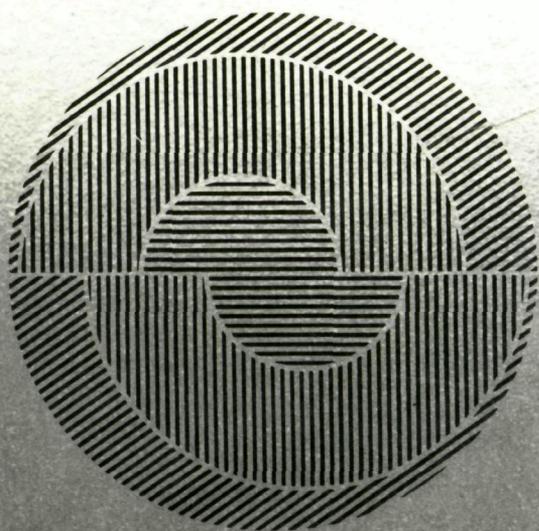


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO — 1992

ANO 29 • NÚMERO 114

Os Contratos de Adesão e a Defesa do Consumidor

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de
Direito Civil da Faculdade de Direito da
USP — Advogado em São Paulo

SUMÁRIO

1. A contratação privada na economia de nosso tempo.
2. O extenso universo contratual existente.
3. A predominância de contratos por adesão.
4. A inserção de cláusulas abusivas nesses contratos.
5. Reflexos no mundo jurídico.
6. A defesa do aderente.

1. A contratação privada na economia de nosso tempo

Dominada por ação intervencionista do Estado há algumas décadas, a economia de nosso tempo tem-se caracterizado por mudanças cíclicas, à luz de exigências do momento, em países do mundo ocidental, em que cada vez mais se tem distanciado do ideal de justiça e de equilíbrio com que se deveria conduzir.¹

As crises provocadas por surtos inflacionários e as soluções nem sempre compatíveis com as reais necessidades dos países envolvidos e de

1 Dentre inúmeros outros autores, v. ABEL ANDRADE: *A vida do Direito Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898, em que invocava a denominada "questão social" e as transformações pelas quais passava o Direito Civil; JOSEPH CHARMONT: *Les transformations du Droit Civil*, Paris, Armand Colin, 1912; LOUIS JOSSERAND: "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", em *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1937, t. 36, pp. 1 e ss.; RENÉ SAVATIER: *Les métamorphoses du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Lib. Générale, 1952; MARCO AURELIO RISOLLA: *Soberanía y crises del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958; CAMILLO CAVAGNARI: *Nuovi orizzonti del Diritto Civile*, Milano, Dumolard, 1891; ENRICO CIMBALI: *A nova fase do Direito Civil*, trad., Porto e Rio Chardon e F. Alves, 1900.

suas populações têm evidenciado a debilidade das concepções postas em prática pelos governantes para a condução da economia, exatamente pela inobservância do equilíbrio necessário, em sua formulação, entre os interesses em jogo.

Ora, atuam nesse universo, de um lado, grandes conglomerados empresariais, multinacionais e nacionais, e empresas estatais de vulto, e, de outro, pequenas e médias empresas e os particulares em geral, estes especialmente na condição de consumidores anônimos da massa de bens e de serviços, postos à sua disposição, e a que se vêem atraídos em face de necessidades criadas pela complexidade da vida em sociedade nos dias presentes.

Avulta anotar, nesse contexto, o papel impulsionador da publicidade que, aliada aos meios de comunicação, em sistema de interdependência recíproca, cria, sedimenta e impõe hábitos, costumes, e necessidades, levando as pessoas à ampliação de seu circuito negocial.

A visão macroeconômica da problemática negocial é responsável pelos desajustes que se notam no plano social, em que camadas inteiras de população não têm acesso a bens de consumo normais, nem podem satisfazer necessidades primárias da vida, tais como habitação, vestuário e alimentação.

Nesse panorama, assume especial relevo a questão da análise do sistema contratual vigente, sob o crivo dos princípios e das normas de defesa de direitos pessoais e personalíssimos envolvidos no plano negocial, em especial quanto a contratos celebrados para a satisfação de interesses dos particulares, em que prosperam os denominados "contratos por adesão", ou "contratos de adesão", como apontamos em trabalho publicado em 1978, denominado "O dirigismo econômico e o Direito Contratual" (RT 526/20).²

A regra na contratação atual é a da submissão da pessoa a modelos, a fórmulas, a condições e a cláusulas pré-determinadas, impressas ou não, mas aceitas globalmente e sem discussão, para que possa obter o bem, ou o serviço almejado. A predisposição advém do próprio ofertante, ou de normas regulamentares ou legais, não se propiciando, pois, normalmente,

