-se-ia concluir que as

⁸⁹ WALD, op. cit.

⁹⁰ GOMES, op. cit. p. 139.

cláusulas que implicarem limitação de direito somente devem ser destacadas nos contratos formulários. Não haveria necessidade de tal destaque quando as cláusulas fossem enunciadas por outros meios, como avisos, tabuletas etc.

Não se deu conta o legislador que ao lado dos negócios celebrados por escrito existem os que não são, podendo ser apenas verbais. Melhor seria se o texto legal tivesse utilizado o termo "enunciada", ao invés de "redigida". Por este prisma pode-se incluir o contrato de transporte urbano, em que o passageiro sequer recebe o bilhete da passagem. Outros são quase que totalmente verbais, como p. ex., o contrato de transporte mediante venda antecipada de passagem, como o transporte rodoviário ou aéreo. E ainda, os contratos de estacionamento de veículo, em que o aderente recebe somente o comprovante de que entregou o veículo.

Guardando coerência com o que foi visto anteriormente, a forma escrita pode apresentar-se de duas maneiras: a) através de um contrato-formulário que contém as condições e que são submetidas à assinatura do aderente; b) condições também existentes por escrito, em poder do proponente, porém, o contrato é celebrado verbalmente. Também as condições gerais impostas muitas vezes não estão escritas em nenhum lugar.

Melhor redigido está o art. 46, que leva em conta estas várias formas, parecendo referir-se aos contratos formulários quando não obriga o consumidor "se o respectivo instrumento for redigido de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance." Em sua primeira parte, o mesmo artigo considera a hipótese de não ser escrito o documento, não obrigando a parte "se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo." Também o art. 49 admite a modalidade não escrita, exemplificando a venda por telefone.

Por fim, o art. 18, § 2º, ao admitir a redução ou ampliação de prazo para reclamação de vício do produto, exige que, nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser

convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. Diante dos termos da norma legal, é de se concluir que, pelo menos, no que diz com a convenção respeitante a prazo, se ampliado ou reduzido pelas partes, o instrumento de tal convenção terá de ser escrito. Embora manifestação expressa não seja sinônimo de manifestação escrita, difícil seria imaginar uma manifestação expressa do consumidor que não seja escrita. De resto, quando exige o texto legal seu convencioamento em separado, está a pressupor que exista um formulário impresso, com cláusulas previamente redigidas.

De qualquer modo, ainda que tenham os diversos dispositivos de lei se dirigido especialmente para os contratos-formulários, não há dúvida de que não somente estes merecem a proteção legal. Dentro do conceito amplo de contrato de adesão, submetem-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor as diversas modalidades, tanto sob a forma escrita, como aqueles negócios celebrados com a inclusão de quaisquer condições gerais previamente estabelecidas pelo proponente, necessitem ou não de aprovação de autoridade administrativa. Restringir a abrangência seria excluir da proteção legal justamente o consumidor em sentido estrito, que diariamente se submete a condições unilateralmente formuladas. Também incluem-se os contratos verbais, aqueles em que o consumidor não recebe do fornecedor mais do que um pedaço de papel, submetendo-se, porém, *ipso facto*, a uma série de exigências que, na maioria das vezes desconhece, ou, conhecendo, pensa dever submeter-se por força de lei.

III - CAPÍTULO TERCEIRO: A NOVA CONCEPÇÃO DE CONTRATO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1. A teoria moderna ou social

3.1.1. A transformação dos contratos e a necessidade do surgimento de uma nova teoria contratual:

Dentre os fatores responsáveis pela transformação dos contratos, como vimos, assume especial relevo a emergência da forma padronizada de contratação.

Ora, perante a irrupção desta nova forma de contrato, a análise da literatura escrita a esse respeito desde o início do século revela que os juristas, num primeiro momento, tenderam a admitir que se tratava de algo excepcional, anômalo e incompatível com o contrato: afinal, se este era 'acordo de vontades', não parecia haver tal acordo nas novas formas contratuais. Num segundo momento, tenderam a aceitar a 'anomalia', mas lamentando que ela fosse mais um dado indicativo do 'declínio' ou até da 'morte' do contrato. Só num terceiro momento, passaram a admitir que se tratava de figura tipicamente contratual, mas implicando uma reconsideração do contrato.⁹¹

Mas, seguindo a mesma doutrina, o contrato não está morrendo, e nem sequer em crise. O que estava morrendo era uma concepção inadequada que considerava como sendo contratual determinada relação jurídica, que teve o seu apogeu em determinado período histórico e que tinha como pressuposto que as partes fossem, por sua própria natureza,

⁹¹ NORONHA, op. cit. p. 75-6.

iguais ou igualmente livres. Uma vez que faltasse este pressuposto, que era a condição para a realização de uma justiça contratual, era necessário procurar um outro caminho que reconstituísse ao contrato a justiça. E assim outra coisa não visavam as formas de intervenção estatal que ficaram conhecidas como *dirigismo econômico*: garantir a ordem, ou a segurança, sem cair no totalitarismo, que é por natureza injusto. Porque sem liberdade e sem ordem nunca se realizaria a justiça que afinal é a aspiração máxima do direito, ou o valor principal que a sociedade espera que ele realize.

3.1.2. A nova concepção social do contrato:

Segundo Cláudia Lima Marques⁹², a nova concepção do contrato é uma concepção *social*. Nesta concepção, não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, porque leva em conta também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade e é onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.

Na procura pelo equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes. Porém conceitos tradicionais como os de negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem as suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do Código de Defesa do Consumidor. "*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.*"⁹³ Haverá um *intervencionismo* cada vez maior do

⁹² MARQUES, op. cit.

⁹³ id. ibid. p. 75.

Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social e, segundo a autora, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da *boa-fé objetiva*.

Para esta concepção o contrato ainda é o instrumento a 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*.

3.1.3. A função social dos contratos:

Em verdade todo direito tem uma função social; aliás, neste século XX, são próprias as Constituições que fazem questão de referir a função social dos direitos, e em especial do direito de propriedade. Assim, como nos diz o prof. Miguel Reale, "*o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica.*"⁹⁴

Todo direito só poderá ser legitimamente exercido em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecido aos particulares, que é sempre e necessariamente social. O exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico, caracterizando, segundo o prof. Fernando Noronha, *abuso de direito*, ligado ao princípio da boa-fé. A rigor, mesmo no individualismo liberal não se negava ao contrato uma função social: o que acontecia era acreditar-se que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos. Hoje, porém, perdida a ilusão de que o "*livre jogo dos egoísmos individuais resulta no bem de todos e na felicidade geral, perdida a ilusão dos benefícios de 'invisible hand' de Adam Smith, a função social tinha necessariamente de ser repensada.*"⁹⁵

⁹⁴ Reale *apud* NORONHA, op. cit. p. 83.

⁹⁵ NORONHA, op. cit. p. 85.

É dentro dessa preocupação com a finalidade social dos direitos de crédito que, num posicionamento característico da atual sociedade de massas, procura-se proteger, em nome da justiça social, os chamados mais fracos, como são os trabalhadores e os consumidores (que pela primeira vez possuem duas referências expressas na Constituição Federal), e, por outro lado, se exige que a autonomia privada atenda aos ditames da justiça social.

E ainda é em nome da necessidade de se fazer uma apreciação dos contratos em termos da sua função social que se advoga a intervenção naqueles contratos comutativos em que haja desequilíbrio entre as prestações, em consequência do aproveitamento da situação de premente necessidade, da inexperiência de uma das partes, ou do perigo de grave dano que ela corra: para estes casos fala-se em "lesão" e em "estado de perigo", que são também hipóteses típicas de contrato iníquos.

Por último, a função social do contrato leva a justiça a promover revisões judiciais de contratos, fundadas na alteração das circunstâncias, com teorias como as da imprevisão e da base negocial.

3.1.4. Força vinculativa dos contratos, segundo o prof. Fernando Noronha⁹⁶:

Na nova concepção, o contrato não é dominado apenas pela liberdade contratual em que se resolve a autonomia privada.

E nesta questão do fundamento da vinculatividade do contrato, se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, como se enfatiza tradicionalmente, invocando a autonomia privada, a verdade é que mais importante do que tal dever ético é a necessidade social de assegurar a observância de certos compromissos. Por isso, o valor primacial a se considerar ainda é, como vimos, o da segurança jurídica, que é tutelado em nome da confiança do declaratório, ou, dizendo de outro modo, da sua boa-fé. O princípio da justiça contratual não deixa, porém, de estar presente, na medida em que a confiança do declaratório tem de ceder quando a aparente obrigação seja absolutamente estranha ao aparentemente obrigado - outra solução seria 'iniqua'. Mais do que o respeito pela palavra dada, aqui o que está em causa é o respeito pela fé de quem confiou.⁹⁷

⁹⁶ id. ibid.

⁹⁷ id. ibid. p. 94.

Não se pode fugir da constatação pragmática de que, numa economia de mercado é preciso tutelar negócios e o que estes significam, em termos de distribuição e redistribuição de riqueza. Tutelar negócios significa tutelar a confiança neles depositada pelas pessoas que através deles se tornam credoras, e não propriamente forçar quem ficou na posição final de devedor a se ater a uma atitude moral de respeito pelos compromissos assumidos. Do mesmo jeito, tutelar o que os negócios representam em termos econômicos significa que quem fez bons negócios terá o benefício daí resultantes, como quem fez maus negócios terá que suportar as conseqüências respectivas. Podemos identificar aqui três elementos que parecem subjacentes aos contratos: a confiança nas transações, que se traduz no princípio da boa-fé, o seu equilíbrio, que se traduz no princípio da justiça social, e a força da iniciativa econômica, que se traduz no princípio da autonomia privada. Neste ponto, os princípios subjacentes ao contrato não são mais aqueles pressupostos pela concepção voluntarista que o século XIX nos legou. Agora, importa passar à análise dos verdadeiros fundamentos dos contratos, esboçados nos seus novo princípios, que estudarei a seguir.

3.1.5. Os princípios fundamentais do contrato segundo a teoria moderna:

Como pressupostos do mundo de relações patrimoniais entre pessoas, físicas ou jurídicas, os novos princípios que orientam o direito contratual guardam em si a coerência necessária para assegurar-se, de um lado, a realização das operações visadas pelas partes e, de outro, a observância e o respeito à normas e aos princípios gerais do direito, na defesa de valores mais transcendententes na vida social. Assim, se de um lado permitem o comércio jurídico individual, afim de que as pessoas satisfaçam os seus interesses econômicos, no diversificado entrelaçamento negocial; de outro, possibilitam a sua subsunção aos

parâmetros traçados pelo ordenamento jurídico, na conciliação de interesses supra-individuais ou coletivos.

Para Carlos Alberto Bittar⁹⁸ os princípios de direito contratual convivem, todos em equilíbrio, onde um princípio surge como forma de limitação do outro. Desta feita, "*o princípio da autonomia da vontade se antepõe o do respeito à ordem pública: ao do consensualismo, o da exigência de formalidade; ao da obrigatoriedade, o da possibilidade de revisão; ao da relatividade de efeitos, o de sua extensão, mas sempre à guisa de exceções. Prospera intacta, como base ética essencial, o da boa-fé.*"⁹⁹

A autonomia da vontade ainda é o princípio nuclear do universo contratual para este autor, porém, sua base rígida, a princípio encontrou seu limite natural na noção de ordem pública, com a significação de que, em razão dos interesses da coletividade, certas ações eram vedadas e outras delineadas em leis próprias, como balizas a que se subordinava a autonomia privada. Neste conceito compreendiam-se os interesses essenciais da coletividade, o do Estado, complementando-se, com a noção dos bons costumes, a defesa da moralidade no mundo negocial. Mas, ante os abusos na prática, ante a exploração empresarial e a complexidade da vida urbana, movimentos de reação provocaram a interferência do Estado em negócios privados e a sua incursão continuada no domínio econômico, modificando-se o espectro do princípio em causa, com inúmeros reflexos, particularmente diante da inserção de conceitos e interesses novos no plano da economia. Com isso, operou-se o denominado dirigismo contratual, "*com o Estado impondo contratação, estabelecendo regras obrigatórias, disciplinando o conteúdo de certos contratos, vedando certas cláusulas (como nas áreas financeira, de seguro, de locação, de direitos autorais e outras tantas) e outras ações intervencionistas.*"¹⁰⁰

⁹⁸ BITTAR, op. cit.

⁹⁹ id. ibid. p. 453.

¹⁰⁰ id. ibid. p. 455.

Fernando Noronha faz uma distinção na nomenclatura deste princípio para melhor caracterizá-lo nesta teoria moderna. "Princípio da autonomia privada" é a expressão que tende a substituir aquela de "princípio da autonomia da vontade" que foi cunhada para caracterizar a concepção individualista e liberal que imperava, onde a vontade era o elemento decisivo. Perante a crise desta concepção altamente voluntarista, atualmente reconhece-se que *"nas obrigações contratuais o fundamental não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de auto-regulamentarem os seus interesses e relações, na vida privada (...)"*¹⁰¹ Foi em consequência da revisão a que foram submetidos as concepções voluntaristas do negócio jurídico e o liberalismo econômico que se passou a falar em autonomia privada de preferência à antiga autonomia da vontade.

Não assistimos a uma perda de prestígio do princípio da autonomia privada e especialmente do seu principal corolário, o princípio da liberdade contratual. Tal perda de prestígio é, segundo o autor, da "autonomia da vontade" e não da autonomia privada, como entendida modernamente. Esta perda de prestígio era um tanto inevitável diante das desvirtuações e do fato de tomarmos meras partes, quer seja, o interesse do empresário e de sua liberdade contratual pelo todo, negligenciando a complexidade de interesses e de valores sociais envolvidos nos contratos.

Autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços. É a possibilidade oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos. É, em

¹⁰¹ NORONHA, op. cit. p. 112.

suma, poder de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidos pelos titulares deles e nos limites e com as finalidades assinadas pela função social do contrato.

Para o autor supra citado, o princípio da autonomia privada se desdobra em três princípios ou subprincípios, quer sejam, o da liberdade contratual, o do consensualismo e o do efeito relativo do contrato. Já Carlos Alberto Bittar¹⁰² desenvolve os esses dois últimos princípios em separado. Orlando Gomes¹⁰³ considera que a liberdade contratual é a expressão particular da autonomia da vontade no direito contratual e admite como princípio independente o do consensualismo.

A liberdade contratual, ou negocial é essencialmente revestida da liberdade quanto à celebração ou não de negócios jurídicos e ainda a liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo. Já no primeiro capítulo, distingui e analisei os dois aspectos da liberdade negocial, quer sejam a liberdade contratual e a liberdade de contratar. Neste momento esta distinção se faz extremamente importante, pois, segundo o prof. Arnold Wald¹⁰⁴, o interesse da distinção residiria justamente em enfatizar que, enquanto a liberdade de contratar tem sido mantida, em termos gerais, a liberdade contratual tem sofrido amplas restrições, até porque, hoje muitos contratos (especialmente no âmbito do consumidor) são de adesão.

A regra é que a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. Como foi visto, o direito imperativo defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir pelo combate à usura, proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem. Quanto aos outros contratos, não havia maiores limitações, até o século XIX

¹⁰² BITTAR, op. cit.

¹⁰³ GOMES, op. cit.

¹⁰⁴ Wald *apud* NORONHA, op. cit.

quando as idéias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram o direito ao dirigismo contratual, caracterizado pela expansão da área de normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do Direito do Trabalho, o inquilino, com a legislação de emergência sobre locações e o consumidor, por uma legislação específica ao seu favor. Este dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, tendo em vista a elaboração de uma série de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar, como por exemplo o salário mínimo, o tabelamento de gênero, a fixação de percentagens de juros etc. É de se perceber que o contrato passou a *"ter um conteúdo de direito público, decorrente de lei"* ¹⁰⁵

Da observação prática do uso da liberdade de contratar num regime de desigualdade econômica como o que resultou no desenvolvimento do capitalismo, vemos que de tal modo se abusou desta liberdade, sobretudo em algumas espécies contratuais (e neste aspecto foi de vital importância o fenômeno particular dos contratos de adesão) que inspirou uma série de medidas legislativas tendentes a limitá-la energicamente. O conteúdo de muitos contratos vieram a ser regulados insubstituivelmente por preceitos legais imperativos. Um das características mais marcantes é que o princípio de que toda a pessoa pode soberanamente abster-se de contratar sofre exceções cada vez mais importantes e numerosas.

Tais exceções ocorrem quando o indivíduo:

- a) tem que aceitar, sem alternativa, uma proposta ou oferta de contrato;**
- b) tem de concorrer para a formação do vínculo contratual.**

Nessas duas situações, diz-se que há obrigação de contratar. Têm-na:

- a) os que encarregam da prestação de serviços públicos, ou dos serviços de assistência vital, também chamados de primeira necessidade;**
- b) os que exercem atividade econômica em caráter de monopólio.**

A obrigação de contratar pode ser imposta por lei ou resultar da vontade de particular.

São impostas pela lei:

- a) a dos monopólios legais e, segundo alguns, dos monopólios de fato;**

¹⁰⁵ WALD, op. cit. p. 153.

b) a que, embora não seja de monopólios, nasce como se fosse, por exemplo, a das companhias de seguro em relação aos seguros obrigatórios.

Derivam da vontade de particular as obrigações:

a) contraídas em contrato preliminar;

b) provenientes do chamado legado de contrato.

A obrigação de contratar estipulada em um negócio jurídico preliminar ou pré-contrato é, quando possível, cumprida até por efeito de sentença judicial substitutiva.

O legado de contrato é uma disposição testamentária pela qual o testador impõe ao herdeiro prestar alimentos a determinada pessoa.¹⁰⁶

A multiplicação das obrigações de contratar provocou importantíssima mudança no cumprimento das obrigações de fazer, a possibilidade de se obter uma sentença que produza os efeitos do contrato não concluído. O nosso Código de Processo Civil, que data de 1973 aceitou esta solução. A inovação pode estender-se, com proveito, às obrigações legais de contratar.

Ainda com Orlando Gomes e seguindo a sua classificação exposta no Capítulo Primeiro, a liberdade de determinação do conteúdo do contrato (que é também desdobramento da liberdade contratual, juntamente com a liberdade de contratar) vem sendo também restringida por diferentes processos e através de novas técnicas. O autor indica as que vem determinando habitualmente o conteúdo dos contratos que são:

a) a inserção de cláusulas necessárias;

b) a inserção de cláusulas de uso;

c) a redação de condições gerais através de cláusulas uniformes;

d) o formulário.¹⁰⁷

Considera como *cláusulas necessárias* as que a lei exige a inclusão no conteúdo do contrato e as que estão regularmente subentendidas. Chama-se como *cláusulas de uso* as habituais que integram o conteúdo de certos contratos, exercendo importante função complementar e imperativa. São conhecidas também por *cláusulas de estilo*. Para a uniformidade do tratamento contratual nas relações de massa ou em série, tornou-se comum

¹⁰⁶ GOMES, op. cit. p. 31.

