

Cláusulas abusivas no contrato de adesão: regramento no código de defesa do consumidor do Brasil

Kamila Aparecida Iwanami*

Advogada, professora, especialista e doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNLP- Universidad Nacional de La Plata.

Victor Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Secretário Geral da OAB/RJ – 11ª Subseção; Professor de Direitos Fundamentais – Direitos Humanos; Ciências Políticas e Teoria Geral do Estado; Prática Jurídica Real III, da Universidade Iguazu – Campus V; Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNLP – Universidad Nacional de La Plata (Argentina); Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ.

Leandro Silva Costa*

Advogado; Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Iguazu – Campus V. Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNLP – Universidad Nacional de La Plata (Argentina).

Resumo

O presente artigo abordará as questões prejudiciais e necessidade de proteção contra as abusividades corriqueiramente perpetradas em contratos de adesão. Para isso, serão abordadas as regras contratuais gerais, as específicas nos contratos de adesão e a sua proteção normativa de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. O método utilizado foi a pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

Palavras-chave: Abusividade; cláusulas; contratos; adesão; consumidor.

Abstract

This article will address the questions and the need for protection against abusividades routinely perpetrated in adhesion contracts. For this, the general contractual rules will be addressed in the specific subscription agreements and their legislative protection under the Consumer Protection Code. The method used was the doctrinal and jurisprudential research on the subject.

Keywords: unconscionability; clauses; agreements; accession; Consumer.

1 Introdução

A preocupação básica do Código de Defesa do Consumidor é o equilíbrio que deve ser mantido entre as partes de uma relação jurídica. Devido à evolução empresarial, tornou-se imprescindível proteger o consumidor contra abusos e lesões ao seu patrimônio, em virtude do poder cada vez maior das empresas. O poder econômico passou a constituir a regra e deve ser exercido segundo uma função social de serviço à coletividade. Um dos aspectos mais importantes da proteção aos direitos do consumidor é o da repressão às chamadas cláusulas contratuais abusivas. O repúdio do legislador à utilização de tais cláusulas constitui um dos aspectos da chamada proteção contratual, de caráter mais amplo, compreendendo não apenas o problema das cláusulas abusivas como também as condições gerais dos contratos e os contratos de adesão, que se

encontram transcritas no Capítulo VI do Código de Defesa do Consumidor, em suas seções. A proteção contra as cláusulas abusivas constitui um dos aspectos mais importantes da defesa aos direitos do consumidor.

Como é sabido, o fenômeno contemporâneo da contratação em massa, fez com que se multiplicassem os contratos de adesão, formando-se assim, nos mais variados campos da atividade econômica, uma prática tão usual como as próprias vendas realizadas em estabelecimentos comerciais. Algumas das hipóteses em que mais são utilizados os contratos de adesão são, por exemplo, os contratos bancários, seguros, cartões de crédito, dentre tantos outros negócios para os quais são sempre transcritas as cláusulas contratuais gerais. Ocorre aí, uma situação em que o consumidor fica impossibilitado de discutir o conteúdo das cláusulas predispostas, pois a celebração do contrato pressupõe a aceitação e aderência àquelas disposições contratuais, sem qualquer questionamento, que faz com que exista uma grande possibilidade para qualquer tipo de possíveis abusos por parte de quem o elaborou, tornando-se, de tal forma, necessária a intervenção legislativa para evitar e coibir tais abusos.

A origem dos contratos de adesão pode ser buscada no Direito Comparado e a terminologia Contrato de Adesão tem origem francesa. Tem fonte no Brasil nas contratações em massa e o Código de Defesa do Consumidor é bem claro ao especificar que todos os contratos devem ser revistos quando se tornarem excessivamente onerosos, e ainda, que as cláusulas abusivas devem ser desconsideradas pelo consumidor, por serem nulas de pleno direito.

Para melhor exemplificação, a título introdutório, podemos citar algumas hipóteses de cláusulas abusivas: uma delas é a situação em que o consumidor é convidado a assinar um documento no qual declara que o inteiro teor do contrato era de seu conhecimento e se acha registrado no Registro de Títulos e Documentos, ou uma cláusula quase ilegível era introduzida maliciosamente no contexto do contrato; outra dessas hipóteses é a utilização de fórmulas paramétricas complexas na determinação do verdadeiro conteúdo das obrigações assumidas pelo consumidor.

De uma forma ampla e geral, um princípio primário deve reger a celebração dos contratos, o princípio da boa-fé, como paradigma, inscrito no art. 6º, inciso III do CDC. A busca por uma harmonia das relações de consumo é o fator principal, necessário à aplicação desse princípio nas relações consumeristas entre consumidor e fornecedor. Tal princípio demonstra o esforço do Estado em buscar a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilidade da proteção ao consumidor

com o crescente desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedor. Alinne Arquette Leite Novais ensina que: Em matéria de contrato, é na sua vertente objetiva que o princípio da boa-fé tem importância.