¹⁰⁷ id. ibid. p. 32

o novo processo de formação de tais vínculos consistente na elaboração das cláusulas por um sujeito para a aceitação global de outro. São as chamadas condições gerais do contrato ou contratos de adesão, cujo espectro de abrangência já foi demonstrado no Segundo Capítulo deste trabalho. Já o conteúdo dos contratos de formulário enche-se de cláusulas habituais que por este motivo permitem ser expressas, sem que revelem o fenômeno de integração do conteúdo normativo do contrato como sucede com as condições gerais do contrato.

O autor enumera ainda outras importantes limitações à liberdade de determinação do conteúdo do contrato, como a que resulta de outro ato de autonomia privada chamada negócio ou contrato normativo, onde dois grupos traçam regras para o conteúdo de uma série de contratos a se concluírem pelos indivíduos a eles pertencentes, contrato cuja expressão típica é o Contrato Coletivo de Trabalho. Outra é as que encontramos nos contratos associativos em sentido estrito e nos contratos abertos, pois realmente, quem ingressa numa associação não tem liberdade de negociar as condições do vínculo que lhes interessa constituir; limita-se a aderir às cláusulas formuladas em artigos do seu estatuto. Livre também não é para negociar o conteúdo da relação, quem deva participar de um contrato cuja celebração não tomou parte, nele ingressando depois de concluído.

Na sua visão, nestes contratos a área da autonomia da vontade está comprimida, a muito pouco se reduzindo, uma vez que a determinação pelas partes do conteúdo do contrato é completamente eliminada nestas relações submetidas a uma regulamentação autoritária. O que acontece é que estas se inserem automaticamente às outras cláusulas em um número tão numeroso que praticamente anulam a vontade das partes.

Mas, foi a liberdade de modificar o esquema legal do contrato que está sofrendo as limitações mais drásticas em virtude da intensificação da tendência autoritária consistente na substituição das regras dispositivas pelas de caráter imperativo. Assim é que, de tão

acentuada que está sendo a mudança no tratamento legal dos contratos diante das novas figuras apresentadas na área da autonomia da vontade, que se chegou a duvidar de seu caráter contratual. Neste contexto o contrato de adesão, já discutido, aparece como uma destas figuras, porém a doutrina tenta isolar outras que conservam a aparência contratual. Dentre estas estão o contrato coativo (aquele que obriga as partes a estipulá-lo sem alternativa ou conservá-lo mesmo contra a vontade de uma das partes; pertencem a esta categoria o seguro obrigatório e a locação prorrogada por determinação legal) e o contrato necessário (o que resulta do permanente estado de oferta contratual de certos sujeitos de direito, como as empresas concessionárias de serviço público).

Pelos motivos acima expostos, percebe-se que o direito público absorve o conteúdo da relação negocial, também Orlando Gomes¹⁰⁸ concorda estar aqui delineada a tendência à publicização do conteúdo do contrato. E a significação desta política legislativa de limitação da liberdade contratual em todos os seus aspectos pode ser definida no exercício da vida econômica e social com seus reflexos, a saber:

1º - a descentralização da produção jurídica pela liberdade de contratar entregou aos fortes o poder de dominar os fracos (economicamente, circunstancialmente) - Max Weber.

2º - a massificação das relações contratuais eliminou a possibilidade de sua constituição pelo contrato clássico, tornando-se impotente 'para fazer face às exigências de uma sociedade que não se esteia mais no indivíduo isolado' - Meucci.

3º - a organização da economia em grandes empresas e concentrações econômicas lhes assegurou um poder tão forte que 'o ato do seu exercício se realiza pelas formas de coerção e autoridade próprias das atividades' - Lisserre.¹⁰⁹

Ainda dentro deste tema temos que considerar o fenômeno extremamente curioso da prática, por particulares, de atividades que já se tornaram públicas por seu interesse social. Para o autor, o poder que possuem estes particulares só é privado do ponto de vista dos sujeitos que o exercem. Mas no fundo, são poderes de direito público.

¹⁰⁸ GOMES, op. cit.

¹⁰⁹ id. ibid.

As relações uniformes que se tratavam em massa não poderiam estar sujeitas a liberdade contratual, uma vez que o exercício negativo desta liberdade vinha acentuando as diferenças entre os econômico/socialmente fortes e fracos, condensada na frase de Lacordaire que se tornou famosa: "*entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.*"¹¹⁰

Os meios técnicos que o direito positivo possui na atualidade para evitar ou coibir as conseqüências inadmissíveis da aplicação dos dogmas individualistas em sua pureza original podem ser assim enunciados: "1º) a conversão de *leis supletivas em imperativas*; 2º) o controle da atividade de certas empresas; 3º) a discussão corporativa."¹¹¹ (o grifo é do autor)

O processo de conversão de leis supletivas em imperativas ensejou a elaboração de novo princípio de Direito Contratual, o da regulamentação legal do conteúdo dos contratos, hoje admitido sem maior relutância em certas espécies contratuais e tema que muito interessa a este trabalho. Esta técnica consiste em regular o conteúdo do contrato por disposições legais imperativas, de modo que as partes, obrigadas a aceitar o que está predisposto na lei, não possam suscitar efeitos jurídicos diversos. Em conseqüência disso, a vontade deixa de ser autônoma e a liberdade de contratar retrai-se. Não são mais normas supletivas, que as partes observam se coincidem com seus interesses, mas normas imperativas, a cuja obediência não podem furtar-se; são contratos padronizados. Fala-se em dirigismo contratual.

A intervenção também ocorre mediante o controle estatal da constituição e funcionamento de empresas cuja atividade interessa à economia popular ou é exercida no setor da "*assistência vital*"¹¹² Desta feita, o Estado faz depender de sua autorização o

¹¹⁰ Lacordaire, *apud* GOMES, op. cit. p. 35.

¹¹¹ id. *ibid.* p. 36.

¹¹² id. *ibid.* p.36.

funcionamento dessas empresas, condicionando-o a que assumam certas obrigações nos contratos para o cumprimento de suas finalidades.

A discussão corporativa, o terceiro processo técnico, importa regresso ao princípio da liberdade de contratar mediante a restauração do equilíbrio de forças dos contratantes. Neste caso, as pessoas que podem fazer parte de uma relação jurídica organizam-se, fortalecendo-se, para que, na formação do contrato em que estão interessadas, possam discutir as condições contratuais em pé de igualdade com a outra parte. Este processo técnico afasta a regulamentação autoritária, substituindo-a pela aquiescência livre dos interessados, através da discussão corporativa.

O segundo princípio desta nova fase na teoria dos contratos, para Carlos Alberto Bittar¹¹³ e Orlando Gomes¹¹⁴ seria o princípio do consensualismo. Já o prof. Fernando Noronha¹¹⁵, como já tive a oportunidade de mencionar, o posiciona como subprincípio do princípio da autonomia da vontade. Para este autor este princípio ainda passa a idéia de liberdade: liberdade quanto à forma que deve revestir os contratos e os negócios jurídicos unilaterais. Quanto aos contratos caracteriza-se pelo ditado de que em regra basta o acordo entre as partes para que estas fiquem vinculadas.

O consensualismo opõe-se ao princípio tradicional do formalismo que vinha do direito romano. No direito hodierno, o princípio do consensualismo representa a expressão pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato. Em princípio não se exige formalidades especiais, salvo quando o contrário seja expressamente determinado (CC, art. 129).

Sendo o corolário natural da liberdade e relacionado à força disciplinadora reconhecida à vontade humana, tem-se que as pessoas gozam da faculdade de vincular-se

¹¹³ BITTAR, op. cit. p.455.

¹¹⁴ GOMES, op. cit. p. 37-8.

¹¹⁵ NORONHA, op. cit.

pelo simples consenso, fundadas, ademais, no princípio ético de respeito à palavra dada e na confiança recíproca que as leva a contratar. Com isso, a lei deve, em princípio, abster-se de estabelecer solenidades, formas ou fórmulas que conduzam ou qualifiquem o acordo, bastante por si para a definição do contrato, salvo em poucas figuras cuja seriedade de efeitos exija a sua observância.

Porém, para o prof. Fernando Noronha¹¹⁶, atualmente assiste-se a um renascimento do formalismo, por vezes devido a imposições legais (geralmente ligadas à necessidade de proteção das partes mais fracas, em contratos de adesão, ou a necessidades da chamada "ordem pública econômica"), por exigências ligadas à segurança das transações e à padronização dos contratos. Porém estas exigências práticas não chegam a afetar o alcance do princípio legal, que continua sendo o do consensualismo, mas este está deixando de ser a regra, uma vez que na prática, só encontramos contratos consensuais nas transações de menor importância econômica e, ainda assim, apenas naquelas que sejam cumpridas no mesmo instante em que se celebrem. Na realidade, o acordo de vontades passa a cercar-se de mecanismos de sustentação de posições, dada a fragilidade do simples vínculo oral, em razão do vulto dos interesses patrimoniais no mundo moderno e ante a concepção de vida ora imperante.

O princípio da força obrigatória dos contratos ou ainda princípio da obrigatoriedade dos contratos consubstancia-se pela regra de que o contrato é lei entre as partes. Para Arnold Wald¹¹⁷ a obrigatoriedade dos contratos constitui-se em uma projeção no tempo da liberdade contratual; neste sentido, as partes são obrigadas a realizar as prestações decorrentes do contrato. A idéia de honra a palavra dada, segundo Carlos Alberto Bittar¹¹⁸ também embasa a formulação em causa, em razão da segurança necessária ao comércio

¹¹⁶ id. *ibid.*

¹¹⁷ WALD, *op. cit.*

¹¹⁸ BITTAR, *op. cit.*

jurídico. Significa que, empenhada a palavra em torno da operação visada, as partes devem cumprir as obrigações assumidas e exatamente na satisfação dos interesses postos na contratação. Diz-se que é imutável, ou intangível o contrato em seu conteúdo, conferindo-se-lhe o condão de irretratabilidade, a subjugar as partes à execução nos termos fixados no acordo. Com isso, uma vez estipulado o seu conteúdo, não se pode aceitar modificação, senão, excepcionalmente, pela mesma vontade das partes e em consonância com requisitos e formalidades próprias, ditadas, ademais, pelo próprio desenvolvimento das relações e da modificação das condições das partes.

Porém, devido à série de razões que pude declinar no Primeiro Capítulo, o desequilíbrio das posições, defluente de forças externas ditadas pela própria evolução social, impôs a admissão da revisão judicial dos contratos, à luz da teoria da imprevisão e com a formulação amoldada à realidade econômica que se seguiu a detecção do fenômeno corrosivo do poder da moeda, denominado inflação.

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, considerado por Fernando Noronha¹¹⁹ também como subprincípio do princípio da autonomia da vontade, garante que se por um lado as partes são livres para contratar, dentro da sua esfera de auto-regulamentação de interesses marcada pela autonomia privada, em princípio a vinculação que criarem só a elas atingirá, e não a terceiros. Porém, considera ainda que até este princípio não tem a eficácia que lhe era atribuída anteriormente. Isso decorre do fato de que, ao considerarmos o contrato como fato social, a sua real existência há de importar-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes (como a exceção clássica dos credores legitimados a agir quando prejudicados por um contrato, no instituto de fraude contra terceiros/credores).

¹¹⁹ NORONHA, op. cit.

Outra exceção nos traz Carlos Alberto Bittar¹²⁰, que reconhece a independência do princípio, diferentemente do prof. Noronha¹²¹. É a de que a ampliação da textura negocial e a complexidade estrutural, com o distanciamento entre adquirente e produtor de bens e serviços tem estendido a rede de situações em que terceiros sofrem reflexos de contratações (assim, com os contratos entre categorias, ou com convênios médicos, hospitalares, em cujo contexto inúmeras pessoas se inserem, sem qualquer vinculação com os contratantes).

Como exemplo destas limitações ao princípio do efeito relativo dos contratos, interesse-me particularmente pelo fenômeno dos contratos coletivos, até pouco tempo limitados às ações trabalhistas e agora, com o Código de Defesa do Consumidor, ampliados às relações de consumo, com a Convenção Coletiva de Consumo (art. 107). Isto porque, mesmo que esta só obrigue "os filiados às partes signatárias", estes filiados não serão propriamente os signatários da convenção.

O princípio da boa-fé, para Orlando Gomes, *"entende-se mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível."*¹²² Porém, ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado, quer seja o de traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas. Isso significa dizer que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Aventa-se a idéia, indo mais adiante, de que entre credor e devedor é necessário a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. Porém o autor não concorda com isso, justificando sua posição com a consideração da existência da contraposição de interesses, mas considera certo que a conduta tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir que uma parte dificulte a ação da outra.

¹²⁰ BITTAR, op. cit.

¹²¹ NORONHA, op. cit.

¹²² GOMES, op. cit. p. 43.

Para Carlos Alberto Bittar a boa-fé está na base do conjunto de princípios. Ele é a expressão de que as partes devem pautar sua atuação em consonância com a lealdade e com a confiança recíprocas que a vida de relações impõe. *"Cumpre a cada qual respeitar a posição do outro contratante e operar com fidelidade e com probidade, a fim de que alcance os objetivos pretendidos com o contrato, agindo consoante padrões éticos normais à contratação pretendida."*¹²³

Para este autor o princípio deve estar presente tanto na formação quanto na conclusão e na execução pois ele impregna de moralidade a atividade negocial, na defesa de valores básicos da convivência humana e de direitos ínsitos na personalidade. Com isso, o comportamento da parte deve, em todos os diferentes momentos do relacionamento, desde a aproximação à consecução de todas as obrigações, estar imbuído do espírito de lealdade, respeitando cada um o outro contratante e procurando, com a sua ação, corresponder às expectativas e aos interesses dos outro contratante. Fidelidade à palavra, lealdade no tratamento e cumprimento adequado das obrigações, consoante padrões normais à contratação a que se vincula, são, pois, noções componentes do princípio em questão, que encontra, ademais, consagração legislativa em vários pontos das codificações, inclusive a nossa, que em diferentes situações protege especialmente a parte que, em sua ação, o obedece. Embora vários artigos do Código Civil de 1916 considere a boa-fé no campo dos contratos, só em alguns aparece a exigência, como nos arts. 1.272, 318, 1.321, 968, 1.477 em seu parágrafo único e 1.433. O Código Comercial consagra o princípio no seu art. 131, § 1º, determinando que a interpretação dos contratos se faça com "a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato."

É, em verdade, princípio cardeal do sistema jurídico romano-cristão, cuja base ética é realçada na doutrina, exatamente em razão das concepções ideológicas relacionadas à própria natureza humana, donde se extrai, no fundo, o direito aplicável a cada civilização, em

¹²³ BITTAR, op. cit. p. 457.

consonância, substancialmente com a alma da coletividade e formalmente, à regra da maioria para a sagração.¹²⁴

Seguindo a mesma doutrina, este princípio, considerando-se a evolução processada no campo cultural, político, econômico e jurídico, continua a prosperar no campo contratual, ainda com mais relevo, ante a necessidade de ajustar-se as matérias às desigualdades que se verificam entre as pessoas dos contratantes, principalmente diante da expansão empresarial, civil e comercial, que ora coloca, como pólo de contratos, grandes organizações, nacionais e internacionais, e pessoas comuns da sociedade, e em termos geralmente pelas primeiras preordenados na defesa de seus interesses.

Em decorrência deste princípio é que são conhecidos deveres correlatos ou laterais em todas as espécies contratuais, que se incorporam às relações negociais, exigindo aos contratantes comportamentos adequados, principalmente em vínculos que se estendem no tempo - como em situações de prestação continuada de serviços, em contratos de assinatura, de assistência técnica, de fornecimento, de transporte - que lhes impõe cautelas, avisos, comunicações e cuidados especiais no trato dos negócios, sob pena de responsabilização (como por exemplo na falta de avisos, embalagem inadequada, eleição de via tortuosa e outras condutas desse naipe).

Fernando Noronha¹²⁵ reserva minudente atenção ao princípio da boa-fé, pois considera sua importância frente à maioria dos institutos que muito se desenvolveram no ramo do direito neste século. Ressalta a teoria de Jhering sobre a culpa, que hoje fundada no princípio da boa-fé é chamada de responsabilidade pré-contratual, passando pela teoria do abuso de direito, pelo reconhecimento de deveres acessórios ou laterais, e chegando à tutela da aparência jurídica.

¹²⁴ id. *ibid.* p. 457.

¹²⁵ NORONHA, *op. cit.*

Para este autor existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjetiva, outra objetiva. Tal distinção interessa particularmente este estudo, uma vez que somente a boa-fé contratual é objetiva. A boa-fé subjetiva diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito. Já a boa-fé objetiva refere-se a elementos externos, a normas que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a situação jurídica; no outro está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, outra boa-fé princípio.

A boa-fé objetiva apresenta-se como regra de conduta, como um dever, dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, afim de não frustrar a confiança legítima da outra parte. Esta pode ser designada também por boa-fé lealdade, expressão que enfatiza o dever de agir que se impõe sobre cada uma das partes. Outra designação que também lhe é dada e a de boa-fé confiança, que realça a finalidade do princípio da boa-fé: a tutela das legítimas expectativas do contraente, para garantia de estabilidade e segurança das transações. Porém o autor sugere que esta expressão seja evitada, porque também a boa-fé subjetiva tutela uma situação de confiança.

É neste sentido objetivo que se fala em boa-fé, ou em má-fé nos arts. 109, 112, 1.002, 1.073, 1.404 e 1.405 e 1.438, 1.443 e 1.444 do Código Civil. No Código Comercial é contemplada no art. 131, I. No Código de Processo Civil ela ainda é abrangida pelo art. 14, II e no Código de Defesa do Consumidor é referida nos arts. 4 °, III e 51, IV.

Para Cláudia Lima Marques o princípio da boa-fé objetiva possui dupla função na teoria contratual: *"1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos."*¹²⁶

¹²⁶ MARQUES, op. cit. p. 79.

O prof. Noronha¹²⁷, porém, acredita que a boa-fé objetiva desempenha três funções, uma interpretativa, outra de integração e a terceira de controle. A regra segundo a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé se traduz na função interpretativa, que tem dois desdobramentos: primeiramente os contratos (e os negócios jurídicos unilaterais) devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; em segundo lugar, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável. O segundo comando em que se desdobra o princípio da boa-fé estabelece que os direitos e deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda estabelecidos nas leis, supletivas ou interpretativas, aplicáveis ao negócio celebrado: a boa-fé impõe a observância também de muitos outros deveres de conduta, que vêm sendo evidenciados a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica ou globalizante. A função de controle corresponde ao terceiro comando em que se desdobra o princípio da boa-fé: o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente ou, pelo menos antijuridicamente.

Da análise destas funções, pode-se perceber que, observando o princípio da boa-fé as obrigações sempre serão válidas e eficazes. Na função interpretativa, fala-se em princípio da conservação, segundo o qual, em havendo cláusulas ambíguas deve-se, em caso de dúvida, dar preferência ao sentido que assegure a preservação do negócio. Na função de controle vê-se que a boa-fé impõe a validade de obrigações, apesar de haver nelas um

¹²⁷ NORONHA, op. cit.

consentimento viciado. A situação porém poderá ser oposta, quando o princípio da boa-fé chega a justificar a extinção das obrigações e a resolução dos contratos.

Isso deverá ocorrer quando há a frustração do fim contratual objetivo, ou seja, a boa-fé exige que se dê o contrato por sem efeito quando a finalidade que as partes tinham em vista se torna definitivamente irrealizável, não obstante as prestações a que ambas se obrigaram, em si mesmas, continuarem objetivamente possíveis. Exemplo dado pelo autor é aquele definido pela situação em que funcionário público que celebra contrato de locação por período determinado e, quando menos espera é transferido para outra cidade. A própria lei (Lei n. 8.245/91, art. 4º, parágrafo único) que faculta ao locatário a resolução do contrato com dispensa de qualquer multa, bastando para isso que notifique o locador com trinta dias de antecedência.

Outro grupo de casos em que o dever de agir com boa-fé justifica a extinção da relação obrigacional é o chamado *impossibilidade econômica*, isto é, quando surgem obstáculos tais a realização da prestação que esta não possa se realizar, fica extremamente difícil ou onerosa para o devedor; mas sem que seja destruída a relação de equivalência entre prestação e contraprestação, o que para o autor já é uma onerosidade excessiva, a qual ele trata quando se refere ao princípio da justiça contratual.

Em outras hipóteses já não é a boa-fé que justifica a extinção de contratos, mas sim a violação do dever de agir com boa-fé por uma das partes que faculta a outra o direito de solicitar a própria resolução do pacto celebrado.

O prof. Fernando Noronha faz referência, ainda, a um princípio que conveniuiu chamar de princípio da justiça contratual:

A justiça contratual, será, portanto, uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual. E, dentro dos contratos seu campo de eleição é, naturalmente o contrato comutativo, que é aquele que pressupõe uma relação de equivalência

entre prestação e contraprestação - e que, de resto, constitui a mais importante categoria contratual da vida real, e a mais comum.¹²⁸

À justiça contratual interessa o equilíbrio de compromissos assumidos e benefícios esperados, estes não devem ser medidos de acordo com um critério subjetivo de avaliação das partes, mas de acordo com um critério objetivo, que poderia se chamado de justiça substancial objetiva. Tal justiça objetiva é muito difícil de ser estabelecida, mesmo porque, naqueles casos em que fosse possível estabelecer a adequada equivalência pressuposta pela justiça objetiva, nem sempre seria socialmente conveniente tê-la em consideração; muitas vezes correr-se-ia o risco de suprimir a liberdade das partes e destruir a autonomia privada, e, por outro lado, também se correria de afetar a segurança das transações, que é pressuposta pela boa-fé. É preciso buscar um difícil ponto de equilíbrio entre a justiça contratual, a boa-fé e a autonomia privada, ou, melhor ainda: um ponto no qual a autonomia privada seja limitada, mas não descaracterizada, nem pela boa-fé, nem pela justiça contratual.

E a melhor solução, na opinião do autor é aquela que, partindo da distinção entre justiça formal e substancial, considera que esta se deve presumir a partir daquela: em princípio, deve admitir-se ser substancialmente justa a relação entre prestação e contraprestação, entre benefícios e encargos, que as próprias partes estabeleceram. Uma vez garantidas as condições para a realização da justiça formal, é de presumir que o contrato seja justo, já que em geral são as partes que estão em melhores condições para avaliar se a prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão divididos de forma eqüitativa. Porém, tal presunção de realização da justiça substancial objetiva através do mero acordo entre as partes, consubstanciado no contrato só não valerá em casos especiais - como quando não se realizam as condições de justiça formal (seja devido à

¹²⁸ id. *ibid.*

presença de vícios do consentimento ou à existência de incapacidades, seja por não ser possível qualquer discussão sobre o teor do contrato, como ocorre nos contratos padronizados e de adesão), ou quando, ainda que tais condições estejam presentes, outros fatores efetivamente gerem gritante desproporção entre prestação e contraprestação (como acontece quando vem a ser destruída a relação de equivalência em que as partes haviam fundado o seu negócio).

3.2. O Código de Defesa do Consumidor como consequência da nova teoria contratual

O reflexo mais visível da nova concepção dos contratos é a Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Ela se propõe a restringir e regular, através de normas imperativas o espaço antes reservado totalmente para autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a equidade contratual.

Leis como esta apenas intentam colmatar a lacuna existente no sistema legislativo, que havia sido concebido ao tempo do Estado liberal, para ajustá-lo à nova realidade econômico-social da era em que vivemos, e sobretudo para adequá-lo à contratação padronizada, desconhecida noutros tempos.

3.2.1. A normatização dos princípios contratuais da teoria moderna no Código de Defesa do Consumidor:

O declínio da liberdade contratual é fato na moderna sociedade de consumo. O direito embutido da nova concepção de contrato ao invés de combater este declínio, tentando, por exemplo assegurar a plena liberdade defendida pelos clássicos, aceita estes novos limites impostos. Porém, segundo Cláudia Lima Marques, ele passa a verificar:

a) se os limites provêm do poder estatal, se foram legitimamente impostos, respeitando os direitos constitucionais e tendo amparo em alguma lei; b) se provêm do poder dos particulares, se estas limitações, como por exemplo a imposição do conteúdo do contrato, foram abusivas ou se respeitaram os novos postulados sociais de boa-fé, da segurança, do equilíbrio e da eqüidade contratual.¹²⁹

Sob este ponto, a aceitação de uma liberdade contratual limitada vai ter reflexos na teoria do Direito. Assim, na nova noção de oferta, reforça-se o caráter vinculante da oferta, em nome das segurança das relações contratuais e da proteção da confiança, mas, e principalmente, passam a integrar a oferta todas as informações (até mesmo as publicitárias) que possam fazer parte das expectativas legítimas quanto à qualidade, à quantidade do produto ou quanto ao tipo de obrigações assumidas se aceita a oferta (concepção de oferta de acordo com o art. 30 do CDC).

Assim também, o novo direito dos contratos vai limitar a possibilidade das empresas recusarem a contratar com determinada pessoa ou em determinadas ocasiões, seja por respeito aos direitos constitucionais, seja por passar a considerar ilícito o uso do poder econômico e do monopólio para forçar, por exemplo, um aumento de preços. A recusa de contratar, em alguns casos será punida pelas normas jurídicas (p. ex. art. 35 do CDC), com desvantagens de ordem econômica, podendo estas serem interpretadas como uma verdadeira obrigação de contratar. Porém esta tese é discutível, porque, segundo a autora, não haveria a obrigação de contratar em sentido estrito, mas sim uma punição, equivalente aos eventuais direitos oriundos do contrato, se for recusada a oferta.

A limitação da liberdade contratual vai possibilitar, assim, que novas obrigações, não oriundas da vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas nos contratos em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes, demonstrando mais uma vez o papel predominante da lei em relação à vontade na nova concepção do contrato.

¹²⁹ MARQUES, op. cit. p. 91.

Da mesma maneira, a nova concepção social levará, como já descrevi, a um renascimento do formalismo, uma vez que o dever de empregar determinadas formas para o nascimento das obrigações jurídicas representa uma posição extra para os contratantes menos preparados. A forma leva o contratante a pensar na seriedade do ato que está empreendendo, contribui para que este conheça o teor da obrigação que está assumindo ou, pelo menos, protege e dá publicidade do ato para terceiros. É de observar-se, também, que de certa maneira as novas leis intervencionistas vão ocasionar um renascimento da defesa da liberdade de contratar, da liberdade de escolha do parceiro contratual, através do novo dever de informação imposto ao fornecedor, para que o consumidor possa escolher o parceiro que melhor lhe convier (conforme o inciso III do art. 6º do CDC).

Ainda, esta nova concepção de contrato trouxe a possibilidade do poder estatal, seja através do legislador, seja através do controle jurisdicional ou administrativo, proibir determinadas cláusulas abusivas nos contratos de massa, tema que discutirei no capítulo seguinte.

O postulado da força obrigatória dos contratos foi muito abalado pelas novas tendências sociais da noção de contrato, pois a nova concepção destaca o papel da lei para relativizar essa força obrigatória decorrente dos contratos firmados. É a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a auto-regulamentação de interesses privados. É ela que vai legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas a sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato. Assim, o princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão através de uma nova manifestação volitiva das mesmas partes contratantes sofrerá limitações (neste sentido os incisos IV e V do CDC). Aos juízes agora é permitido um controle do conteúdo do contrato, como reza o Código de Defesa do Consumidor, devendo

ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC). É o intervencionismo estatal que ao editar leis específicas pode, por exemplo, inserir no quadro das relações contratuais novas obrigações com base no princípio da boa-fé (dever de informar, obrigação de substituir peça etc.), mesmo que as partes não queiram ou não tenham previsto ou as tenham expressamente excluído no instrumento contratual; também houve um enfraquecimento da força vinculativa dos contratos através da possível aceitação da teoria da imprevisão (como no inciso V do art. 6º do CDC).

Além de considerar a vontade das partes, agora possuem os juízes outras novas fontes de interpretação de um instrumento contratual, especialmente nos contratos em que uma das partes só teve a liberdade de aderir ou não os termos pré-elaborados. As leis aqui chamadas intervencionistas autorizam o Poder Judiciário a um controle mais efetivo da justiça contratual e ao exercício de uma interpretação mais teleológica, onde os valores da lei tomam o primeiro plano e delimitam o espaço para o poder da vontade. O juiz ao interpretar o contrato não será um simples servidor da vontade das partes será, ao contrário, um servidor do interesse geral. Ele terá em vista tanto o mandamento da lei e da vontade manifestada, quanto os efeitos sociais do contrato e os interesses das partes protegidos pelo direito em sua nova concepção social.

Relativiza-se igualmente o postulado de que os contratos só tem efeitos entre as partes. As novas tendências postulam que, em alguns casos, o raio de ação do contrato deve transcender a órbita das partes. Como exemplo podemos citar a tentativa doutrinária de estender a garantia contratual contra vícios ou defeitos aos terceiros vítimas de um fato do produto; e igualmente a intensificação na vida moderna dos contratos em benefício de terceiros, como os contratos de seguro de vida e o de transporte de mercadorias em alguns casos. Neste ponto, segundo Cláudia Lima Marques¹³⁰, localizam-se dos mais importantes

¹³⁰ id. ibid.

fenômenos, desafios, do novo direito dos consumidores. Nas relações contratuais de massa a crédito, a relação se estabelece entre o consumidor e a empresa de crédito, mas o bem é fornecido pela empresa-vendedora. Neste triângulo contratual, a acessoriedade da relação de crédito em relação ao cumprimento dos deveres da relação de fornecimento do bem, deve ficar clara, para evitar que fique independente da outra, impossibilitando as reclamações do consumidor.

Também as fases anteriores e posteriores ao momento da celebração do contrato ganham em relevância. Disciplina-se o pré-contrato, reforçando a sua força obrigatória para que conceda em alguns casos direito real ao beneficiário. Reforçam-se os requisitos da fase pré-contratual ao impor deveres de informação ao fornecedor. Mas especial atenção receberá a fase pós-contratual. A doutrina já havia desenvolvido a teoria da culpa *post factum finitum*, a qual, baseada no princípio da boa-fé, estendia a eficácia do contrato para além do cumprimento do dever principal. As novas leis intervencionistas, especialmente no que se refere ao consumo de bens duráveis, disciplinarão os deveres anexos à obrigação, impondo, por exemplo, o dever da chamada assistência pós-venda (art. 18, § 1º, do CDC), o dever de informar sobre o modo e a técnica de utilização dos produtos (art. 18, *caput, in fine*), assim como disciplinando a garantia legal e a garantia contratual oferecida pelo fornecedor (arts. 24 e 50 do CDC).

A proteção da confiança é também consequência da nova concepção social e não mais exclusivamente a teoria dos vícios de consentimento. Porém, esta teoria continua a estar presente mesmo na nova concepção social do contrato, tanto que algumas de suas idéias vão ser usadas como base para novas figuras e obrigações impostas pelas leis intervencionistas. Assim é que a idéia de erro, como falsa visão da realidade, a qual leva a pessoa a contratar em circunstâncias que normalmente não contrataria, será uma das fontes

da nova figura do direito do consumidor, o dever de informar, o qual foi imposto de maneira abrangente aos fornecedores de bens e serviços pelo CDC.

Seguindo a nova concepção contratual, a doutrina e a jurisprudência foram levadas a, em caso de divergência da vontade interna da vontade declarada, preferirem a vontade declarada, criando a teoria da confiança. Tal teoria pretende "*proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. Protege-se, assim, a boa-fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante.*"¹³¹ A vontade declarada prevalecerá se o outro contratante souber ou puder saber razoavelmente que aquela não era a vontade interna do seu parceiro. A teoria da vontade até então concentrava-se no indivíduo, aquele que emite erroneamente a sua vontade, concentrava-se no momento de criação do contrato; hoje ela também concentra-se em um indivíduo, qual seja o que recebe a declaração de vontade, em sua boa-fé ou má-fé, mas tem como fim proteger os efeitos do contrato e assegurar, através da ação do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações.

O CDC institui o princípio da confiança no Brasil, sendo que este princípio abrange dois aspectos:

- 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio da 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 adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos ou serviços.¹³²

Outra consequência da nova concepção social do contrato é justamente a mudança do momento de proteção do direito. Não mais se tutela exclusivamente o momento da

¹³¹ id. *ibid.* p. 96.

¹³² id. *ibid.* p. 96.

criação do contrato, a vontade, o consenso, mas, ao contrário, a proteção das normas jurídicas vai concentrar-se nos efeitos dos contratos na sociedade, por exemplo no momento da execução procurando harmonizar os vários interesses e valores envolvidos e assegurar a justiça contratual.

Também o Código de Defesa do Consumidor trouxe a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais.

O primeiro e mais conhecido dos deveres anexos (ou das obrigações contratuais acessórias) é o dever de informar (arts. 30 e 31 do CDC). Este dever é visualizado na fase pré-contratual, fases de tratativas entre consumidor e o fornecedor, quando o consumidor escolhe, por exemplo, o modelo de carro que pretende adquirir, uma simples geladeira ou qual plano de saúde deverá proteger sua família pelos próximos anos, tipo, quais são as carências e as exclusões de cada tipo de plano etc. Nesta fase as informações são fundamentais para a decisão do consumidor (qualidade, garantias, riscos, carências, exclusões de responsabilidade, existência de assistência técnica no Brasil etc.) e não pode haver indução ao erro, qualquer dolo ou falha na informação por parte do fornecedor ou promessas vazias, uma vez que as informações prestadas passam a ser juridicamente relevantes, integram a relação contratual futura e, portanto, deverão ser cumpridas na fase de execução do contrato. Nesse momento de tomada de decisão pelo consumidor também deve ser dada a oportunidade do consumidor conhecer o conteúdo do contrato (art. 46 do CDC), de entender a extensão das obrigações que assume e a abrangência das obrigações da prestadora de serviços. É a nova transparência obrigatória nas relações de consumo, em que vige um novo dever de informar, imputado ao fornecedor de serviços e produtos, e uma nova relevância jurídica da publicidade, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor

como forma de proteger a confiança despertada por este método de *marketing* nos consumidores brasileiros.

Houve uma inversão de papéis, com o CDC impondo ao fornecedor o dever de informar sobre o produto ou serviço que oferece (suas características, seus riscos, sua qualidade) e sobre o contrato que vinculará o consumidor. Inverteu-se

a regra do 'caveat empor' (que ordenava ao consumidor uma atitude ativa: se quer saber detalhes sobre o plano de saúde, informe-se, descubra o contrato registrado no cartório no Rio de Janeiro ou São Paulo... atue ou nada poderá alegar) para a regra do caveat veredictor' (que ordena ao vendedor ou corretor de planos de saúde que informe o conteúdo desse, riscos, exclusões, limitações etc). Estabeleceu-se, assim, um novo patamar de conduta, de respeito no mercado, que não admite mais sequer o *dolus bonus* do vendedor, do atendente, do representante autônomo dos fornecedores, face ao dever legal.¹³³

O segundo dever anexo destacado pela doutrina é o "Dever de Cooperação", dever de colaborar durante a execução do contrato, conforme o paradigma da boa-fé objetiva. Cooperar pode ser entendido no sentido de agir com lealdade e não obstruir ou impedir. Esse dever será cumprido de um lado, evitando inviabilizar ou dificultar a atuação do outro contratante, quando este tenta cumprir com suas obrigações contratuais. De outro lado, se o fornecedor está obrigado a cumprir com suas obrigações (por exemplo: reembolsar ou fornecer determinados exames e consultas médicas, entregar determinado bem, executar determinado serviço) não deve dificultar o acesso aos consumidores ao seu direito ou inviabilizar que a prestação seja devida. Deve também o fornecedor abster-se de usar ou impor expedientes desnecessários ou maliciosos, como exigir uma grande série de autorizações, documentos, solicitações só retiráveis em determinados locais, em determinada hora e por decisão arbitrária do próprio fornecedor, exigir comunicações imediatas ou em curto espaço de tempo em matérias que envolvem a integridade física, psíquica da pessoa e seus familiares, e ainda mais, exigindo esta atuação contratual sob pena

¹³³ id. *ibid.* p. 84.

de perda dos direitos contratuais. Estas dificuldades excessivas impedem o cumprimento da prestação principal e significam o descumprimento das obrigações acessórias oriundas do contrato e do dever de conduta segundo a boa-fé: descumprir o dever de cooperação, de lealdade significa inadimplir, mesmo que parcialmente.