Com a preocupação do CDC em reger tanto os aspectos pré-contratuais, como os de formação e execução dos contratos de consumo, serve o princípio da boa-fé como base fundamental para a fase de formação, bem como para a executória. Somente após explanação desse princípio é que se vai adentrar à disciplina das cláusulas abusivas nos contratos de adesão regidos pelo CDC.

2 Dos contratos em geral

2.1 Considerações iniciais

O direito caminha ao lado da humanidade, acompanhando o seu desenvolvimento. O contrato como instrumento pelo qual se constitui, modifica ou extingue obrigações possui sua origem na antiguidade.

O mecanismo contratual clássico era baseado na autonomia da vontade, ou seja, no acordo de vontades entre as partes possuía importância absoluta e prevalecia sobre as demais circunstâncias do pacto. Essa estrutura do contrato se desenvolveu, principalmente, durante o liberalismo individualista, pautado na livre concorrência, até o surgimento do Estado Social intervencionista.

Durante o liberalismo econômico, a idéia de contrato era o reflexo do livre desenvolvimento de capitais, e com ele seus pressupostos de contratação de conteúdo livremente pactuados. Não se considerava nada além do expresso consentimento dos contratantes para que o vínculo se tornasse perfeito e acabado; a lei era mera disposição de fazer valer as determinações estipuladas.

Entretanto, a autonomia privada proporcionava abusos, e, por isso começou a ser limitada. Essa liberdade contratual passou a conviver lado a lado com as condições gerais dos contratos, diminuindo a autonomia privada, que já não é mais exercida em sua plenitude de outrora, como de escolher o tipo contratual e a de determinar o conteúdo do mesmo.

O Estado passou a intervir nas relações privadas, a fim de assegurar o equilíbrio das contratações. No direito contemporâneo é notória a interferência do Estado na economia, ocasionando a limitação da liberdade de contratar com o encolhimento da

autonomia privada, descartando a antiga idéia de que equidade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social.

Com a adoção dessa nova postura estatal, a função social do contrato adquiriu cada vez mais amplitude, prestigiando-se o elemento ético da boa fé que confere equilíbrio na expressão da vontade humana, de tal modo que os contratantes exigem segurança do Estado e este passa a garantir a igualdade com a proteção do economicamente mais fraco e assim valoriza o interesse coletivo em detrimento do individual.

Essa intervenção estatal nas relações privadas foi nomeada de Dirigismo Contratual.

O fenômeno do dirigismo contratual é caracterizado pela intervenção do Estado nas relações contratuais com o objetivo de compensar o desequilíbrio entre as partes existente anteriormente, buscando uma forma de tornar o contrato um mecanismo de harmonia de interesses, ditando várias normas que deram tratamento especial a determinadas categorias para compensar juridicamente a sua frágil posição contratual, proibindo, desta forma, a inserção de determinadas cláusulas ou autorizando a inserção de outras.

Assim, insere-se o Estado, enquanto titular do dever de assegurar a ordem jurídico-social, com a finalidade de garantir eficácia da atividade contratual, passando o contrato a surgir com uma nova concepção, importando além da manifestação da vontade das partes, os efeitos do contrato na sociedade como um todo, em função do interesse social.

A Constituição Federal de 1988 afasta-se dos valores que, até então, marcavam o direito privado e inseriu valores supremos como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, impondo-lhes limites, de cunho político, social e econômico. O Estado de Direito transforma-se em Estado Social de Direito, no qual pretende fazer a justiça social, passando a intervir nas relações contratuais, principalmente, no domínio privado em prol do interesse coletivo. Esse controle estatal foi chamado de constitucionalização do direito privado.

Exemplos marcantes dessa intervenção na esfera privada pelo Estado são a criação da própria Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo direitos e deveres no contrato de trabalho e, mais diretamente, o consagrado Código de Defesa do Consumidor do Brasil – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que são legislações que flexibilizaram a autonomia privada e a liberdade de contratar.

2.2 Conceitos

O contrato pressupõe necessariamente intervenção de duas ou mais pessoas que se põem de acordo a respeito de determinada coisa. Sem o concurso de duas pessoas, pelo menos, impossível surgir o contrato, não se podendo admitir que alguém seja, ao mesmo tempo, credor e devedor de si mesmo, o que viria a constituir verdadeiro *contradictio in adjectis*.

Contrato, do latim *contractu*, é trato com. É a combinação de interesses de pessoas sobre determinada coisa. Vale dizer contrato é mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

O Ilustre Jurista Caio Mário da Silva Pereira ensina que o “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.¹

Segundo Washington de Barros Monteiro, contrato é “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”.²

Enfim, diversas são as conceituações que se pode dar para o termo “contrato”, mas o que nenhuma das definições divergem é quanto à necessidade de acordo de vontades entre duas ou mais pessoas dotadas de capacidade de direito, que tenha por fundamento essencial um mesmo objeto lícito e possível.

2.3 Dos Princípios Fundamentais do Contrato

2.3.1 Princípio da Autonomia da Vontade

Pelo Princípio da Autonomia da Vontade, considera-se que a obrigação contratual tem origem na vontade humana. Os contratantes devem sempre expressar a vontade. Essa declaração de vontade vincula as partes e permanece válida.

Esse princípio pode ser enunciado como a capacidade que as pessoas têm de livremente disciplinarem seus interesses contratuais. Nessa idéia, envolvem-se três modalidades distintas de liberdade contratual.

A *primeira* é a própria liberdade de contratar. Via de regra, ninguém pode ser forçado a celebrar um negócio jurídico, pois isso ensejaria em um vício de consentimento, o que macularia a validade do pacto.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, atualizado por Fichtener, Regis, Instituições de Direito Civil, volume III, 11ª edição, editora Forense, 2003, p. 7.

² MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil 5º volume, 36 edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

A *segunda* é a liberdade de poder optar com quem contratar. Ressalvando, porém, quando se ocorre, por exemplo, o monopólio na prestação de serviços, o que, por outro lado, também é hodiernamente combatido por normas de Direito Econômico.

Por fim, a *terceira* é a modalidade de liberdade de deliberar quanto ao teor do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar.

2.3.2 Princípio do Consensualismo

O Princípio do Consensualismo estabelece que o simples ajuste de duas ou mais vontades é o suficiente para a constituição do contrato.

Referido princípio encontra respaldo no artigo 107 do Código Civil Brasileiro, ao dizer que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.³

Pode-se dizer que o consentimento forma os contratos, pois não é exigido nenhuma formalidade específica. O que não quer dizer que todos os contratos sejam consensuais, pois alguns têm a sua validade condicionada às solenidades fixadas por lei.

2.3.3 Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos

Pelo Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, também conhecido por Princípio da *Pacta Sunt Servanda*, os contratantes, vinculados através da manifestação de vontade, devem dar plena execução às suas disposições, pois o contrato vale como se fosse lei entre as partes, limitado apenas às normas de ordem pública e aos bons costumes.

Este princípio busca garantir um mínimo de segurança entre os contratantes, pois, ao disporem livremente de sua vontade, as partes estabelecem obrigações que devem ser cumpridas, sob pena de responder o inadimplente com o seu próprio patrimônio.

Orlando Gomes, em obra clássica, ensina que:

se aceitou as condições contratuais extremamente desvantajosas, a presunção de que foram estipuladas livremente impede se socorra da autoridade judicial para obter a suavização, ou a libertação. *Pacta Sunt Servanda*.⁴

E complementa dizendo que:

³ BRASIL, Código Civil Brasileiro. In. *Vade Mecum* 4 em 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272.

⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*, 16ª. Edição. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1995. p. 42.

o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.⁵

Com isso, uma vez elaborado o contrato pelo consenso de vontades das partes, de forma livre e consciente, sem qualquer restrição de ordem pública, dos costumes e dos vícios de consentimento, o contrato é válido e justo. Sendo válido e justo, não cabe ao juiz modificar, adequar ou revisar o contrato.

2.3.4 Princípio da Boa-Fé Objetiva

O princípio da boa-fé objetiva encontra assento nos artigos 113 e 422 do Código Civil Brasileiro.

Tal princípio é a regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais, visando impedir que certos comportamentos repercutam na confiança que as pessoas normalmente depositam uns nos outros, enquanto contratantes.

A boa-fé objetiva não é princípio dedutivo; é sim uma cláusula geral norteadora, de conteúdo propositalmente vago, na introdução das normas de direito contratual, de forma a não provocar quaisquer dúvidas de que os contratos hão de ser negociados, concluídos e executados com confiança, lealdade, honestidade e retidão e que tais comportamentos, exatamente por abrigarem inumeráveis condutas possíveis, exigirão do intérprete, na busca da concreção daquele mandamento, a observação, caso a caso, desses mesmos elementos.

Esse princípio afeta as relações contratuais desde as negociações preliminares, bem como durante a sua formação, execução e conclusão do negócio jurídico, impondo às partes um comportamento externo de lealdade e dignidade, entendido esse comportamento como o exigível de um homem médio.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 422, refere-se a ambos os contratantes do contrato comum civil ou mercantil, não podendo o princípio ser aplicado preferencialmente ao devedor.

Nas relações de consumo, ainda que o inciso III do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor cuide de aplicá-lo a consumidores e fornecedores, é a estes últimos que o princípio se impõe, especialmente, em virtude da vulnerabilidade daqueles.

Vale ressaltar que no art. 422 do Código Civil Brasileiro de 2002, o legislador associou ao princípio da boa-fé o que denominou de princípio da probidade. No direito

⁵ GOMES, Orlando, op. cit., p. 42.

contratual privado, a probidade é qualidade exigível sempre à conduta de boa-fé. Pode dizer-se que não há boa-fé sem probidade.

2.3.5 Princípio da Relatividade dos Efeitos

Pelo Princípio da Relatividade dos efeitos do contrato, as estipulações contrastadas só têm eficácia entre as partes, não atingindo a terceiros. Em outras palavras, somente os sujeitos que participassem pessoalmente das fórmulas criadoras do liame obrigatório poderiam estar vinculados.