Este dever de lealdade, de cooperação reflete-se também na redação dos contratos, a qual é executada de maneira unilateral e prévia pelo fornecedor. O fornecedor está autorizado a utilizar o método da contratação em massa, através de contratos de adesão, e a imposição de condições gerais, mas deve redigir estes textos de forma clara e precisa, destacando as cláusulas que limitem ou excluam direitos do consumidor.

Pode também ser destacado o dever anexo de cuidado. A imposição desta obrigação acessória no cumprimento do contrato tem por fim preservar o co-contratante de danos à sua integridade, tanto pessoal (moral ou física), quanto patrimonial. Em seu primeiro aspecto a obrigação de segurança manifesta-se, por exemplo, quando da utilização de um meio técnico para alcançar a realização do objetivo do contrato de serviço. Assim, no contrato de transporte do passageiro e de sua bagagem este será feito por um meio técnico (avião, ônibus ou carro) e deverá o transportador cuidar que nenhum dano sobrevenha aos passageiros e à bagagem sob sua responsabilidade, assim como cuidar para que o meio utilizado (veículo) esteja em boas e adequadas condições.

Esta tentativa de preservar a integridade do co-contratante impõe-se ao fornecedor de serviços para que no momento de sua atuação ou ao organizar a atuação, ou mesmo ao cobrar a sua dívida, não cause danos morais ou patrimoniais ao co-contratante. Assim, quando divulga informações que tomou conhecimento em razão da relação contratual, deve cuidar para não causar danos (morais ou patrimoniais) ao consumidor, desde o simples fornecimento de seu endereço para que enviem correspondência comercial ou política até a divulgação de sua situação financeira, sua saúde ou opinião política, crença religiosa etc.

Isso porque o CDC impõe como objetivo a reparação integral e efetiva dos danos causados aos consumidores no mercado brasileiro, mencionando o art. 6º, VI do CDC os danos morais e patrimoniais.

3.2.2. A proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor:

Uma análise geral do Código revela que os seus 119 artigos constituem o que a doutrina moderna convencionou chamar de *microsistema normativo* com uma extensão multidisciplinar, abrangente de vários ramos do Direito, tanto do Público como do Privado. Trata-se de norma específica e característica dentro do ordenamento legal brasileiro, oriundo de novas concepções que orientam o Direito empresarial moderno, o que influi sobre as formas e métodos de sua compreensão, interpretação e aplicação dos seus dispositivos perante os casos concretos. Este é o quadro normativo em que se insere o nosso tema.

O Código de Defesa do Consumidor no que se refere ao Capítulo VI tem como fim justamente reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e dando maior transparência às relações contratuais no mercado brasileiro. Para alcançar o equilíbrio nas relações contratuais modernas o CDC opta por regular também alguns aspectos da formação do contrato, impondo novos deveres para o elaborador do texto (fornecedor) e assegurando novos direitos para o consumidor (aderente) quando da formação das relações contratuais de consumo (art. 6º, III e IV). Eis aqui alguns deles que se referem especificamente às Disposições Gerais daquele Capítulo, passando pela análise dos contratos de adesão para, enfim, em Capítulo diverso, abordar o tema das Cláusulas Abusivas:

3.2.2.1. Dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato¹³⁴ ou dever de informar (art. 46, 1ª parte):

O art. 46, primeira parte, introduz no Brasil o dever de informar sobre o conteúdo do contrato a ser assinado. O alcance desta disposição é muito grande. Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de dar oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, sua sanção será ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não terá o seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo não existe, é mais do que ineficaz, é inexistente, por força do art. 46, enquanto a oferta, por força do art. 30, continua a obrigar o fornecedor.

Neste aspecto o CDC tem também uma finalidade educativa, pois a *ratio* do artigo é evitar que o consumidor, vítima de práticas de vendas agressivas, seja levado a não tomar ciência das obrigações que está assumindo através daquele contrato. É o caso do consumidor que assina proposta de plano de saúde, de contrato de seguro, sob as promessas do vendedor, que receberá após, em casa pelo correio, o texto do contrato, ou o *carnet* de pagamento com o valor da prestação atual. É o caso do consumidor que estaciona o carro em garagem, ou que deixa roupas na lavanderia e quando retorna e paga o serviço, recebe no verso do recibo, a lista de cláusulas que regulava a relação contratual, incluindo uma de não responsabilização pelos eventuais danos a seus bens. O CDC oferece dupla opção para o consumidor: no primeiro caso relatado, o art. 47 permite ao consumidor, quando toma conhecimento do conteúdo do contrato, mesmo após ter a ele se vinculado por meio de assinatura anterior, livrar-se do vínculo, procurando outro fornecedor para

¹³⁴ Cláudia Lima Marques acredita que a melhor expressão é "dever de oportunizar" o conhecimento sobre o conteúdo do contrato, por isso aqui faço a ressalva.

contratar que ofereça melhores condições contratuais; no segundo grupo de casos, o vínculo contratual representa, ao contrário, a segurança do consumidor, e a melhor situação para ele é considerar não incluída a lista de cláusulas em seu contrato específico ou anular as cláusulas unilaterais e abusivas (arts. 30 e 51 do CDC).

O art. 46 terá maior utilização nos chamados contratos de massa, onde a manifestação de vontade do consumidor na maioria das vezes se dá sem que este tenha conhecimento exato das obrigações contratuais que está assumindo. O fornecedor fica obrigado a assegurar que o consumidor possa ter conhecimento do conteúdo das condições gerais antes de assinar o contrato, ou porque encontram-se afixadas em lugar visível no estabelecimento comercial, ou porque integram o texto do contrato colocado à disposição do consumidor para ler.

Este artigo tem por intuito trazer maior transparência às relações contratuais de consumo na sua fase pré-contratual, impor maior lealdade e boa-fé nas práticas comerciais, mas não pode ser interpretado como obrigando o consumidor a ler o contrato. Certo é que o fornecedor, para evitar o jugo do art. 46, pode até oralmente destacar para o consumidor quais são as principais obrigações que ele está assumindo, pode colocar cartazes em sua garagem, em seu banco, nas máquinas que serão usadas pelo consumidor, contendo cláusulas contratuais gerais ou algumas obrigações especiais. O art. 46 em sua primeira parte dispõe apenas sobre uma possibilidade ou oportunidade de dar-se ciência do conteúdo do contrato ao consumidor, a isso fica obrigado o fornecedor; caberá ao consumidor a decisão de efetivamente ler ou não, de tomar ciência ou não do texto do contrato. Certo é que a insegurança causada pela existência de uma regra como a do art. 46 modificará as práticas comerciais dos fornecedores nestas negociações preliminares com os consumidores brasileiros, de nível cultural e econômico tão diferenciado.

3.2.2.2. Dever de redação clara dos contratos (art. 46, 2ª parte):

Com este dispositivo o CDC estipula um novo dever específico do fornecedor, que na sociedade de massa é normalmente o elaborador dos contratos oferecidos no mercado. A finalidade da norma é assegurar a informação do consumidor, ou a transparência necessária nas relações de consumo. Tenta evitar que o fornecedor utilize a sua superioridade econômica e mesmo técnica para confundir o consumidor e impor a ele obrigações que se tivesse compreendido o sentido do texto, não teria assumido. Este dever de redação clara será ainda maior se o fornecedor desejar utilizar-se de métodos de contratação de massa, como esclarece o art. 54, § 3º do CDC.

Os contratos de consumo que utilizam-se de métodos de contratação em massa sempre despertaram o especial interesse da doutrina e da jurisprudência brasileira. O sistema do CDC destaca uma seção especial para a disciplina dos contratos de adesão. Para o Código, contrato de adesão é o definido como sendo aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas por autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo, sendo que, pelo § 1º da norma, a inserção de cláusula individual no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. Assim, aqueles fornecedores que desejarem utilizá-los deverão cuidar para que os contratos sejam redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis de modo a facilitar sua compreensão pelo fornecedor (art. 54, § 3º) sob pena de ser aplicado o art. 46, não obrigando o consumidor ao contrato firmado. O § 4º do mesmo dispositivo prevê que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

A sanção para o descumprimento por parte do fornecedor de seu novo dever de redação clara dos contratos é a desconsideração do vínculo contratual que teria nascido em

virtude deste contrato mal redigido. Em última análise, pode-se dizer que tal sanção tem origem na presunção de má-fé do fornecedor elaborador do contrato. Novamente, a sanção é a insegurança criada pela existência do art. 46, que possibilita ao consumidor livrar-se de um contrato perfeitamente formalizado, assinado e eficaz, por uma falha de transparência (no caso boa-fé) quando da sua formação.

À aplicação da sanção deste artigo, em sua segunda parte, para os contratos discutidos cláusula a cláusula (paritários), será polêmica, uma vez que se trata de hipótese que revolta o princípio da autonomia da vontade. A solução estará na exigência da manifestação do Judiciário para declarar se o contrato juridicamente existe ou não, obriga ou não o consumidor.

3.2.2.3. Interpretação pró-consumidor (art. 47):

O primeiro instrumento para assegurar a equidade, a justiça contratual, mesmo em face dos métodos unilaterais de contratação em massa é a interpretação judicial do contrato em seu favor. Foi a partir da regra geral do art. 85 do Código Civil (o qual previa que nas declarações de vontade deveria se atender mais à sua intenção que ao sentido literal de sua linguagem) que a jurisprudência brasileira evoluiu no sentido de interpretar cada vez mais positivamente para o consumidor as cláusulas dos contratos de adesão, principalmente em caso de dúvida ou lacuna do contrato. Tal evolução se deu principalmente quanto aos contratos de seguro. Em verdade, nesses contratos a jurisprudência brasileira, por vezes, chegou até a desconsiderar algumas cláusulas do contrato, sem base legal, mas recorrendo a ficção de que não teria havido consenso sobre aquelas. Esta tendência de exigir o consentimento expresso do consumidor para algumas cláusulas permitiu que a doutrina brasileira desenvolvesse a regra de que a cláusula escrita à mão ou adicionada a pedido pelo consumidor teria prevalência àquela impressa.

O CDC, em seu art. 47 institui como princípio geral a interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais, representando uma evolução face o art. 85 do Código Civil Brasileiro, uma vez que beneficiará a todos os consumidores, sendo que agora a vontade interna, a intenção não declarada, nem sempre prevalecerá. O direito optou por proteger o consumidor como parte contratual mais débil, a proteger as suas expectativas legítimas, nascidas da confiança no vínculo contratual e na proteção do direito. Assim, é a vontade declarada que ganha importância (nova noção de oferta), assim como a boa-fé das partes.

Se a interpretação *contra proferentem*¹³⁵ já era conhecida e utilizada no direito brasileiro, é necessário frisar que, após o advento do CDC, a interpretação dos contratos de consumo apresenta um novo elemento diferenciador. O intérprete do contrato de consumo deve necessariamente observar não só a regra do art. 47, mas todas as normas que o Código dispõe e inclui como novos direitos e deveres para o consumidor e o fornecedor. Em outras palavras, o conteúdo do contrato a interpretar não é somente aquele posto em cláusulas pré-redigidas unilateralmente pelo fornecedor, mas também todo contexto anterior que constitui a oferta, isto é, publicidade veiculada, os prospectos distribuídos, as informações prestadas ao consumidor, as práticas comerciais exercidas, tais como a venda casada, a oferta de prêmios ou brinde especiais para incitar a manifestação de vontade do consumidor etc. Estas manifestações anteriores a conclusão do contrato escrito, por disposição legal imperativa (art. 30 e 48 do CDC) tornam-se fontes contratuais heterônomas¹³⁶. Em caso de conflito entre alguma cláusula contratual e a publicidade veiculada ou alguma outra informação prestada (e provada), a interpretação do conteúdo contratual efetivo pode levar em conta a imperatividade e indisponibilidade das normas do

¹³⁵ Ou interpretação mais favorável ao aderente.

¹³⁶ Este terminologia é de Enzo Roppo *apud* MARQUES, op. cit. p. 285.

CDC, cuja *ratio* é justamente assegurar uma melhor posição contratual ao consumidor que não redige (ou influencia) o contrato escrito.

Face a finalidade de proteção especial das normas do CDC a interpretação dos contratos envolvendo consumidores e fornecedores deve guiar-se por seus princípios, em especial o princípio da boa-fé, da transparência, da proteção da confiança e da expectativas legítimas dos consumidores. Trata-se de uma interpretação contextual, que procura o sentido e o alcance da vontade expressa no contrato também em seu contexto negocial, na finalidade normal neste tipo de contrato, nas expectativas normais para os consumidores neste tipo de negócio, considerando igualmente os atos e informações anteriores à conclusão do negócio como juridicamente relevante, formando o todo a interpretar, a relação negocial a considerar.

Segundo o art. 50 do CDC, a garantia contratual deverá ser interpretada como complementar à garantia legal. Portando, em uma visão comparativa, podemos dividir os esforços atuais dos intérpretes de contratos de consumo em dois blocos: esforços visando a interpretação de algumas cláusulas obscuras, contraditórias ou ambíguas, e outros visando a interpretação do contrato como um todo, de forma a descobrir as obrigações contratuais válidas, as essenciais e as implícitas.

Para descobrir o sentido e o alcance das cláusulas da relação contratual de consumo, o intérprete utilizará as conhecidas técnicas da interpretação estrita das exceções, da interpretação *contra proferentem*, do efeito útil do contratado, da superioridade das cláusulas individuais mais benéficas ao consumidor, mesmo que orais ou presentes na oferta publicitária e as demais técnicas de interpretação dos negócios jurídicos, guiadas sempre pelo princípio do art. 47 do CDC.

Quanto ao segundo bloco, o intérprete concentrará sua forças em descobrir o sentido e alcance da relação contratual como um todo, o verdadeiro regulamento

contratual, em outras palavras, quais são ou eram os deveres e direitos de cada parte, suas pretensões, suas obrigações. A descoberta de obrigações implícitas nos variados tipos contratuais, dos deveres anexos de cada um dos contratantes, dos deveres principais ou dos deveres essenciais daquele tipo contratual, da eventual influência das normas imperativas naquela relação concreta será a tarefa do intérprete da relação de consumo *in casu*.

Este esforço para a 'descoberta' de obrigações implícitas ou não escritas é um misto de interpretação e subsunção, cotidiano inafastável dos profissionais do direito; pode ocorrer tanto quando o contrato nada menciona (ausência de previsão), quanto o contrato prevê justamente o contrário, tentando exonerar o fornecedor destas obrigações através de previsões contratuais expressas. Neste último caso, a tendência atual da jurisprudência consiste em proibir a exclusão de tais 'obrigações implícitas' através de previsão contratual, que será considerada nula.¹³⁷

3.2.2.4. A nova visão de oferta: Informações e pré-contratos (arts. 30 e 48):

O art. 48 reforça a nova noção de conteúdo do contrato disposta no art. 30. Afirma que as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos vincularão o fornecedor. Em outras palavras, estas informações farão parte do contrato, uma vez que o seu descumprimento ensejará inclusive a execução específica prevista no art. 84.

A norma constante do art. 48 nasceu do problema sensível dos pré-contratos, que no Brasil ganhou importância com a massificação das promessas de compra e venda de imóveis loteados e não loteados. Segundo a doutrina tradicional, este pré-contrato era considerado mera obrigação de fazer, dando origem a apenas um crédito à conclusão do contrato, a uma ação pessoal, cujo descumprimento levaria à indenização em perdas e danos. Com a evolução social, o legislador brasileiro foi obrigado a criar, em hipóteses específicas (Decreto -lei 58, de 10 de dezembro de 1937 e Lei n. 6.766 de 19 de dezembro de 1979) e dependentes de formalização, um efeito real para tais promessas, afim de que o promitente

¹³⁷ id. *ibid.* p. 287.

comprador pudesse ter regularizada a propriedade do imóvel. Segundo o art. 22 do Dec.-lei n. 58, os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, desde que inscritos no registro imobiliário, atribuem aos compromissários direito real oponível contra terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória. A jurisprudência evoluiu no sentido de considerar inadmissível o arrependimento em tais compromissos, ainda que permitido pelo art. 1.088 do Código Civil (Súmula 166 do STF), e mesmo existindo cláusula expressa no contrato, quando o fornecedor descumpra o contrato (RTJ 41/355). Alfim a Súmula 413 do STF pacificou a jurisprudência no sentido de estender aos compromissos de venda de imóveis não loteados a execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais.

O art. 48 vem apresentar mais um passo adiante nesta evolução. Em uma interpretação literal, o artigo parece permitir, sem o formalismo antes exigido, ao consumidor exigir a execução específica, isto é, que por sentença o juiz substitua-se ao devedor da obrigação de fazer e, por exemplo, elabore ou inscreva no registro de imóveis a escritura definitiva de compra e venda do imóvel.

Da mesma maneira os escritos particulares, como por exemplo pequenas promessas feitas por prepostos ávidos em vender (art. 34 do CDC) passam agora a integrar o contrato como obrigações de fazer, medida que amplia consideravelmente o conteúdo do contrato a ser firmado entre consumidor e fornecedor.

Quanto aos recibos, já valiam, sob a égide do direito tradicional, como meio normal de quitação, pois, segundo o art. 1.093 do Código Civil, a quitação valerá, qualquer que seja a sua forma, desde que se cumpra os requisitos do art. 940 (designação do valor e da espécie de dívida quitada, do nome do devedor ou de quem por este pagou, do tempo e lugar do pagamento, com a assinatura do credor e de seu representante). A norma do CDC inova ao dispor que as eventuais declarações de vontade presentes nos recibos vinculam o

fornecedor. O recibo, enquanto quitação, já fazia prova do pagamento; o CDC refere-se ao hábito, mais ou menos comum, de aproveitar o verso do recibo para fazer declarações e imprimir condições gerais.

Cláudia Lima Marques¹³⁸ pensa que esta cláusula deve ser bem interpretada, caso contrário, nem sempre virá de encontro aos interesses dos consumidores tutelados pelo CDC, tendo em vista especialmente o hábito dos fornecedores de aproveitarem o verso do recibo para imprimir algumas cláusulas limitativas dos direitos contratuais do consumidor. Neste sentido, importante é esclarecer que a norma refere-se somente à vinculação do fornecedor às declarações prestadas, não mencionando a eventual vinculação do consumidor com relação a estas CONDGs impressas no recibo. Isto porque, no sistema de informação montado pelo CDC, o consumidor deve ter a oportunidade de conhecê-las de maneira prévia.