O postulado da autonomia da vontade, outrossim, ao assegurar que os indivíduos são livres para contratar ou não fazê-lo; para escolher o parceiro contratual e o conteúdo do contrato firmado, estabelece, de outro lado, que os efeitos advindos do vínculo devem circunscrever-se àqueles que tenham dado seu consentimento; expressado a vontade de integrar o negócio jurídico. Em complemento, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato limita às partes contratantes os efeitos do acordo. Cada indivíduo não pode obrigar-se senão a si próprio.

2.3.6 Princípio da Equivalência das Prestações

É um princípio consagrado em diversos dispositivos legais, consistindo na idéia básica de que, nos contratos, deve haver uma correspondência nas prestações assumidas pelos contratantes. Tais prestações não precisam ser rigorosamente de mesmo valor, mas devem corresponder às expectativas que as partes tinham a seu respeito.

No Código Civil, tal princípio é claro, por exemplo, nos artigos 423 e 424, no reconhecimento positivado da resolução por onerosidade excessiva e, na disciplina genérica do negócio jurídico, na anulabilidade da avença por força do vício da lesão (art. 157), em que, embora exija um elemento subjetivo (primeira necessidade ou inexperiência), não se tem positivada a exigência de um dolo ou aproveitamento.

Reforçando o princípio em tela, o Código Civil de 2002, ao contrário da legislação anterior, trouxe de forma expressa, no artigo 478, a cláusula *rebus sic stantibus*, através da qual as partes se mantêm obrigadas pelo pactuado desde que elas permaneçam como antes se encontravam.

Com base no referido dispositivo legal, o contrato poder ser revisto, com fundamento na teoria da imprevisão, desde que o contrato seja de execução contínua ou diferida, que ocorra algum fato extraordinário ou imprevisível e, ainda, que venha

ensejar uma prestação excessivamente onerosa para uma das partes, acompanhada de extrema vantagem para a outra.

2.3.7 Princípio da Função Social do Contrato

Assim como a propriedade, o contrato também deve seguir os ditames da função social do contrato. É o que o Código Civil trouxe expressamente em seu artigo 421, segundo o qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição Brasileira de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.

Trata-se, sem sombra de dúvida, do princípio básico que deve reger todo o ordenamento normativo no que diz respeito à matéria contratual.

O que a função social do contrato estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do artigo 187, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por sua própria finalidade, o contrato exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, não havendo fundamento algum para se defender que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam.

Assim sendo, é natural que se confira ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes e sem prejuízo do interesse público. Esse princípio não impede a livre iniciativa contratual, a autonomia privada e a obrigatoriedade dos contratos, apenas a

O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento.

3 Os contratos de adesão

3.1 Definição

Contrato de Adesão é uma espécie de contrato cujo teor, livremente estipulado por uma das partes, deve ser aceito, sem restrições pela outra. Nele, não há discussão livre entre as partes, posto que as cláusulas são impostas por uma delas à outra, que as aceita *in totum*.

Como define a professora Cláudia Lima Marques:

Contrato de Adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne variatur*, isto é sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.⁶

Não existe um objeto legalmente predeterminado para o contrato de adesão que é na verdade, um método de contratação, podendo ser utilizado em qualquer tipo de contrato, como a compra e venda ou a locação, dentre inúmeros outros. São ainda utilizados em, larga escala nos contratos bancários, alienação fiduciária e de cartão de crédito.

3.2 Considerações Gerais acerca do Contrato de Adesão

Havia na doutrina uma distinção entre os contratos *de* adesão e os contratos *por* adesão. Os primeiros seriam uma forma de contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações do Poder Público. Já os contratos por adesão seriam aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-se, por completo, ou não.

Porém o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro unificou essas duas situações, estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público, aprovadas pela autoridade competente (artigo 54, caput do referido *Codex*), como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes, estão incluídas no conceito legal de contrato de adesão.

Assim, o contrato de adesão é negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, 3ª edição, Ed. RT, 1999, p. 53.

É característico pelo seu modo de formação, ou seja, pela adesão, sem alternativa, de uma das partes ao esquema contratual traçado pela outra, não admitindo negociações preliminares, nem, em regra, modificação em suas cláusulas preestabelecidas.

Caracterizam-se tais cláusulas pela generalidade, uniformidade e abstratividade, repetindo-se, sem se exaurirem, em todos os contratos dos quais sejam o conteúdo normativo e obrigacional.

A determinação do conteúdo desses contratos é prévia e unilateral. Um dos sujeitos redige-as, antecipadamente, para sua utilização nas eventuais relações jurídicas que trará com pessoas indeterminadas.

3.3 Aspectos do Contrato de Adesão

A figura jurídica denominada contrato de adesão apresenta-se sob o duplo aspecto, conforme o ângulo de que seja focalizada. Considerada na perspectiva da formulação de cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, recebe a denominação de condições gerais dos contratos e é analisada à luz dos princípios que definem a natureza desse material jurídico.

Se for encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamada contrato de adesão e examinada sob o prisma do modo por que se formam as relações jurídicas bilaterais.

A bem dizer, a cumulação dos dois aspectos significa que se apresentam como dois momentos lógicos e cronologicamente diversos do mesmo fenômeno. No primeiro momento, o empresário formula o esquema contratual abstrato, redigindo as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas. No segundo momento, o eventual cliente da empresa adere a esse esquema, travando-se entre os dois uma relação jurídica de caráter negocial, com direitos e obrigações correlatas, sem qualquer conexão jurídica com os outros vínculos que, do mesmo modo e com igual conteúdo, se formam com distintos sujeitos.

O fenômeno é um só e uma só a categoria jurídica.

Faltaria sentido prático à formulação de condições gerais para contratos uniformes se possibilidade não houvesse de concluí-los em número indefinido. Por sua vez, o comportamento do cliente que provoca a formulação de uma relação concreta somente se reveste de significação particular se implica adesão às condições gerais previamente estatuídas pelo empresário.

3.4 Principais Características do contrato de adesão

O contrato de adesão nasce da necessidade de uniformização das cláusulas com o intuito de promover uma dinamização das relações contratuais, numa pluralidade de situações uniformes. Este engessamento contratual cria para o consumidor a impossibilidade de disposição sobre o conteúdo do contrato, restando apenas a possibilidade se aceitar ou não o proposto. Contudo, isto, por si só, não caracteriza adequadamente o contrato de adesão.

A tese contratualista aponta como elementos distintivos os seguintes: 1) Uniformização; 2) Predeterminação; 3) Rigidez.⁷

A uniformização é elemento imprescindível. O modelo precisa ser invariável para garantir a negociação em massa, ou seja, as cláusulas devem ser pré-elaboradas para um número múltiplo e indeterminado de contratos e de aderentes e não para um único caso.

A predeterminação é a disposição a priori das cláusulas contratuais. Esta predeterminação deve ser unilateral. Não há contrato de adesão se os dois contraentes, de comum acordo, traçam previamente as cláusulas do futuro contrato. Do mesmo modo, também não configura contrato de adesão quando os indivíduos adotam formulários feitos por terceiros (ocorre muito nos contratos de locação). O elemento distintivo é a determinação, por uma das partes, do contrato a ser usado em série.

Já a rigidez é um desdobramento dos caracteres anteriores. O consumidor não poderá alterar o conteúdo das cláusulas. A flexibilidade descaracterizaria o contrato de adesão.

A vontade do fornecedor é garantir grande número de consumidores, com aceitação passiva das condições, sendo invariável o conteúdo do contrato. Também como os contratos, as cláusulas devem ser uniformes, para garantir a invariabilidade do conteúdo contratual.

Cláudia Lima Marques cita algumas características do Contrato de Adesão:

O pré-estabelecimento de normas que visam, de forma indevida, à rápida celebração dos contratos, feitas pelo início das tratativas contratuais; a Unilateralidade da estipulação, feita por um dos futuros contratantes, denominado estipulante, que acaba por gerar uma exclusão de qualquer manifestação do outro contratante; a Uniformidade, que rege os negócios do estipulante relativos a determinada área de atuação; a Rigidez, sendo que o intento do estipulante é no sentido de que o futuro aderente aceite os termos das

⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 118.

cláusulas, sem discutir o seu conteúdo e alcance, que é a regra para os contratos em massa, talvez o ponto mais voraz e ensejador de enganos destes contratos e a Abstração, este sim o ponto de principal relevância, visto que visa, ou não, a atingir indistintamente qualquer contratante que quiser aderir às cláusulas gerais.⁸

O que interessa ao direito é a técnica de pré-elaboração unilateral e a de simples opção de aceitação para o outro contraente.

4 As cláusulas abusivas nos contratos de adesão

Os contratos de adesão, embora agilizem as relações contratuais, possuem desvantagens para o consumidor, dentre as quais o quase infinito número de cláusulas abusivas.

Esse é o grande problema do contrato de adesão, o motivo pelo qual ele é mais lembrado e criticado, é que ele dá margem às cláusulas abusivas, incompatíveis com a boa-fé, que colocam o consumidor em desvantagem. Aí se faz indispensável a intervenção do Estado, por via legislativa, administrativa ou jurisprudencial, para proteger os consumidores, tornando nulas essas cláusulas dotadas de abusividade. A previsão de nulidade das cláusulas abusivas está prevista no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, que elenca em seus incisos algumas dessas cláusulas, enumerando-as de forma meramente exemplificativa, e não taxativa.

Neste contexto, se entende por cláusula abusiva, toda a cláusula que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, ou seja, o consumidor. Confirmando tal assertiva, assim dispõe Alinne Arquette Leite Novais:

O rol elencado no art. 51 é exemplificativo, podendo a inclusão de uma determinada cláusula em um contrato, que a princípio não seria abusiva, sê-lo assim considerada, em decorrência de análise a ser realizada pelo julgador, ao constatar a dificuldade que sua determinação poderá ensejar ao consumidor.⁹

Assim, podem as cláusulas abusivas ter sua nulidade decretada *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição, e, não havendo qualquer estipulação temporal em relação ao direito de pleitear a sua nulidade, a ação é imprescritível. Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusividade de determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 89.