3.2.2.5. Direito de arrependimento do consumidor (art. 49):

Para proteger a declaração de vontade do consumidor, para que essa possa ser decidida e refletida com calma, protegida das técnicas agressivas de venda a domicílio,¹³⁹ o art. 49 do CDC inova o ordenamento jurídico nacional e institui um prazo de reflexão obrigatório e um direito de arrependimento.

Qualquer fornecedor que pratique a chamada técnica de "venda a domicílio", na residência dos consumidores, no seu local de trabalho (repartições, colégios etc.), mesmo que por telefone, ou por malote postal, para propor aos consumidores a conclusão de contratos de compra e venda, de assinatura de periódicos, de consórcios etc., ou para

¹³⁸ id. *ibid.*

¹³⁹ Segundo Lamberterie, *apud* MARQUES, *op. cit.* p. 269, a venda a domicílio apresenta um caráter particularmente agressivo, porque o consumidor é extremamente vulnerável e não tem meios de prova das eventuais manobras fraudulentas do vendedor.

oferecer a prestação de seus serviços, passa a estar submetido ao regime especial instituído pelo art. 49 do CDC, visando assegurar a boa-fé, a lealdade nas relações contratuais entre consumidor e fornecedor.

As preocupações com estas práticas agressivas de vendas, também chamadas "vendas por impulso", as quais deixam clara a vulnerabilidade do consumidor, levaram o legislador do CDC a editar norma específica para assegurar um mínimo de boa-fé nestas relações entre fornecedores e consumidores, pois os instrumentos tradicionais que o direito colocava à disposição dos consumidores (o erro, dolo e a conseqüente anulação do contrato) esbarravam em dificuldade práticas e de prova.

Nos contratos concluídos no domicílio ou no local de trabalho do consumidor, as chamadas vendas de "porta-em-porta", o consumidor terá um prazo legal de reflexão de 7 dias, podendo neste prazo manifestar a sua vontade no sentido de desistir, sem ônus, do contrato já concluído. Conta-se este prazo da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço (execução da prestação principal).

Nota-se, da leitura do *caput* do artigo e de seu parágrafo único que o CDC fala em desistência do contrato, pressupondo-se, com isso, a prévia existência de um contrato, restando apenas a discussão sobre sua validade ou eficácia. Tal resposta somente poderá ser elaborada daqui a algum tempo, depois de longo caminho de discussão e aprofundamento. Pode-se dizer, por enquanto, que se trata de norma extremamente complexa, misturando várias figuras, como o arrependimento, que até então era pré-contratual, a desistência unilateral, enquanto o direito tradicional conhecia apenas o distrato, e o prazo de reflexão, que até agora era considerado apenas um dever acessório ao contrato.

A regra do art. 49 é omissa sobre o que ocorrerá com o produto eventualmente entregue ao consumidor. Certamente, pelo princípio da interdependência de prestações, será devolvido ao fornecedor. Mas, e se o produto foi danificado? E se ele desapareceu sem

culpa do consumidor? Ou se ele já foi usado pelo consumidor, poderá ele exercer seu direito de devolvê-lo? A solução, apresentada pela autora acima citada é a seguinte:

Se ele pretende fazer uso do seu novo direito de arrependimento, no prazo de 7 dias, deverá cuidar para que o bem não pereça e não sofra qualquer tipo de desvalorização, devendo evitar usá-lo ou danificá-lo (abrir o pacote, experimentar o shampoo, manusear e sujar a enciclopédia etc.). Se o fizer, segundo nos parece, poderá até desistir do vínculo obrigacional, liberando-se das obrigações assumidas, (por ex.: pagamento da segunda prestação, recebimento mensal dos fascículos da enciclopédia, etc.), mas como não pode mais devolver o produto nas condições que recebeu (volta ao status quo), terá que ressarcir o fornecedor pela perda do produto ou pela desvalorização que o uso causou, tudo com base no princípio do enriquecimento ilícito.¹⁴⁰

Semelhante justificação pode ser adotada no que concerne ao direito de arrependimento dos contratos de serviços, em especial aqueles já executados. A solução também é semelhante, pois o direito de arrependimento é independente da possibilidade física da volta ao *status quo*, o direito é assegurado para liberar o consumidor do vínculo contratual, sem ônus, devendo, porém, restabelecer o seu parceiro contratual, o fornecedor, na situação que se encontrava antes da contratação. Neste sentido seria possível ao consumidor exercer seu direito de arrependimento, mas teria que ressarcir o fornecedor pelo serviço já prestado. No caso de contratação para prestação de serviços imediata, se o consumidor não se obrigou mais do que o pagamento do serviço, manter o vínculo contratual será de seu maior interesse, por que facilita a reclamação do serviço defeituoso ou incompleto. Nada obsta, porém, que se afaste, neste caso, o direito de arrependimento, para melhor adaptar a situação à idéia de boa-fé obrigatória de ambas as partes.

¹⁴⁰ id. *ibid.* p. 276.

IV - CAPÍTULO QUARTO: AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

4.1. Generalidades

O Código de Defesa do Consumidor é inovador quanto ao espírito do direito das obrigações e em especial com referência à máxima *pacta sunt servanda*. Esta nova lei vem reduzir o espaço antes reservado à autonomia da vontade, proibindo que sejam pactuadas determinadas cláusulas, impondo normas imperativas; tudo visando proteger o consumidor, procurando o reequilíbrio do contrato e garantindo as legítimas expectativas depositadas no vínculo contratual. Neste sentido Cláudia Lima Marques:

As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da 'vontade' das expectativas legítimas, do consumidor, compensado, assim, a sua vulnerabilidade fática.¹⁴¹

Com o Código de Defesa dos Consumidor passou-se a aceitar, no Brasil, a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como equidade contratual, os quais permitem ao Poder Judiciário um novo e efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo.

O método escolhido pelo CDC para harmonizar e dar maior transparência às relações de consumo tem dois momentos. No primeiro, cria novos direitos para os

¹⁴¹ MARQUES, op. cit. p. 288.

consumidores e novos deveres para os fornecedores de bens, visando assegurar a sua proteção na fase pré-contratual e no momento de formação do vínculo. No segundo momento cria normas proibindo expressamente cláusulas abusivas nestes contratos, assegurando, assim, uma proteção *a posteriori* do consumidor, através de um efetivo controle judicial do conteúdo do contrato de consumo. A proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual neste segundo plano vem *a posteriori*, quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, porém o resultado contratual ainda está inequívoco. A autora citada anteriormente diz que esta é a *proteção ao consumidor quando da execução do contrato*.

4.2. Características

Expressão largamente difundida entre a doutrina e a jurisprudência, o CDC absteve-se de dar uma definição legal para as Cláusulas Abusivas, preferindo indicar a abusividade em casos expressos (p. ex.: art. 53), deixar sua determinação para a jurisprudência (através de cláusulas gerais, como a do art. 51, IV) ou presumir a abusividade em alguns casos e práticas (lista dos arts. 39 e 51).

Seguindo a doutrina da autora anteriormente citada, para definir a abusividade existem dois caminhos que podem ser seguidos:

1. uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais com a figura do abuso de direito, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado de suas finalidades sociais de um poder (direito) concedido a um agente; ou
2. uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com paradigmas modernos, como a boa-fé objetiva, ou a antiga figura da lesão enorme, como se seu elemento principal fosse o resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave sofrido

objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido no contrato.

Quanto ao primeiro caminho está ele muito ligado a própria expressão "cláusula abusiva". Apesar de criticado, este caminho pode ser útil. Trata-se, na verdade, de uma expressão valorativa, moderna e de certa maneira, paradoxal. Só pode ser abusivo o que excede os limites e, na visão tradicional de plena liberdade contratual, os limites na fixação de cláusulas contratuais praticamente inexistem. Denominar, portanto, uma cláusula do contrato de abusiva é pressupor a reação do direito contratual, é aceitar a imposição de novos limites ao exercício do direito subjetivo, no caso, o da livre determinação do conteúdo do contrato. Porém, a intervenção do Estado nos negócios privados e a imposição de limites ao dogma da autonomia da vontade vão caracterizar a atual concepção de contrato; deste modo, a identificação de algumas cláusulas presentes nas relações contratuais massificadas como abusivas é fenômeno moderno, oriundo da mudança de valores e de interesses protegidos pelo direito.

Se a expressão contém em si irreparável juízo de valor, ao identificar a conduta do elaborador da cláusula como abusiva, seria necessário traçar um paralelo entre a abusividade detectada em algumas cláusulas contratuais e a figura do abuso de direito. A causa desta recusa pode ser a insegurança que envolve toda a categoria de abuso de direito. Em verdade, ainda hoje discutem os doutrinadores se o abuso de direito inclui-se dogmaticamente como um simples ato ilícito ou trata-se de uma categoria jurídica a parte. Serão as cláusulas abusivas simplesmente novos tipos de cláusulas ilícitas?

Na visão da autora supra citada, o ato ilícito é aquele em desconformidade com o direito, que provoca uma reação negativa do ordenamento jurídico, que viola direito ou causa prejuízo a terceiro (dano), fazendo nascer a correspondente obrigação de reparar

(responsabilidade). Já o abuso pressupõe a existência do direito, logo, a atividade inicial é lícita, uma vez que aquele que usa seu direito não prejudica, em princípio, outros.

O abuso do direito seria a falta praticada pelo titular de um direito, que ultrapassa os limites ou deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido. Assim, apesar de presentes o prejuízo (dano) causado a outrem pela atividade (ato antijurídico) do titular do direito (nexo causal), a hipótese de incidência é diferenciada. O que ofende o ordenamento é o modo (excessivo, irregular, lesionante) com que foi exercido um direito, acarretando um resultado, este sim, ilícito. A reação do direito frente ao abuso de direito é negar efeitos àquela vontade declarada através do exercício abusivo de um direito. A desconsideração prática do direito assim exercido, a invalidade e a ineficácia da cláusula e a sanção do abuso; não vê o ordenamento jurídico, em princípio, a necessidade de sancionar aquele que abusou a perdas e danos, preferindo reequilibrar a situação concreta e assegurar a volta ao *status quo*, o contrato, ao retirar, por exemplo, a cláusula abusiva, mas não pune "a mais" aquele que abusou de seu poder (direito).

Esta diferença, continua a autora, é mais de grau do que de natureza. Neste sentido, está correta a conclusão que as cláusulas abusivas são também contrárias ao direito, ilícitas, se compreendermos o direito não só como o conjunto de lei e normas, mas também como seus princípios gerais, entre os quais, claramente, inclui-se hoje o da boa-fé objetiva. A sanção para evitar a sua prática no direito brasileiro é a sua que leva à ineficácia. A pretensão a perdas e danos ou a compensação pecuniária tem outra origem que a abusividade da cláusula (dano moral, pagamento indevido, quebra da base do negócio etc.).

A doutrina brasileira prefere recorrer a comparações com as tradicionalmente conhecidas e combatidas cláusulas ou condições ilícitas, potestativas e leoninas, para explicar o atual combate às cláusulas abusivas. Trata-se de uma aproximação histórica do fenômeno, que pode ser extremamente útil para a sua compreensão, seja como um

fenômeno geral, seja como um fenômeno moderno e particular, em um esforço de identificação especial destas cláusulas. No sentido amplo é possível afirmar que as proibições legais referentes às cláusulas leoninas e às condições meramente potestativas representam uma primeira tentativa de combate a cláusulas consideradas abusivas. Estas cláusulas eram e são combatidas, por ferirem a ordem pública, os bons costumes, por privarem de todo efeito o ato ou por o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes. Pode-se afirmar que o arbítrio e a unilateralidade excessiva na fixação dos elementos essenciais do contrato (sujeitos, objeto, preço e consenso) detectados nas cláusulas leoninas e meramente potestativas são características comuns com as cláusulas hoje consideradas abusivas. A diferença estaria no grau de unilateralidade e de arbítrio antes exigido, muito maior do que o atual, e na matéria regulada pelas cláusulas consideradas como abusivas, que hoje pode englobar (e geralmente o faz) os elementos não essenciais do negócio, como as garantias referentes ao vício do objeto, a evicção, ao pagamento, ao não atraso do pagamento.

Quanto ao preço, elemento essencial do contrato, e origem máxima da idéia de lesão enorme, a doutrina brasileira reluta em incluir as cláusulas que desequilibram o contrato, prevendo preços leoninos entre aquelas submetidas ao regime jurídico das cláusulas abusivas. Mesmo o novo Código de Defesa do Consumidor indica sanções diferenciadas para estes dois casos: a de nulidade para as cláusulas abusivas *stricto sensu* e a possibilidade do juiz modificar a cláusula que estabeleça prestações desproporcionais (art. 6º, incisos IV e V do CDC).

As características básicas da lesão ou da cláusula leonina identificada, nos contratos comutativos, seriam, em última análise, a desproporcionalidade das prestações daí resultante, no que diz respeito aos valores das prestações previstas, e o dolo de aproveitamento ocorrido, representado pelo abuso da inexperiência e da necessidade premente sentida pelo outro contratante em concluir aquele negócio.

A identificação da lesão como fonte da abusividade da cláusula levanta duas questões importantes, que ajudarão a caracterizar as cláusulas abusivas em sua visão atual. Em primeiro lugar é necessário esclarecer se a determinação de uma cláusula contratual como abusiva é concomitante à formação do contrato ou se fatos supervenientes as tornam abusivas. Em segundo lugar é necessário estabelecer se a abusividade das cláusulas contratuais depende da malícia, do dolo ou da má-fé subjetiva daquele que as elaborou ou dos resultados práticos que prevêem e que deram causa, se forem eficazes. Efetivamente, o caráter de abusividade da cláusula é concomitante com a formação do contrato, logo nenhuma ligação tem com as chamadas causas de revisão dos contratos por atuação de fatos supervenientes (regime diferenciado do CDC, por força do art. 6º, V). E, em segundo lugar, a abusividade de cláusula independe da boa ou má-fé subjetiva do fornecedor que a impôs ao consumidor. Talvez o fornecedor nem soubesse que tal cláusula é contrária ao espírito do CDC ou mesmo expressamente proibida na lista do art. 51, talvez nem tenha ele redigido o contrato, cujo conteúdo pode até ser determinado por outra norma de hierarquia inferior (Portaria, Medida Provisória etc.), mesmo assim permanece o caráter abusivo da cláusula.

Todas as cláusulas abusivas apresentam como características ou pontos em comum justamente o seu fim, que seria melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detém posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor, e seu efeito, que é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados ao fornecedor.

A tendência hoje no direito comparado e na exegese do CDC é conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais, seu efeito, seu resultado e não tanto repreender uma situação maliciosa ou não subjetiva. Tal é a melhor solução em uma sociedade de massas, onde não

podemos conceber que uma cláusula seja abusiva porque utilizada pelo fornecedor "A", forte cadeia de lojas, e não se utilizada pelo comerciante "B", microempresa, em contratos um mesmo consumidor. A atuação subjetiva deve ser desconsiderada e dar lugar a um exame do conteúdo do contrato, de seu equilíbrio, da conduta conforme a boa-fé que dele objetivamente emana.

4.3. O combate às cláusulas abusivas

4.3.1. Controle judicial das cláusulas abusivas, segundo Cláudia Lima Marques¹⁴²:

Tanto na lista exemplificativa de cláusulas consideradas abusivas constante do art. 51 do CDC, quanto em seu art. 53, referente aos contratos de compra e venda a prazo, a sanção escolhida para coibir abusos foi a de nulidade absoluta.

Uma vez que a nulidade absoluta deverá ser decretada *ex officio* pelo Poder Judiciário, cria o CDC, na prática um novo controle incidente do conteúdo e da equidade de todos os contratos de consumo submetidos à apreciação do Judiciário brasileiro. Um controle direta também é possível, segundo os art. 80 e 83, através de uma ação de nulidade de cláusula.

O CDC inova ao criar, em seu art. 51, § 4º, um controle judicial em abstrato. Segundo esta norma, o Ministério Público é o único legitimado para propor essa ação de controle abstrato dos contratos oferecidos no mercado, a pedido do consumidor ou a pedido de alguma entidade que o represente.

O projeto original do Código continha normas (arts. 51, § 3º e 54 § 5º) prevendo a criação de um controle administrativo geral das cláusulas pré-elaboradas unilateralmente, a

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 1, mar., 1992. p. 27 - 54.

ser exercido pelo Ministério Público e cuja decisão teria caráter geral. Tais normas, porém, foram objeto de veto do Presidente da República, de modo que a versão positivada do CDC só autoriza o controle judicial dos contratos de consumo.

4.3.2. A nulidade das cláusulas abusivas:

O legislador brasileiro instituiu somente uma lista de cláusulas abusivas (art. 51) sancionando a todas as cláusulas ali descritas com nulidade absoluta, praticamente escondendo a norma ou cláusula geral no inciso IV da lista do art. 51 complementado pelo disposto no § 1º do referido artigo. Existe no Código, uma exceção a este sistema da nulidade absoluta de cláusulas, o art. 6º, inciso V, que permite ao juiz modificar a pedido do consumidor as cláusulas prescritivas de prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas para ele em razão de fatos supervenientes.

4.3.3. Autorização excepcional de modificação de cláusulas, segundo Cláudia Lima Marques¹⁴³ :

O art. 6º do CDC traz uma novidade na proteção contratual do consumidor. Referido artigo permite, no seu inciso V, que o Poder Judiciário modifique as cláusulas referentes ao preço ou qualquer outra prestação a cargo do consumidor, se forem desproporcionais, quer acarretarem desequilíbrio do contrato, desequilíbrio de direitos e deveres entre as partes contratantes, a lesão. O que ocorre é que, o Poder Judiciário, o Estado, em última análise, intervém na relação contratual de consumo para sobrepor-se a vontade das partes, afim de modificar uma manifestação livre de vontade, para impor um equilíbrio contratual. Mais do que nunca este novo direito contratual do consumidor caracteriza as normas do CDC como intervenção estatal no espaço antes reservado à

¹⁴³ id. *ibid.*

autonomia da vontade, de acordo com aqueles postulados sociais da nova teoria contratual já estudados neste trabalho.

Uma vez retirada do contrato a cláusula considerada abusiva, substituindo seu conteúdo pelo regramento legal da matéria já estaríamos modificando o texto contratual, completando a lacuna, integrando o contrato de modo a que se possa dar execução a este, segundo os novos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual. Porém, é de se notar que o CDC autorizou uma modificação nas cláusulas de preço, onde geralmente não há regra supletiva apta a preencher a lacuna. Neste sentido, vê-se que a sanção de nulidade absoluta não seria apta a preencher a sua função, sendo necessário autorizar o juiz a agir de forma excepcional, revisando as cláusulas do contrato referente ao preço para encontrar o equilíbrio perdido com a atual excessiva onerosidade.