⁹ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor – São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 98.

Para que a abusividade possa ser definida, existem dois meios. O primeiro é a aproximação subjetiva, que liga a abusividade mais com a figura do abuso de direito, tomando-lhe como principal característica o uso malicioso ou desavisado de suas finalidades sociais, de um poder concedido a um agente. Outro meio é a aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com questões modernas, a citar, a boa-fé objetiva ou a clássica figura da lesão enorme, tomando-lhe como elemento principal o resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave suportado pelo consumidor, o efeito desequilibrador que a cláusula imposta resulta, o atropelamento da razoabilidade ou a comutatividade do exigido no contrato.¹⁰

Com os contratos de adesão surgiram diferentes problemas para os aderentes, devido à quase nula participação de que desfrutam em sua elaboração: imposição de cláusulas não comutativas; imposições de ônus excessivos; falta de informações sobre o negócio, ou sobre bens; redação equívoca de cláusulas; fixação de sancionamentos indevidos, ou desproporcionais; transferência de responsabilidade do disponente para outrem entre tantas outras situações desfavoráveis.

O contrato de adesão é propício para o surgimento de cláusulas abusivas tendo em vista a tendência do fornecedor em sempre assegurar a sua posição e, por isso, colocará condições contratuais que afrontarão a boa-fé ou romperão o equilíbrio entre as prestações de cada parte, muitas das vezes de maneira instintiva e impensada, proporcionando um ônus excessivo para o consumidor.

Diante dessa conclusão, a referida lei determina que os termos do contrato de adesão devem ser claros e com caracteres expressos e legíveis de modo a facilitar a compreensão pelo consumidor. Maneira oposta àquela que os fornecedores inescrupulosos costumam fazer: letras pequenas e de maneira confusa e duvidosa.

O Código de Defesa do Consumidor pretende obter um tratamento comum dispensado a todos os contratos, em que a boa apresentação de cláusulas cria uma relação esclarecedora aos praticantes, fato que de maneira negativa não encontrava ressonância perante o contrato de adesão que, via de regra, se tornava portador de um senso controvertido em sua apresentação, gerando conflitos diversos.

4.1 Alguns exemplos das cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor proíbe a inserção no contrato de cláusulas consideradas abusivas, declarando-as nulas de pleno direito, portanto sem nenhum

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, Código Brasileiro de Defesa do consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 6ª edição, São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2001, p. 542.

efeito vinculatório. Neste capítulo serão abordados os tipos de cláusulas mais freqüentes, principalmente, nas relações negociais consumeristas em massa, lembrando que, a mesma cláusula pode ser considerada válida, quando inserida em um contrato negociado em igualdade de condições, e abusiva, quando for conteúdo de um contrato com condições gerais.

As hipóteses elencadas no artigo 51 Código de Defesa do Consumidor são apenas exemplificativas, dada à impossibilidade de prever-se todas as espécies de cláusulas abusivas nas relações de consumo.

O inciso VI, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor diz que é nula de pleno direito a convenção a respeito do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

De acordo com o que se encontra previsto no art. 333 do Código de Processo Civil: “*O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*”¹¹, ou seja, em regra, cabe às partes indicar as provas dos fatos por elas alegados.

O art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, é claro em estabelecer que é direito básico do consumidor a facilitação de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova quando a sua alegação for verossímil ou quando for o consumidor hipossuficiente:

No Código de Defesa do Consumidor o juiz utiliza-se da inversão do ônus da prova para compensar as desigualdades entre consumidor e fornecedor, rompendo as estruturas tradicionais do ônus da prova no processo civil.

Pode-se dizer que a verossimilhança está relacionada com a probabilidade de certo fato ou certa coisa ser verdade, mesmo que não se tenha ainda provas suficientes, quanto à hipossuficiência do consumidor, devendo o juiz levar em consideração não apenas a situação econômica, e sim a situação de subordinação diante do fornecedor.

Portanto, para que haja a inversão do ônus da prova, necessário se faz, além da verossimilhança e da hipossuficiência do consumidor, que a prova seja possível, em tese, para o fornecedor, promovendo a facilitação da defesa do consumidor em juízo.

Com isso, *a estipulação contratual da inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor é nula*, de pleno direito, por ser contrária à legislação atinente à matéria.

¹¹ BRASIL, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa: com a colaboração de Luiz Guilherme Aida Bondoni. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 491.

Outra modalidade de cláusula abusiva que se destacava pela sua frequência nos contratos de adesão é a *cláusula de não indenizar*. São cláusulas que visam limitar ou excluir a responsabilidade por ato próprio ou por ato de auxiliares do predisponente de condições gerais, seja pelo seguro de responsabilidade, seja pela não garantia dos vícios dos bens ou serviços, seja pela redução ou total liberação do montante de indenização, seja pela eliminação ou limitação da garantia patrimonial.