Prevê ainda o inciso V do art. 6º do CDC a possibilidade de revisão judicial da cláusula de preço, que era eqüitativa quando do fechamento do contrato, mas que em razão de fatos supervenientes tornou-se excessivamente onerosa para o consumidor. A onerosidade excessiva e superveniente que permite o recurso a esta revisão judicial é unilateral, pois o art. 6º do CDC institui direitos básicos apenas para o consumidor.

A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência das prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Por Cláudia Lima Marques: *"o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi."*¹⁴⁴

¹⁴⁴ id. *ibid.* p. 299.

A jurisprudência tem desenvolvido outro requisito, qual seja o da não imputabilidade do fato causador da onerosidade excessiva ao consumidor¹⁴⁵. Nesse sentido a jurisprudência tem aceito, como motivo suficiente para a revisão contratual e para a ação corretora do equilíbrio contratual pelo judiciário, situações em princípios individuais, como por exemplo a perda de emprego. A tendência é portanto no sentido do crescimento em importância deste permissivo legal de revisão judicial dos contratos. Não obstante, dois aspectos devem ser ressaltados: o limite imposto pelo próprio CDC, ao mencionar apenas as cláusulas referentes à proteção do consumidor, geralmente uma prestação monetária, envolvendo o preço e demais acréscimos, despesas e taxas, logo não englobando todos os tipos de cláusulas abusivas; o consumidor é livre para requerer ou a modificação da cláusula e manutenção do vínculo, ou a rescisão do contrato, com o fim do vínculo e concomitante decretação seja da nulidade, se abusiva, ou da modificabilidade, se excessivamente onerosa, da cláusula.

Para a autora, mencionar simplesmente que a Teoria da Imprevisão teria sido aceita pelo CDC pode ser uma interpretação do art. 6º, inciso V, prejudicial ao próprio consumidor, pois dele pode ser exigida a referida imprevisão e extingibilidade do ocorrido, fatos não mencionados em referido artigo.

De outro lado, enquanto gênero, as teorias sobre a imprevisão sempre visaram prioritariamente a liberação do contratante supervenientemente debilitado, sua desobrigação, retirando assim do consumidor - ou pelo menos diminuindo a intensidade de - seu novo direito a manter o vínculo e ver recriado o equilíbrio contratual original por atuação modificadora do juiz. esta possibilidade de revisão contratual por fatores objetivos

¹⁴⁵ Neste sentido é a decisão do TJDF (DJ 10.12.92, II, p. 41.927), que apesar de utilizar a Teoria da Imprevisão para a rescisão do contrato, ordena a devolução das parcelas pagas.

e supervenientes faz parecer à autora a maior contribuição do art. 6º, V do CDC e sua exceção ao sistema de nulidades absolutas.

4.4. Lista única de cláusulas abusivas

4.4.1. A lista única do art. 51 na visão de Fábio Ulhoa Coelho¹⁴⁶ :

Sinalizando em direção oposta a doutrina acima citada, Ulhoa acredita somente numa primeira leitura do Código é que se pensaria que o legislador não previu qualquer hierarquia entre as hipóteses de abusividade. A interpretação sistemática do Código sinaliza no sentido de que a legislação consumerista brasileira adota uma gradação entre as cláusulas abusivas e tal entendimento decorre da conjugação de alguns incisos do art. 51 com o conteúdo do art. 6º, V do CDC.

Desta forma, definiu o legislador como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (CDC, art. 6º, V). De outro lado, fulminou com a nulidade muitas das cláusulas dessa categoria (incisos IV, IX, X, XI, XII e XIII do art. 51). Isso para o autor constitui-se em uma inequívoca antinomia, cuja superação deve se pautar no emprego da interpretação eqüitativa. Aponta como saída o aproveitamento de ambas as normas, isto é, pela aceitação de que o direito brasileiro trata as cláusulas abusivas que estabelecem prestações desproporcionais como relativamente invalidadas e as demais como absolutamente inválidas.

Em resumo, o autor divide a classificação das cláusulas abusivas em duas grandes categorias, as *absolutamente inválidas*, não configurando desproporcionalidade nas prestações, embora apresentem outro gênero de abuso (incisos I, II, III, VI, VII, VIII, XIV, XV e XVI do art. 51) e as *relativamente inválidas*, estabelecendo prestações

¹⁴⁶ COELHO, op. cit.

desproporcionais (incisos IV, IX, X, XI, XII e XIII do art. 51). Em relação às cláusulas abusivas da primeira categoria, o juiz deve se limitar a declarar a sua nulidade e, conseqüentemente, negar-lhes eficácia. Em relação às da segunda categoria, o juiz, sopesando os interesses do consumidor, pode considerá-las inválidas ou modificá-las no sentido da equidade.

Apesar de merecer aqui a referida menção, para este trabalho adotei a tese que vai a seguir exposta, principalmente na parte que refere-se à análise pormenorizada dos incisos que contém as cláusulas ditas abusivas, expressas no art. 51.

4.4.2. A lista única do art. 51 na visão de Cláudia Lima Marques ¹⁴⁷ :

Como já tive a oportunidade de relatar, segundo o pensamento desta autora, o legislador que elaborou o CDC preferiu instituir a proteção contra cláusulas abusivas no CDC em apenas uma lista de cláusulas, sempre nulas, prevendo, ou praticamente escondendo, a norma geral de proibição de cláusulas contra a boa-fé no inciso IV desta lista única.

Importante ressaltar ser a lista única apenas exemplificativa e não taxativa, pois autorizando interpretação extensiva, ao teor da expressão empregada, *entre outras*, nos contratos de fornecimento de produtos e serviços. A lista contida no art. 51 aplica-se tanto aos contratos de adesão, como aos contratos negociados ou paritários.

Pelo § 2º do artigo 51, a nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, exceto "quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes." A integração aqui é dos efeitos do negócio, agora não mais previstos expressamente em virtude da invalidade de cláusula, recorrendo o juiz a normas supletivas ou dispositivas do ordenamento jurídico brasileiro. As nulidades absolutas, como as do art.

¹⁴⁷ MARQUES, op. cit.

51 do CDC, caracterizam-se por não serem sanáveis pelo juiz, passando a relação contratual naquele aspecto, a ser regida pela lei.

O art. 6º, inciso V do CDC institui, como direito do consumidor, a modificação de cláusulas contratuais, fazendo pensar que não só a nulidade absoluta serviria como sanção, mas também que seria possível ao juiz modificar o conteúdo negocial. Mas, na verdade, as hipóteses previstas no art. 6º são diferenciadas. De um lado é direito do consumidor a "proteção contra as práticas e cláusulas abusivas" (art. 6º, inciso IV), proteção esta que será assegurada pelas regras dos arts. 30 a 54, incluindo as regras específicas sobre a nulidade absoluta das cláusulas abusivas. De outro, institui o art. 6º, em seu inciso V, uma exceção ao sistema, reconhecendo o direito do consumidor de requerer ao Judiciário a modificação de um tipo de cláusula contratual específica, a do preço ou de outra prestação a cargo do consumidor, sempre que se consubstanciem circunstâncias especiais, não previstas.

4.4.3. A lista de Cláusulas Abusivas assim considerada pelo CDC:

Cláudia Lima Marques divide as cláusulas proibidas, sob pena de nulidade da previsão, previstas no art. 51 em três espécies de cláusulas: *"a) aquelas que impossibilitem, exonerem, atenuem ou impliquem em renúncia dos novos direitos do consumidor instituídos pelo CDC; b) as chamadas cláusulas 'surpresa' (apesar do veto presidencial ao inciso V do art. 51); c) aquelas que criem determinadas vantagens unilaterais ao fornecedor."*¹⁴⁸ Isso sem contar a cláusula geral do inciso IV do art. 51.

4.4.3.1. Proibição de cláusulas que limitam os novos direitos do consumidor:

Inciso I -

¹⁴⁸ id. *ibid.* p. 302.

Pela redação deste inciso vê-se que o CDC considera nulas as cláusulas que afastem ou atenuem o direito à garantia por vício do produto criado pelos arts. 18 e seguintes.

No que tange a responsabilidade pelos vícios, Waldirio Bulgarelli¹⁴⁹ entende o que, em princípio, a doutrina e a própria legislação consideram *vícios redibitórios*, sendo que o preceito se completa com o disposto no art. 23 e 24 do Código. O que o CDC mencionou como *vícios de qualidade*, compreendem as duas figuras já detectadas pela doutrina e aceitas pela jurisprudência, ou seja: vícios ocultos e defeitos de qualidade, conforme o Código Comercial em seu art. 210. Já o Código Civil, em termos de responsabilidade do vendedor, distingue três hipóteses: se o vendedor conhecia o vício, quando fica obrigado a restituir o que recebeu com perdas e danos; se não o conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato; quando da existência de cláusula expressa no contrato eximindo de responsabilidade do alienante (arts. 1.102 e 1.103 do CDC). Para fins de relação de consumo, ficam derogadas estas disposições, sendo que o vendedor ou o prestador de serviços são sempre responsáveis por vícios de qualquer natureza, independente do tipo de vício verificado.

Em que pese as normas do CDC se intitularem, no art. 1º, normas de ordem pública, logo, inafastáveis pela vontade das partes, a prática da renúncia ou disposição de direitos por parte do consumidor vem sendo uma constante na prática comercial, sobretudo, como assinala o autor supra citado, nos contratos de longa duração, em que o consumidor se vê constrangido a renunciar a certos direitos, como a indenização plena com correção monetária de prejuízos, a devolução de sinal ou de prestações já dadas (caso comum em relação a contratos de consórcio e outros), a impossibilidade de se opor certas medidas tomadas pelo fornecedor (como nos cartões de crédito) e outras.

¹⁴⁹ BULGARELLI, Waldirio. Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 1993. 128p.

A jurisprudência já havia tomado uma posição a esse respeito, no sentido de desconsiderar as cláusulas de eleição de foro sempre que o contrato fosse de adesão (p. ex.: decisão do TJRS de 30.5.85 *in Rev. AJURIS* 48/219¹⁵⁰); ou afastando cláusula também de contrato de adesão que exime os consórcios de devolverem as prestações já pagas com a devida correção monetária ao participante desistente ou excluído, neste sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça (4º; Rec. Esp. nº 7.227 - RS - rel. Min. Athos Carneiro; j. 21.05.91; maioria de votos; DJU, 01.07.91, p. 9201, Seção I), com a seguinte Ementa: Consórcio de automóveis - Devolução de prestações já pagas pelo participante desistente ou excluído - Correção Monetária¹⁵¹.

No que tange a parte final do dispositivo em exame, somente no caso do consumidor ser pessoa jurídica poderá ser limitado o *quantum* da indenização, em situações justificáveis. Certamente que a referência a pessoas jurídicas pelo Código se circunscreve, somente, àquelas integradas na cadeia de consumo, que adquirem produtos ou serviços para consumo próprio ou dos seus associados.

Inciso II -

Por este inciso o Código quis deixar clara e expressa a nulidade que subtrai o direito de opção do consumidor de receber o que pagou. Ao referir-se aos casos expressamente previstos neste Código teve em mente o disposto nos incisos II e III do § 1º do art. 18, também o disposto no inciso IV do art. 19, no inciso II do art. 20, no inciso III do art. 35, no parágrafo único do art. 49, no § 2º do art. 52 e ainda no art. 53.

Inciso III -

A inserção deste caso no rol do art. 51 é compreensível, tendo em vista o regime de responsabilidade instituído pelo Código na redação do artigo 18 a ainda nos artigos 19, 20,

¹⁵⁰ citada por MARQUES, op. cit. p. 303.

¹⁵¹ citada por BULGARELLI, op. cit. p. 47.

§ 2º, 25 § 2º, 28, 34 e no art. 12 (sobre o fato do produto) e 14 (sobre a responsabilidade em relação a serviços), frente a realidade. Tendo em vista que uma das formas mais comuns utilizadas no comércio jurídico tem sido a de se isentar de responsabilidade, sendo bastante comuns as advertências, nos mais variados estabelecimentos desde os pontos de estacionamento de veículos, até os restaurantes, lojas etc. configurados na expressão: NÃO NOS RESPONSABILIZAMOS, o que incide em outras disposições do Código, inclusive na vedação contratual do inciso I do art. 51 (já visto) ou de transferir a responsabilidade para terceiros. É esta última que visa o dispositivo, embora o conjunto de normas sobre a responsabilidade encontradas no Código talvez pareça redundante. *"Há de se entender, entretanto, que se tratando de norma proibitiva e que se distancia bastante daquela dos contratos tradicionais, a reiteração ou repetição não é uma demasia, mas, um reforço significativo impediendo de artificios interpretativos para fugir à responsabilidade."*¹⁵²

Inciso VI -

Este inciso, ao qual já fiz referência, diz respeito ao novo direito criado pelo art. 6º, inciso X, que é o direito básico do consumidor de obter a inversão do ônus da prova a seu favor no processo civil, quando, segundo Waldirio Bugarelli¹⁵³, houver inserção de cláusula que deixe o ônus da prova a cargo do consumidor, em seu evidente prejuízo.

Inciso XV -

Quanto a este dispositivo, consideram os doutrinadores que se refere a todo o sistema de proteção ao consumidor, ligando-se, assim, aos ditames da chamada Política Nacional de Relações de Consumo, aos Direitos Básicos do Consumidor, à Responsabilidade do Fornecedor pelo Produto ou Serviço, às disposições sobre práticas abusivas, às normas administrativas e penais etc. e não só aos dispositivos do Título IV do

¹⁵² id. *ibid.* p. 53.

¹⁵³ id. *ibid.*

CDC (intitulado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) como poderia-se pensar num primeiro momento. Esta amplitude demonstra o espírito exemplificativo da lista, a requerer uma interpretação sistemática que deve ser completada pela ação da doutrina e da jurisprudência.

Inciso XVI -

Refere-se o dispositivo àquelas cláusulas encontradas costumeiramente nos contratos de locação de imóveis, pelas quais o inquilino abdica de qualquer indenização por benfeitorias necessárias, o que o doutrinador acima citado considera um exagero por parte do locador ou arrendador. É que, segundo o direito tradicional e a lei específica sobre as locações era possível ao locador, ou a sua administradora, incluir no contrato unilateralmente redigido cláusulas que afastavam o direito de indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias.

O que o CDC não menciona é a nulidade de cláusula que disponha sobre renúncia ao direito de retenção do art. 516 do Código Civil. Deste modo, Cláudia Lima Marques¹⁵⁴ propõe que, até a manifestação da jurisprudência no sentido da aplicação analógica do inciso XIV, a interpretação a *contrario* faz pressupor que tal cláusula não seria por si só abusiva, dependendo das circunstâncias do contrato ser ela excessivamente vantajosa ou contrária à boa-fé (art. 51, IV).

4.4.3.2. Proibição da cláusulas surpresa:

Inciso V - (Vetado)

Este inciso, que foi vetado pelo Presidente da República sob o argumento de estar incluído no inciso IV do mesmo artigo, sancionava com nulidade as cláusulas que, segundo

¹⁵⁴ MARQUES, op. cit. p. 304.

as circunstâncias, e em particular, segundo a aparência global do contrato viessem a surpreender o consumidor, após a celebração do contrato.

Inciso VII -

São também nulas as cláusulas que determinem a utilização compulsória da arbitragem, comuns nos contratos de seguro-saúde, constando invariavelmente de seus formulários.

Inciso VIII -

Este inciso refere-se as cláusulas que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor. Trata-se de cláusula muito comum nos contratos de adesão voltados para a aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação; de cartões de crédito; de *leasing*; e de alguns contratos bancários e de seguros.

Note-se que, pelo que demonstra a doutrina de Waldirio Bugarelli¹⁵⁵, em si mesma essas cláusulas não seriam vexatórias nem estapafúrdias, prejudiciais ao aderente, ao se referir, por exemplo, a gestões junto a autoridades financeiras ou registros de imóveis e outros. Entretanto, muitas revestem-se de um componente perverso, ao obrigarem o aderente a conceder poderes especiais a procuradores do fornecedor, para atuar em favor deste e não em favor do aderente. É o caso típico, por exemplo, do que ocorre nos contratos de adesão dos cartões de crédito que, como se sabe, se apoiam num tripé, constituído pelo fornecedor, pela empresa emissora do cartão e pelo aderente, dando poderes, através de cláusula, o aderente a procurador da empresa emissora para obter financiamento em nome do aderente, e em caso de inadimplemento, o de firmar títulos de crédito também em nome do aderente e contra este. Historicamente, essas cláusulas nos cartões de crédito que causaram perplexidade a princípio, acabaram sendo aceitas pela jurisprudência, sobretudo pela influência de uma parecer do eminente jurista Alfredo

¹⁵⁵ BUGARELLI, op. cit.

Buzaid, que demonstrava a sua licitude e correção. Posteriormente, entretanto, o Poder Judiciário perante vários casos concretos passou a considerá-las abusivas. Portanto, agora, tem-se a nulidade da chamada cláusula de mandato nos contratos referentes às relações de consumo.

4.4.3.3. Proibição de cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor:

Nestes casos as cláusulas não são consideradas nulas por seu conteúdo, mas pela unilateralidade da vantagem concedida, o que as torna abusivas.

Inciso IX -

Trata-se e cláusula abusiva decorrente da redação repleta de dubiedades costumeiramente empregadas pelo predisponente, através da qual, *"concede, mas não concede, se obriga, mas não se obriga, promete mais condiciona e assim por diante, revelando pela face psicológica, a manifestação do seu poder legislando em causa própria para seu benefício."*¹⁵⁶

Ela prevê a opção ao fornecedor de concluir ou não o contrato, embora obrigue o consumidor. Assim, por exemplo, quando ele vai a revendedora de veículos, atendendo a oferta e assina proposta de contrato, será esta enviada à matriz para verificar se há estoque ou se o consumidor preenche os requisitos necessários. Enquanto isso o consumidor não pode contratar com outro fornecedor e se o fizer, terá que arcar com o ônus de quebra contratual. Este é o caso específico de arrependimento unilateral patente de conclusão do contrato em favor do fornecedor. O que quer a nova noção de oferta instituída pelo CDC é tentar diminuir esta prática.

Inciso X -

¹⁵⁶ id. *ibid.* p. 64.

Este inciso refere-se a caso corriqueiro de reajuste de preços *ex uno latere* por parte do fornecedor. Não se trata de nulidade decorrente de falta de fixação de preço ou de preço fixado unilateralmente, conforme a lei civil e comercial vedam nos contratos de compra e venda, mas sim de acréscimos ao preço já fixado de modo unilateral, causando prejuízos ao consumidor.

Esta cláusula permitiria ao fornecedor uma variação no preço, isto é, da contraprestação a cargo do consumidor. Na visão sempre iluminada de Cláudia Lima Marques,

Em um país acostumado a indexar os débitos futuros, em virtude da inflação, a norma do art. 51, X tem o mérito de afastar as cláusulas contratuais que permitiriam ao fornecedor escolher entre os índices de correção (por ex.: BTN, IPC, CUB ou outro índice oficial), pois era impossível ao consumidor prever o quantum de sua dívida e a escolha era unilateral, desequilibrando as prestações pois sempre o índice maior era o escolhido.¹⁵⁷

Inciso XI -

Este trata-se de mais um caso de cláusula potestativa, dando poderes ao fornecedor de cancelamento do contrato unilateralmente, sem que o mesmo direito seja dado ao consumidor, o que costuma acontecer com frequência nos contratos de duração (fornecimento, ou serviços de execução continuada, por exemplo).

Inciso XII -

Ainda aqui se está perante cláusula que ofende o equilíbrio do contrato, fixando obrigações apenas para uma das partes, no caso, o mais fraco, o consumidor.

Inciso XIII -

Esta é outra cláusula que se insere no rompimento do equilíbrio contratual e se assemelha àquela permitindo ao fornecedor alterar o preço do produto ou do serviço.

¹⁵⁷ MARQUES, op. cit. p. 305.

Waldirio Bugarelli¹⁵⁸ pensa que este inciso, em termos de redação, poderia ter sido acrescido ao inciso X.

Neste grupo de cláusulas abusivas incluem-se as previstas no art. 53 do CDC, isto é, aquelas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em contratos de compra e venda de móveis e imóveis mediante pagamento em prestações, assim como nas alienações fiduciárias.

A cláusula está expressamente prevista no art. 53 como proibida, em virtude da importância hoje alcançada pelas vendas através dos sistemas de consórcios, os quais previam cláusulas semelhantes, com o beneplácito do Estado, mas pelo caráter abusivo e inequívoco de tais previsões contratuais, poderia ter sido objeto de aplicação da cláusula geral do inciso IV do art. 51.¹⁵⁹

4.4.3.2. A norma geral do inciso IV do art. 51:

A este dispositivo já fiz alusão, procurando dar o destaque necessário, pela função genérica que possui, pois, uma vez combinado com o § 1º, serve para impedir as cláusulas, quaisquer que sejam, com conteúdo abusivo ou iníquo, podendo por isso mesmo resumir todo o rol expresso no art. 51; constituindo-se em verdadeira *"cláusula geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas de contrato de consumo."*¹⁶⁰

Em todo caso, Waldirio Bugarelli¹⁶¹ acredita que o Código parece não ter querido invalidar qualquer cláusula que traga limitações ao direito do consumidor, porque, na parte referente aos contratos de adesão, admite, a teor do disposto no § 4º do artigo 54 que as cláusulas que impliquem em limitação do direito do consumidor devem ser redigidas com destaque, para permitir sua fácil e imediata compreensão, mas somente aquelas cláusulas que tenham caráter abusivo e que seja iníquas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. As iníquas são facilmente identificáveis, pois rompem de maneira

¹⁵⁸ BUGARELLI, op. cit.

¹⁵⁹ MARQUES, op. cit. p. 305.

¹⁶⁰ id. ibid. p. 306.

¹⁶¹ BUGARELLI, op. cit.

excessiva o equilíbrio contratual, afetam a comutatividade e o chamado sinalagma. Por seu turno as abusivas se avizinham das iníquas, e se expressam geralmente também pelo caráter de potestividade com que são colocadas, e para tanto, o legislador valorou as mais salientes para exemplificativamente introduzi-las no Código. Já a desvantagem exagerada o Código procurou explicar, através de presunção legal, no § 1º do artigo 51, estatuinto que se deve assim considerar, entre outros casos a vantagem que:

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

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

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

(...)

Trouxe o Código como parâmetro, os princípios da boa-fé e equidade e os fundamentais do sistema jurídico a que pertence, este último um dos 'topos' de não fácil elucidação, a não ser retornando aos três grandes colocados pelos romanos: 'honeste vivere, alterum non laedere e suo cuique tribuere', e que certamente estão presentes hoje, embora geralmente subentendidos, em toda a atividade jurídica, sobretudo, a interpretação e aplicação do Direito, observando-se ainda que a Lei de Introdução ao Código Civil refere-se no art. 5º aos fins sociais e às exigências do bem comum e no art. 4º aos princípios gerais do direito.¹⁶²

Sob esta perspectiva legal em que tento analisar o inciso IV do art. 51 deve-se ter em conta também, que muitas das cláusulas abusivas e iníquas decorrem de práticas abusivas e a elas se ligam, quando expressas nos contratos, sendo que deve ser prudente para o perfeito entendimento dessas cláusulas atentar para o rol das práticas abusivas contemplado no art. 39 do Código especificamente, bem como a todo o corpo do CDC. Tanto que o § 4º do mesmo artigo faculta o ingresso em juízo para a anulação de cláusulas inaceitáveis, pelo consumidor, o que certamente incidirá na análise de cláusulas julgadas abusivas e também iníquas, servindo como referência ao entendimento do disposto no inciso IV.

¹⁶² id. *ibid.* p. 59.

Também para Cláudia Lima Marques¹⁶³ estas expressões utilizadas pela redação do CDC, quer sejam, boa-fé e equidade, são amplas e subjetivas por sua natureza, deixando, com isso, larga margem de ação ao juiz; concluindo que caberá ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, a almejada justiça e equidade contratual.

Para esta autora o fato destes requisitos estarem presentes no sistema legal brasileiro representa uma das mais importantes inovações em matéria de direito contratual. Porque ela conduz a jurisprudência brasileira a examinar o conteúdo de todos os contratos de consumo a elas apresentados, afim de decretar a nulidade absoluta das cláusulas que conflitem com os novos critérios da boa-fé e do equilíbrio dos contratos entre fornecedores e consumidores.

4.4.4. As cláusulas abusivas identificadas pela jurisprudência:

Este tópico pretende enumerar algumas cláusulas (as mais comumente encontradas) que na prática destes seis anos de vigência do CDC foram consideradas abusivas pela jurisprudência brasileira, através da coletânea de algumas jurisprudências a título ilustrativo e da análise de alguns autores sobre elas.

Porém, é importante ressaltar que o intuito é de, simplesmente, trazer à colação alguns casos exemplificativos da análise desenvolvida no tópico anterior, nos casos mais constantes.

4.4.4.1. Cláusulas de exclusão de responsabilidade contratual e extracontratual:

Na análise de Cláudia Lima Marques, *"a cláusula de exclusão total da responsabilidade contratual (...) é hoje rara no mercado brasileiro, face a resposta da jurisprudência e da doutrina, que consideram esta cláusula fonte de forte desequilíbrio contratual, vantagem excessiva para uma das partes que redige e impõe o conteúdo*

¹⁶³ MARQUES, op. cit.

contratual, verdadeiro enriquecimento sem causa e, portanto, contrária a boa-fé e abusiva, mesmo face ao direito tradicional."¹⁶⁴ (o grifo é meu)

Visto é que, a doutrina e a jurisprudência anterior ao CDC já combatiam este tipo de cláusula, ora porque tentavam regular aspectos da responsabilidade extracontratual em sede de contrato, ora porque contrariavam normas de ordem pública, violando deveres legais impostos a estes agentes econômicos, ora porque transferiam obrigações essenciais do contratante, exonerando responsabilidade por dolo ou culpa, exonerando de deveres de cuidado que interessam a saúde, à proteção da vida, da integridade física ou econômica do outro contratante. Sob este ponto importante trazer à colagem a seguinte decisão¹⁶⁵:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Estabelecimento bancário -Subtração de valores sob sua guarda - Caso fortuito ou força maior - Inocorrência - Fato perfeitamente previsível ante a habitualidade do crime - Negligência configurada - Recurso não provido.
TJSP - Ap. Cível 117.740-1 - Itapecerica da Serra - SP - 7a. Câm. Civil - Apelante: Banco Bamerindus do Brasil S/A - Apelados: Raul Wenceslao Cuello e outra - Rel. Des. Souza Lima - j. 7.2.90 - v.u.
 (...) a cláusula excludente de responsabilidade constante do contrato é considerada não escrita, por frustrar os objetivos da avença, pois o Banco vende segurança.(...)

Hoje o CDC é bem claro, no seu art. 25, completado pelo inciso I do art. 51, em taxar a obrigação de indenizar com caráter de inafastabilidade por meio de cláusula contratual.

No tocante a caracterização das cláusulas de exoneração de responsabilidade, tal tema reserva poucas dificuldades. Porém o mesmo não se pode afirmar em relação às cláusulas de limitação da responsabilidade contratual, que sofre a exceção da segunda parte do próprio inciso I do art. 51, ou seja, a limitação de responsabilidade entre pessoas jurídicas, e ainda com relação ao art. 54, § 4º que prevê que as cláusulas em contrato de adesão que limitem direitos dos consumidores sejam redigidas em destaque.

¹⁶⁴ id. *ibid.* p. 312-3.

¹⁶⁵ Revista de Direito do Consumidor, v. 5. p. 231.

Com referência ao primeiro caso aqui apontado, considerando o maior ou menor equilíbrio existente entre os contratos entre empresas, onde poderia-se descaracterizar o papel do economicamente mais fraco; é importante ressaltar que, mesmo que a tendência hoje seja a de contestar a validade das cláusulas limitativas, o legislador preferiu, a fim de evitar generalizações perigosas, somente resguardar os casos daquelas que ameacem o equilíbrio, a justiça do contrato, deixando ao juiz o papel de concretização do princípio.

Do mesmo modo, o legislador do CDC enfrentou a questão da inclusão de outras cláusulas limitativas de responsabilidade do fornecedor nos contratos de consumo e, para tanto, criou formas especiais a serem cumpridas para a sua validação. Assim, a possibilidade de aumentar o prazo para "sanação" do vício do produto é exemplo de cláusula limitativa de responsabilidade prevista nos § 1º e § 2º do art. 18 do CDC, e por força do § 3º do mesmo artigo. Esta cláusula deverá imperativamente ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor, segundo exige o art. 18, § 2º do CDC. Assim também o art. 54, § 4º especifica que as cláusulas que implicarem em limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Como ressalta a pesquisa de Cláudia Lima Marques:

Apesar da clareza da previsão legislativa, a realidade brasileira apresentou nestes primeiros anos de vigência do CDC uma série de cláusulas limitativas suspeitas. No ramos dos transportes (marítimos, aéreos ou rodoviários) a resposta jurisprudencial foi no sentido da proibição, declaração de nulidade ou simples superação (através de subsunção diferenciada) das cláusulas limitativas da responsabilidade pelo extravio ou perda de bagagem e atraso ou vício na prestação de serviços.¹⁶⁶

Também contra as cláusulas limitativas de responsabilidade em caso de acidente, dano à saúde ou morte dos passageiros, a resposta da jurisprudência brasileira, segundo a autora, foi ainda mais enérgica no combate a estas cláusulas. Neste caso menciona-se a

¹⁶⁶ MARQUES, op. cit. p. 319.

segurança das relações contratuais. Segurança não só no sentido de expectativa legítima, de confiança despertada quanto ao bom e seguro cumprimento das obrigações contratuais, a informação suficiente significa também a consciência de saber quais são as obrigações (responsabilidade) assumidas pelo parceiro, que não afetaram terceiros e nem podem ser diretamente transferidas ao segurador ou excluídas, significa, por fim, imposição do dever anexo de cuidado em todas as relações de consumo, com ênfase especial as de caráter perigoso ou envolvendo a saúde e a segurança do consumidor e de sua família.

Quanto às cláusulas de limitação de obrigação em contratos envolvendo saúde, com a entrada em vigor do CDC muito se tem discutido sobre a abusividade ou não das cláusulas que limitam a prestação destes serviços somente a determinadas doenças, ou espécies de doenças, muito comumente presentes nos contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar.

Cláudia Lima Marques em seu estudo, identifica três linhas jurisprudenciais, a saber:

A primeira prefere 'interpretar' o contrato pró-consumidor e determinar judicialmente que a doença não se enquadra nas exclusões contratualmente previstas. A segunda prefere atacar a cláusula de exclusão em si, sua redação, sua arbitrariedade, o desequilíbrio que provoca no contrato e, face a frustração das expectativas do consumidor adimplente, considerá-las nulas por abusivas. A terceira inverte as posições contratuais, na tentativa de reequilibrar os riscos e afirma ser do fornecedor o dever tanto de informar, como de informar-se, logo se aceitou como segurado pessoa com 'doença preexistente' ou congênita, sem fazer os testes necessários, é do seu risco profissional cobrir o tratamento, já que aceitou o pagamento durante anos dos prêmios deste consumidor.¹⁶⁷

4.4.4.2. Cláusula de decaimento ou perda das prestações pagas:

A análise da abusividade de tal cláusula é feito um tanto freqüente no nosso direito tradicional, devido ao fato dos Tribunais acordarem desde logo para os problemas resultantes da insuficiência da poupança privada no Brasil e das dificuldades de crédito ao consumidor. Isso faz com que muitos interessados submetam-se, visando adquirir um bem móvel de elevado valor ou um bem imóvel, a contratos elaborados unilateralmente pelo

¹⁶⁷ id. ibid. p. 334.

fornecedor que costumam concentrar os riscos naturais do negócio na parte mais fraca, o aderente. Tem-se que o desequilíbrio contratual daí resultante e a insegura realidade econômica do país torna, muitas vezes, insustentável a manutenção do vínculo negocial, cuja conseqüência é a frustração das expectativas do consumidor e a posição confortável do fornecedor que assegurou para si muitas vantagens. O controle de então era feito com as noções de abuso de direito e de enriquecimento ilícito.

A posterior entrada em vigor do CDC, impondo um novo paradigma da boa-fé objetiva, equidade contratual e proibição de vantagem excessiva nos contratos de consumo (art. 51, IV) e a expressa proibição de tal tipo de cláusula no art. 53 do CDC só fez aumentar a segurança dos Tribunais, que construíram determinante e farta jurisprudência com referência aos bens móveis de grande valor (p. ex.: contratos de consórcio) e contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis. Abaixo alguns exemplos:

COMPRA E VENDA.

Cláusula de decaimento em contrato de adesão.

Sua ineficácia, precipuamente quando o promitente comprador jamais se imitiu na posse.

Apelo desprovido.

TARS - Ap. Cível 192219376 - 7a. Câ. Cível - j. 4.11.92 - Rel. Antônio Dall'Agnol Júnior.

(...) Sustenta que a referida cláusula fere o disposto no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Alega que, em razão de dificuldades econômicas, a partir de 5.1.91, não pôde mais pagar as prestações. Pede que seja declarada a nulidade de cláusula e condenado o réu a devolver o valor das parcelas pagas, descritas a fls. 6 e 7, acrescidas de juros e correção monetária, desde o efetivo pagamento.

(...) O Dr. Juiz de Direito julgou procedente em parte a ação, para condenar a ré a restituir ao autor o valor devido, após o desconto dos gastos necessários para a efetivação do negócio, que não vingou por inadimplência do autor, valor a ser apurado em liquidação da sentença, compensados os ônus sucumbenciais.¹⁶⁸

CONSÓRCIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Obrigatoriedade de devolução dos valores pagos ao desistente, devidamente corrigidos, excluídos apenas o valor do seguro e taxa de administração. Tratando-se de contrato de adesão, é abusiva a cláusula que permite a devolução não atualizada. Incidência do Código de Defesa do Consumidor que determina a correção e limita a cláusula penal em 10% sobre o valor. Apelo provido.

Ap. Cível 191008853 - TARGS - 2a. Câ. Cível - Porto Alegre - J. 27.3.91 - Rel. Juiz Paulo Heerdt.¹⁶⁹

4.4.4.3. Cláusula penal clássica:

¹⁶⁸ Revista de Direito do Consumidor, v. 6. p. 269.

¹⁶⁹ Revista de Direito do Consumidor, v. 1. p. 229.

A forte discussão doutrinária e jurisprudencial originada pelas cláusulas de decaimento ou cláusulas de perda total das prestações pagas acendeu as dúvidas sobre a abusividade ou não das cláusulas penais em geral¹⁷⁰.

O legislador do CDC não incluiu as cláusulas penais entre as expressamente mencionadas na lista do art. 51. Apenas elaborou uma norma especial para o caso da cláusula de decaimento (art. 53) e previu uma multa moratória de no máximo 10% do valor da prestação, no caso do art. 52, § 1º do CDC. (...)

A jurisprudência brasileira acostumada ao controle de razoabilidade das cláusulas penais autorizado pelo art. 924 do CC e pela seção especial dedicada ao regime desta cláusula no Código Civil tem preferido uma solução casuística de não declaração da abusividade de tais cláusulas. (...)

Sem dúvida, a interpretação que a jurisprudência tem dado ao art. 924 do CC, é uma interpretação pró-consumidor, ao reduzir as penas previstas, por vezes totais (...), por vezes tão importantes que frustram qualquer expectativa do consumidor (80%, 50%, 40%, 30% do valor total ou do valor pago).

Mesmo assim, trata-se de uma reação esporádica do Judiciário, que muitas vezes opta pela não caracterização da cláusula como cláusula penal. Note-se que a não caracterização como cláusula penal geralmente é negativa para o consumidor (principalmente se não aplicado o CDC), pois o juiz pode assim autodelimitar seu poder de revisão, somente para respeitar indiretamente o dogma da autonomia da vontade. Tal solução também pode, porém, ser positiva para os interesses dos consumidores, ao evitar que se aplique o regime previsto no Código Civil e que se considere, em princípio, tal cláusula como válida (ou não abusiva), segundo a visão do direito civil tradicional, permitindo um maior controle do conteúdo e do desequilíbrio contratual que a cláusula traz.¹⁷¹

Sobre o tema, é impossível deixar de mencionar a notória decisão abaixo:

RESCISÃO CONTRATUAL - Contrato de Adesão e Código de Defesa do Consumidor - Aplicação imediata - Excessiva onerosidade de cláusula penal - Ofensa ao art. 53, caput, da Lei 8.078/90 - O contrato de adesão possibilita a intervenção judicial, para a correção de cláusulas excessivamente onerosas para a parte aderente. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujas normas, que visam àquela proteção e defesa são de ordem pública e de interesse social (art. 1º), considera nulas de pleno direito, cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de resolução do contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, por inadimplemento do comprador (art. 53). Esta disposição, por ser de ordem pública, aplica-se aos contratos anteriores ao referido estatuto legal de forma a nulificar a cláusula do contrato que estabelece aquela perda.