Este tipo de cláusula visa afastar a aplicação da lei comum ao caso concreto objeto do contrato. O devedor eventual da obrigação de indenizar esquivava-se, obtendo do credor renúncia ao seu direito de perdas e danos, ou seja, suprime qualquer direito de reparação.

Nos estabelecimentos hoteleiros é praxe estipular em seus contratos de que inexistente responsabilidade por danos nas bagagens dos hóspedes, sendo pacífico na jurisprudência, que tais disposições são consideradas inválidas. Em contrato de adesão também não é possível estipular-se a irresponsabilidade. Apenas será válida se concluída individualmente, resultante da livre manifestação da vontade das partes.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 25, dispõe que é proibida a estipulação de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar.

Exemplo comum de cláusula de não indenizar considerada abusiva nos Tribunais, refere-se aos casos de extravio, perda, furto ou roubo do cartão de crédito, quando seu titular informa imediatamente à instituição bancária ou administradora e esta não toma as providências para inutilizar o cartão.

4.2 Controle das Cláusulas Abusivas no Contrato de Adesão

O Código de Defesa do Consumidor tem por fim estabelecer o equilíbrio contratual, invocando o princípio da equidade e da boa-fé, ou seja, da função social do contrato. Concluído o contrato, quando o pacto deve surtir seus efeitos, deve ser respeitado pelas partes o princípio da equidade contratual. Assim, institui o referido código normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como aquelas que asseguram vantagens unilaterais para o fornecedor.

Na lei brasileira, o princípio da equidade contratual é cogente, ou seja, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por abuso do poderio econômico do fornecedor.

O magistrado gaúcho Antônio Dall' Agnol Jr. faz a seguinte observação:

A nova proteção contratual assegurada através da norma de interpretação do art. 47 do CDC traz como grande contribuição o fato de não distinguir, como até então fazia a jurisprudência, entre cláusulas claras e cláusulas ambíguas.¹²

Logo, as cláusulas claras são interpretadas conforme as expectativas que aquele tipo contratual e aquele tipo de cláusula desperta nos consumidores.

A legislação consumerista procura atribuir aos consumidores direitos que nivelem, sob o ponto de vista jurídico, as partes envolvidas na relação de consumo. O princípio contratual se manifesta, principalmente, através da invalidação de determinadas cláusulas abusivas, como por exemplo, as que determinam obrigações incompatíveis com a boa-fé, com a equidade ou demasiadamente desvantajosas para os consumidores.

Além da possibilidade de nulidade das cláusulas, o artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, prevê a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. No mesmo sentido o art. 478 do Código Civil Brasileiro referido acima.

Ainda, tem-se o art. 46, do Código de Defesa do Consumidor, que traz uma manifestação específica do princípio da transparência ao garantir a exoneração dos consumidores no tocante às cláusulas contratuais que não forem adequadas e previamente apresentadas ou formuladas de tal modo a dificultar a compreensão. O consumidor não se vincula aos termos do contrato se demonstrado que não lhe foi concedida a chance de conhecer destes termos com a antecedência necessária ao seu entendimento.

Acerca do referido dispositivo, afirma Eros Grau:

Este Artigo tem nítida inspiração no Código Civil italiano de 1942, e introduz o dever de informar sobre o conteúdo do contrato a ser assinado. A melhor expressão é “dever de oportunizar” o conhecimento sobre o conteúdo do contrato, mas, por uma questão sistemática, chamaremos aqui também de dever de informar, o que em última análise não deixa de ser o dever instituído pelo art. 46.¹³

¹² DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul. Ed. RT, 1994, p.33.

¹³ GRAU, Eros. Interpretando o CDC: algumas notas. Revista do Direito do Consumidor 5/183-189, 1993.

O artigo 48 do Código de Defesa do Consumidor permite a execução específica das declarações de vontade constantes nos escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo.

Dentre outros artigos mais, a aplicação do CDC tem representado um eficiente instrumento de reequilíbrio e equidade contratual, assegurando a boa-fé e a proteção das expectativas legítimas do contratante hipossuficiente. Embora ainda existam falhas e abusos na seara consumeirista, é inegável que o mercado brasileiro tenha se tornado mais justo, leal e transparente.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques, a aplicação deste diploma legal tem desencadeado resultados salutareos para o Brasil:

A melhoria das relações entre fornecedores e consumidores é um importante e necessário passo para o desenvolvimento de nossa economia, de nosso sentimento de justiça e confiança em nosso país, enfim, para a harmonia de nossa sociedade.¹⁴

O controle das cláusulas pelo Poder Judiciário segundo o direito positivo, da combinação dos artigos 81 a 83 do CDC, determina que qualquer legitimado pode mover todo e qualquer tipo de ação judicial para a efetiva tutela dos direitos e interesses do consumidor.

5 Conclusão

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro tem por objetivo a proteção integral do consumidor em face do fornecedor. A proteção do consumidor surge pela determinação de se cumprir a igualdade contratual, em face do reconhecimento da condição de hipossuficiência deste.

O consumidor acha-se impotente diante do poder econômico. Ademais, devido à lentidão da justiça, e pelo fato de serem os danos causados de pequeno valor patrimonial as grandes entidades comerciais praticam cada vez mais abusos. Os consumidores mantêm-se inertes frente aos prejuízos que sofrem.

O direito considera a desigualdade entre as partes de um negócio jurídico, mas isto não ocorreria se o poder econômico pudesse ser contrabalançado por possibilidades de escolha oferecidas à parte contratante menos favorecida.

Visando ao equilíbrio contratual, é colocado o tratamento desigual entre as partes, no momento em que se desiguam e ao tratamento igual onde se igualam. Existe

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 404.

a liberdade contratual, entretanto condicionada ao limite do tratamento isonômico, isto porque a economia do contrato há muito sofria o desequilíbrio gerado pela falta de mecanismos eficientes de defesa do consumidor e o código vem justamente sanear essa falha.

A tutela dos consumidores é feita pelo estado em três planos: administrativo, com a instituição de órgãos próprios estatais; legislativo, com a edição de leis específicas; e judiciário, com a fixação de jurisprudência protetiva de largo espectro. Com o despertar da consciência jurídica para os problemas da defesa do consumidor houve grandes modificações na elaboração de um contrato e em suas condições gerais. O direito do consumidor passou a ser elemento importante de afirmação da cidadania ditando o tom do regime jurídico e legal das condições gerais dos contratos. A autonomia da vontade refletia a realidade sócio-econômica do liberalismo, de cunho evidentemente individualista e está atualmente em plena crise. Crise esta que decorre da massificação dos contratos diante da produção de bens e serviços em larga escala e maior abrangência do mercado.

Atualmente o contrato já não faz lei entre as partes – está prejudicado o *pacta sunt servanda* - isto porque o fornecedor deve observar valores e princípios que equilibrem a relação. A transparência na relação contratual de consumo básica para a validade das cláusulas na falta de clareza ocorrerá a desconsideração da vontade do consumidor posta no compromisso.

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de inegáveis avanços, não pode cobrir todos os ângulos do problema das condições gerais exatamente por estar limitado à sua finalidade básica, a proteção do consumidor. A lei especial ou o futuro código civil deverão preencher os espaços de anomia que remanesceram, estabelecendo-se regras gerais de direito material.

No controle das cláusulas prevalecerá a boa-fé. Excedendo tal princípio, será considerada abusiva e sem eficácia. Sobre os contratos de adesão se pode dizer que nem toda regulamentação contratual pré-formulada pode ser entendida como abusiva. Caberá ao julgador verificar a abusividade ou não das cláusulas pré-elaboradas. As cláusulas negociadas destes contratos deverão subordinar-se à interpretação comum dos contratos.

E, ainda, a nulidade das condições abusivas não afasta o princípio da conservação do contrato individual. Desta forma, verifica-se que dentro da proteção contratual estabelecida com a edição do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas

abusivas merecem um tratamento metodológico como tentativa de conter tais procedimentos, diante da configuração contratual, sob a égide do direito pátrio.

São as chamadas cláusulas abusivas, as quais incluídas em contratos de adesão ou em condições gerais dos contratos vão serão submetidas à aceitação pelos consumidores. Mesmo que o consumidor tenha oportunidade de inteirar-se plenamente do conteúdo contratual, lendo atentamente as cláusulas pré-redigidas, ainda assim pode vir a aceitar as cláusulas abusivas, ou porque a cláusula estava redigida de maneira a dificultar a compreensão de seu verdadeiro alcance para uma pessoa sem conhecimentos jurídicos aprofundados, ou pelo fato de o consumidor necessitar do bem ou serviço oferecido.

A abusividade da cláusula contratual é o descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante.

Por derradeiro, conclui-se que é no momento da execução do contrato que se vai, na maioria das vezes, esclarecer o potencial abusivo da previsão contratual, mas é a interpretação do contrato *in concreto*, a atividade básica para a identificação da abusividade das cláusulas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. In. *Vade Mecum* 4 em 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa: com a colaboração de Luiz Guilherme Aida Bondoni. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALL' AGNOL JR., Antônio Janyr. **Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. Ed. RT, 1994.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão**. São Paulo: Editora RT, 1993.

GOMES, Orlando. **Contratos**, 16ª. Edição. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1995.

GRAU, Eros. **Interpretando o CDC: algumas notas**. Revista do Direito do Consumidor 5/183-189, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Código Brasileiro de Defesa do consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 6ª edição, São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2001.

LUCA, Newton de. **Direito do Consumidor: aspectos práticos; perguntas e respostas**. São Paulo: Editora RT, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais** – 3ª. Ed. ver. atual. e ampl., 3 tir.. – São Paulo: Editora RT, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil**, 5º volume, 36ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, in Revista Direito do Consumidor, São Paulo: Editora RT, 2010.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor** – São Paulo: Ed. RT, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, atualizado por Fichtener, Regis, **Instituições de Direito Civil**, volume III, 11ª edição, São Paulo: Forense, 2003.