TJSP - 11a. Câ. Civil - Ap. Cível 197.165-2/3-SP - Rel. Des. Pinheiro Franco - j. 22.10.92 - m.v.¹⁷²

¹⁷⁰ "Cláusula penal é aquela cláusula teoricamente estimuladora da prestação, do cumprimento do contrato por impor uma pena em caso de inadimplemento parcial ou total ou em caso de mora, é a cláusula prefixadora da indenização, teoricamente compensatória do inadimplemento, também chamada de pena ou multa convencional, é pacto acessório estipulando multas ou penas para aquele que descumprir suas obrigações contratuais." MARQUES, op. cit. p. 344.

¹⁷¹ id. ibid. p. 347.

¹⁷² Revista de Direito do Consumidor, v. 5. p. 269.

4.4.4.4. Cláusulas que limitam o acesso à justiça:

A jurisprudência pátria já havia identificado a abusividade latente das cláusulas que, seja pela eleição de um foro especial para o contrato de consumo, seja por impor uma arbitragem privada ou de órgãos ligados a fornecedores acabam por dificultar ou impedir o acesso à justiça, direito constitucional fundamental.

A resposta judicial baseia-se, até hoje, preferencialmente nas normas do Código de Processo Civil, especialmente o art. 100. O motivo da não utilização das normas do CDC quanto à abusividade da cláusula de eleição de foro reside provavelmente no fato de o art. 51 não conter norma expressa a respeito. Porém sempre deve-se ter em mente que a esse rol é apenas exemplificativo, como já mencionei.

Sobre o assunto, convém trazer à colação:

CONTRATO DE ADESÃO E FORO DE ELEIÇÃO

AJRS - Agravo 580.055.011 - 5a. Câm. Cível - Agravante: Solange Eloisa Baasni - Agravado: Fiat Financeira S/A - Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior - j. 19.9.89 - v.u.

(...)

A cláusula constante do contrato de adesão, de foro eletivo em São Paulo, sede da empresa, se constitui na prática em negação do direito de acesso ao Judiciário, pois dificilmente o cliente desses conglomerados nacionais teria condições de se deslocar para o centro do País afim de, com escassos recursos, sozinho e estranho ao meio, dar início à dura jornada do contencioso judicial contra a empresa, que, ao contrário, dispõe das comodidades de sua sede e do amparo dos seus bem organizados serviços jurídicos.¹⁷³

CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA - Declaração "ex officio" da incompetência relativa - Inadmissibilidade - Cláusula contratual abusiva - Eleição de foro - art. 51 do CDC.

1º TACivSP - MS 478.284-7 - 3a. C. - j. 3.9.91 - Rel. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira.¹⁷⁴

CONTRATO DE ADESÃO - Cláusula de eleição de foro - Ineficácia quando dela advier sacrifício desproporcional para a parte aderente, impossibilitando o acesso à Justiça - Aplicação das regras gerais de competência - Declarações de votos.

Emenda oficial: Contrato de seguro. Foro de eleição. É ineficaz a cláusula estipuladora de foro de eleição em contrato de adesão a benefício da seguradora. O segurado pode valer-se das regras gerais de competência. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da 5a. Vara Cível de Caxias do Sul para processar e julgar ambas as ações. CCompl 1.339 - RS - 2a. S. - j. 14-11-90 - rel. Min. Nilson Neves - DJU 17-12-90.¹⁷⁵

4.4.4.5. Cláusulas-Mandato:

¹⁷³ Revista de Direito do Consumidor, v. 5. p. 265.

¹⁷⁴ id. ibid. v. 6. p. 268

¹⁷⁵ BUGARELLI, op. cit. p. 99.

Cláusulas-mandato são aquelas, na lição de Cláudia Lima Marques¹⁷⁶, de estipulação elaborada e imposta por uma das partes que colocam o credor do débito na posição legal de mandatário do devedor, com plenos e irrevogáveis poderes para fechar terceiros negócios (geralmente sacar títulos abstratos) ou para modificar unilateralmente as bases do negócio em curso (por exemplo, impor e assinar sozinho a re-ratificação da mesma promessa, combinada com confissão de dívida). A utilidade deste tipo de cláusula é conceder ao credor o poder contratual de fazer líquida e certa a dívida conforme o seu interesse e entendimento, sem a necessidade de participação do devedor.

Este tipo de cláusula desequilibra consideravelmente a relação contratual, uma vez que assegura dupla vantagem para o credor, já em posição preponderante: este possui um direito creditício contra o devedor e ainda reserva-se o direito de representá-lo. Ela quebra a comutatividade do contrato, desequilibra-o onerando em excesso um dos contraentes, que fica sujeito ao arbítrio do outro.

O direito brasileiro, porém, demorou a visualizar o abuso da simples inclusão deste tipo de cláusula nos contratos de massa. Por muito tempo o STF fazia distinção entre o 'uso' do mandato (este permitido) e o 'abuso' do mandato (este considerado lesão de direito e proibido), posição que validava a previsão contratual de tais cláusulas-mandato, proibindo apenas os abusos, que se tornassem judiciais e pudessem ser provados em ações específicas.¹⁷⁷

O CDC logo vislumbrou esta abusividade e sabendo da possibilidade dos fornecedores facilmente conseguirem a imposição deste tipo de cláusula no mercado brasileiro classificou-a expressamente no inciso VIII do art. 51, considerando-a abusiva e prevendo a sua nulidade.

Já neste sentido consolidou-se a jurisprudência pátria com a Súmula 60 do STJ: "*É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante no exclusivo interesse deste.*"

¹⁷⁶ MARQUES, op. cit. p. 359.

¹⁷⁷ id. ibid. p. 363.

A utilização da cláusula de mandato, como assevera Waldirio Bugarelli¹⁷⁸ não só é proibida pelo CDC, como também pelo princípio da igualdade e da boa-fé, pois significa dar procuração em branco para algum que é credor e tem os interesses divergentes do consumidor.

São neste sentido as seguintes jurisprudências:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Conceito de Consumidor - Proteção contratual. Cláusulas abusivas - Alteração unilateral da remuneração de capital posta à disposição de creditado - Imposição de representante - Conhecimento de ofício.

(...)

É nula a cláusula que impõe representante 'para emitir ou avalizar notas promissórias' (art. 51, VIII).

TARS - AJDJ 193051216 - 7a. Câ. - Rel. Juiz Antônio Dall'Agnol Júnior - j. 19.5.93 - v.u.¹⁷⁹

EXECUÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO. MANDATO CAMBIAL. NULIDADE.

É nula a cláusula contratual que cria mandato para ser utilizado por pessoa jurídica, integrante do mesmo grupo econômico do mutuante, contra os interesses do mandante, porque abusiva e contrária o que estabelece a Lei 8.078/90 (CDC).

(Ap. Cív. 1910114077 - TARGS - 1a. Câ. Cív. - Porto Alegre - J. 9.4.91 - Rel. Juiz Juraci Villela de Souza).¹⁸⁰

4.4.4.6. Cláusulas atípicas de remuneração:

Em que pese as cláusulas de remuneração serem essenciais a um contrato em uma economia capitalista, existem cláusulas envolvendo o preço que podem conter previsões tão variáveis, incertas, arbitrárias ou potestativas, que podem ser consideradas abusivas, contrárias ao princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Quanto à eventual abusividade das cláusulas de remuneração e cláusulas acessórias de remuneração, quatro categorias ou tipos de problemas foram identificados pela jurisprudência brasileira nestes primeiros anos de vigência do CDC: 1) as cláusulas de remuneração variável conforme a vontade do fornecedor, seja através da indicação de vários índices ou indexadores econômicos, seja através da imposição de 'regimes especiais' não previamente informados; 2) as cláusulas que permitem o somatório ou a repetição de remunerações, de juros sobre juros, de um duplo pagamento pelo mesmo ato, cláusulas que estabeleçam um verdadeiro bis in idem remuneratório; 3) cláusulas de imposição de índices unilaterais para o reajuste ou de correção monetária desequilibradora do sinalagma inicial; 4) cláusulas de juros acima do limite constitucional.¹⁸¹

¹⁷⁸ BUGARELLI, op. cit. p. 54.

¹⁷⁹ Revista de Direito do Consumidor, v. 9. p. 141.

¹⁸⁰ Revista de Direito do Consumidor, v. 1. p. 230.

¹⁸¹ MARQUES, op. cit. p. 373.

Para o primeiro grupo de cláusulas típicas, a previsão é expressa no CDC, art. 51, inciso X. Também o direito tradicional no art. 115 do Código Civil impugna esta possibilidade, desde que se faça sem concordância do parceiro contratual.

Quanto ao segundo grupo, a jurisprudência já está pacificada quanto à inacumulabilidade da previsão contratual da comissão de permanência com a correção monetária, pois ambas preenchem a mesma função, inclusive com a Súmula 30 do STJ.

Também é aceita a tese, muito discutida na prática, de que é abusiva e contrária ao sistema do CDC a cláusula que prevê o reajustamento das prestações nos contratos de consumo mediante índices setoriais dos fornecedores.

Neste sentido, interessante observar a seguinte decisão:

CONTRATO DE 'LEASING'. PLANO VERÃO - Cabível a consignatória para discutir o índice de reajuste.

Ainda que as Leis 7.738/89 e 7.774/89 tenham permitido a utilização de índice alternativo previsto no contrato, não pode o Judiciário chancelar cláusula abusiva em contrato, que, por adesão, fere claramente a paridade de tratamento entre os contratantes. Posição reiterada pela jurisprudência, agora consagrada pela Lei de Defesa do Consumidor. Apelo provido para julgar procedente a consignatória.

(Ap. Cív. 191031798 - TARGS - 2a. Câ. Cív. - Porto Alegre - J. 9.5.91 - Rel. Juiz Paulo Heerd).¹⁸²

São, por fim, extremamente polêmicas as cláusulas de juros acima do limite constitucional de 12% presente no § 3º do art. 192. Parte da jurisprudência, especialmente a de primeiro grau, entende que esta norma proibitória é auto-aplicável, sem a necessidade de qualquer complemento legislativo ou definição sobre o que sejam juros reais considerando-as ilícitas e abusivas face ao texto constitucional. Outra parte, seguindo orientação do STF, entende que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, dependendo de lei complementar, portanto tais cláusulas seriam plenamente válidas.

¹⁸² Revista de Direito do Consumidor, v. 1. p. 232.

4.5. As cláusulas abusivas e os contratos de adesão

Da explanação acima, importante é a observação de que as cláusulas abusivas encontram-se umbilicalmente ligadas aos contratos de adesão. Apesar de, como já mencionei, não serem identificadas somente nesses tipos de contratos, até mesmo merecendo tratamento em Seções diversas no CDC, tais cláusulas acontecem especialmente neles e são mais eficazmente combatidas pela jurisprudência quando inseridas no texto dos contratos de adesão.

Para isso existe a explicação que fecha o círculo deste trabalho: exatamente diante da frequência com que as cláusulas eram inseridas nos contratos de adesão é que os princípios tradicionais da disciplina dos contratos se tornaram insatisfatórios, exigindo não somente a sua reformulação doutrinária, como também legislação específica, o Código de Defesa do Consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos contratos foi profundamente abalada pelas mudanças sociais e econômicas que marcaram este século. Isso porque, se outrora os contratos apresentaram-se como meios eficientes, eficazes e efetivos para a concretização dos interesses de uma economia liberal em crescente expansão e uma sociedade recém industrializada, tal situação há algum tempo já se apresenta de maneira bem distinta.

No nascimento da chamada sociedade de consumo, que tem por característica a massificação generalizada, o comércio jurídico se despersonalizou e fez com que a concepção clássica de contrato até então amplamente utilizada e difundida perdesse a sua funcionalidade. Porque aquele velho padrão, crente que, assegurando a autonomia da vontade e a liberdade contratual alcançaria-se a necessária harmonia e equidade nas relações contratuais, serviu para, nesta nova fase, acentuar as desigualdades econômicas, financeiras, intelectuais e sociais entre as partes contratantes.

Pôde-se observar, a partir da proliferação de novas formas contratuais - entre elas a figura importantíssima do contrato de adesão - o claro desnível entre as partes que firmavam o contrato: um, o autor efetivo de cláusulas, o outro, simples aderente. Desnível este que ficava ainda mais latente quando fala-se em relações de consumo.

Isso porque o consumidor apresenta-se, em nossa sociedade, como um contratante extremamente frágil e vulnerável frente ao poder que as empresas modernas exercem perante o mercado de consumo. Este poder deve-se não tão somente ao fato da enorme concentração de capital que por vezes estas revelam, mas também por outros fatores, ligados ao monopólio de certos setores da economia, ao exercício de funções sociais delegadas pelo Estado, ao desenvolvimento de atividades essenciais e outros fenômenos que podem ser relatados.

Partiu o Estado, então, para a intervenção nas relações de consumo, para, reduzindo o espaço para a autonomia da vontade, tentar restabelecer o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) é a expressão desta intervenção estatal (o seu art. 1º deixa isso muito claro), que foi ordenada pelos arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V da Constituição Federal de 1988.

O Código pretende regular todas as matérias conexas às relações de consumo, apresentando-se basicamente como um Código de princípios (aqueles desenvolvidos ao longo deste século pela teoria moderna ou social), que apresentam normas imperativas e de natureza cogente. Porém, este estudo interessou-se pela parte mais abrangente e representativa das novas questões postas pelo Código: a relação contratual entre o consumidor de bens e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor introduz, no ordenamento jurídico brasileiro, um novo regime legal na formação dos contratos, optando pelo método de imposição dos direitos dos consumidores (art. 6º) e novos deveres para os fornecedores, que no resumo da opinião dos autores pesquisados são os deveres de transparência e boa-fé.

Na análise por este trabalho desenvolvida, estes deveres devem ser observados quando da elaboração dos Contratos de Adesão e direitos que devem ser respeitados pelos

contratos em geral, mediante a não inserção de cláusulas que de alguma forma impeçam o efetivo exercício desses direitos por parte dos consumidores.

Introduz igualmente um novo regime de conduta dos fornecedores quanto as execuções dos contratos, instituindo novos deveres anexos e aumentando as garantias legais referentes aos produtos e aos serviços colocados no mercado, superando as barreiras do próprio contrato, afim de responsabilizar objetivamente toda a cadeia de fornecedores, tudo isso para alcançar a proteção da confiança depositada na sociedade de consumo.

Procurando sempre demonstrar o que o Código traz de novo em relação ao ordenamento jurídico brasileiro tradicional e a teoria tradicional dos contratos, sob a visão do controle judicial ou administrativo que será exercido sobre estes contratos, percebi que o Código de Defesa do Consumidor tem em seu texto os instrumentos para uma verdadeira revolução nas relações contratuais.

Porém, a distância entre teoria e prática, especialmente quando se fala em um país com tantos contrastes, com tão diferentes níveis de conscientização aconselha-me a ser prudente e fazer a ressalva que não é a criação de uma lei nova que vai trazer a segurança da solução dos problemas, mas sim a efetiva mudança na mentalidade dos fornecedores e operadores do direito e na conscientização e educação dos consumidores.

Sobre este ponto, o Código de Defesa do Consumidor apresenta-se com um caráter extremamente educativo, visto que valoriza os órgãos, governamentais ou não e as associações que visem defender os interesses dos consumidores, munindo-os de importante arma para o controle dos contratos de consumo, quer seja, a legitimidade processual.

É certo que doutrina e jurisprudência já estavam, havia algum tempo, sinalizando no sentido de reconhecer a debilidade do consumidor frente aos fornecedores, especialmente aqueles elaboradores unilaterais dos contratos de consumo. Porém, importante é a observação de que, em que pese muitos Juízes e Tribunais julgarem de acordo com as novas

tendências amplamente reconhecidas e difundidas, o nosso direito é de base legalista e a positivação destes novos elementos no Código de Defesa do Consumidor constitui-se numa garantia, constitui-se na criação legal de uma nova base de equidade dos contratos.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL Júnior, Alberto. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 6, abril - junho/1993. p.27 - 33.

ARRIGHI, Jean Michel. La proteccion de los consumidores y el mercosur. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, 1992. p. 125 - 136.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 3, setembro - dezembro/1992. p. 78 - 87.

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de direito civil, volume 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 656p.

_____. O dirigismo econômico e o direito contratual. RT, 526: 20 - 31.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 6, abril - junho/1993. p. 7- 16.

BUGARELLI, Waldirio. Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 1993. 128p.

CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil. 3 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1984. 2v. V.2, T.1.

COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994. 309p.

DINIZ, Maria Helena. Cursos de direito civil brasileiro, volume 3. São Paulo, Saraiva, 1984. 524p.

GOMES Júnior, Luiz Manoel. A cláusula de eleição de foro nos contratos por adesão. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 9, janeiro - março/1994. p.116 - 121.

GOMES, Orlando. Contratos. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 582p.

HEERDT, Paulo. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 6, abril - junho/1993. p.77 - 97.

LUCCA, Newton de. A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 5, janeiro - março/1993. p. 75 - 88.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 478 p.

_____. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 1, março/1992. P. 27 - 54.

MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 4, 1992. p. 141 - 172.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Teoria Geral do Negócio Jurídico. São Paulo: Atlas, 1991. 167p.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Um caso de má tradução no Código de Defesa do Consumidor In: TUBENCHLAK, James, BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. Livro de Estudos Jurídicos, volume 9. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. p. 388 - 401.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 148p.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. 263p.

STIGLITZ, Gabriel. O Direito Contratual e a proteção jurídica do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 1, março/1992. p. 184 - 199.

TOMASETTI Jr., Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das Cláusulas Abusivas pelo Direito Comum. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, 1992. p. 52 - 66.

TOPAN, Luiz Renato. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 6, abril - junho/1993. p.136 - 166.

VERONA, Dorothee Susanne Rudiger. contratos coletivos, contratos de Direito Civil e Proteção ao Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 5, janeiro - março/1993. p. 132 - 144.

WALD, Arnoldo. Obrigações e Contratos. 11 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988 e o Código Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. 732p.