2 Especificamente quanto à problemática dos contratos de adesão, v. JACQUES GHESTIN: *Les obligations — Le contrat*, Paris, Librairie Générale, 1960, pp. 32 e ss.; JAIME SANTOS BRIZ: *La contratación privada*, Madrid, Montecorvo, 1966; VITTORIO TEDESCHI e GUIDO ALPA: *Il contratto nel diritto nord-americano*, Milano, Giuffrè, 1980; ALESSANDRO GIORDANO: *I contratti per adesione*, Milano, Giuffrè, 1961; COSIMO MARCO MAZZONI: *Contratti di massa e controlli nel Diritto Privado*, Napoli, Jovene, 1975; ORLANDO GOMES: *Transformações gerais do Direito das Obrigações*, S. Paulo, Ed. RT, 1967 e *Contrato de adesão*, S. Paulo, Ed. RT, 162; WALDIRIO BULGARELLI: *Contratos mercantis*, S. Paulo, Atlas, 1979, pp. 87 e ss.; FRAN MARTINS: *Contratos e obrigações comerciais*, Rio, Forense, 1961, pp. 106 e ss. e MARIA HELENA DINIZ: *Curso de Direito Civil Brasileiro*, SP, Saraiva, 1980, v. 3, p. 71 e ss., dentre outros escritores.

ao interessado qualquer ingerência, seja na forma, seja no conteúdo do contrato. Considerando-se que, na prefixação pelo ofertante, reveste-se este do caráter de grande empresa multinacional, ou nacional — que concentra, portanto, soma de poderes apta a ditar, nesses contratos, condições tendentes à preservação e à prevalência de seus interesses — tem-se reduzida a posição do contratante (pessoa comum ou empresa de menor porte) a mero aderente às disposições de vontade negocial do ofertante. Submete-se, portanto, à vontade do ofertante o circuito negocial correspondente, sob certas regras básicas, mas muitas vezes sem disposições legais compatíveis para o resguardo das posições dos contratantes em geral, que com ele realizam negócios.

Assim, com normas de ordem pública incidentes, de um lado, mas sem qualquer disciplinação específica, de outro, esses contratos ganham espaços cada vez mais amplos no cenário fático, diante ao dinamismo de certas atividades básicas e a necessidade de ante a massificação da colocação do bem ou do serviço, adotar-se expedientes lépidos de contratação, e que acabam por elidir, previamente, qualquer possibilidade de discussão pelo adquirente ou pelo usuário, conforme o caso, de suas cláusulas.

Tem-se, então, submetida a vontade individual, nas relações contratuais com os fornecedores e os prestadores de serviço, a ditames de cunho normativo, regulamentar, ou fático, em especial às cláusulas e às condições por eles pré-estipuladas, quebrando-se, assim, as noções de igualdade e de equilíbrio no âmbito contratual. Fica sempre o adquirente (ou o utente) de bens e de serviços jungidos a fórmulas, modelos e contextos definidos, nos diferentes contratos utilizados para a respectiva colocação no mercado, não se lhe permitindo interferir, concretamente, com sua vontade, na delimitação do negócio realizado, pois grande parte do universo contratual está sob a influência dos disponentes, ou dos ofertantes, ou do Estado, em contratos, em leis ou em regulamentos manifestada.

2. *O extenso universo contratual existente*

No atual universo contratual, espécies diversas de figuras negociais existem, em função da expansão alcançada no plano comercial e do extraordinário avanço tecnológico de nosso século, introduzindo-se no cenário econômico inúmeros novos bens e serviços à disposição dos interessados. Alinham-se: os serviços de telecomunicações, com os diferentes sistemas possíveis de reprodução e de representação de imagens e de sons; o complexo aparato computacional, com múltiplos usos empresariais e domésticos; os mecanismos vários de publicidade, de financiamentos, de investimentos, de seguros, de conjugação de empresas e de negócios, dentre inúmeras outras modalidades.

Para a regulação das relações jurídicas daí decorrentes, inúmeras fórmulas contratuais têm sido adicionadas ao elenco tradicional, de que merecem destaque as do contrato necessário; do contrato autorizado; do

contrato coletivo e do contrato complexo, que, a par de suas peculiaridades, têm posto em crise a própria noção de contrato. Mas, não obstante as diferentes e singulares teorias e explicações existentes — algumas até negatórias do próprio conceito —, a verdade é que subsiste o contrato como mecanismo de conjugação de interesses para a realização de objetivos pessoais e patrimoniais no âmbito jurídico.³

Com efeito, a contínua inserção de condições gerais em certos contratos; a pré-definição de cláusulas em outros; a combinação de negócios, ou de cláusulas de contratos tradicionais; a inserção de normas legais ou regulamentares no contexto de outros contratos, ou mesmo a própria definição normativa de seu conteúdo, se bem que representem fenômenos que imprimem feições particulares ao instituto, deixam intacto, no entanto, o conceito básico, que segue sendo a fórmula jurídica precípua para a conjugação de declarações negociais de vontade, destinadas à circulação de bens, de direitos e de serviços no mundo fático.

Definindo-se as novas espécies — como o fizemos no citado trabalho —, tem-se que contrato necessário (imposto, forçado, ou ainda imperativo) é aquele a que a parte se não pode recusar, pois decorrente de norma cogente (como, por exemplo, o contrato de seguro acoplado ao de transporte; o contrato de concessão e de fruição de serviços públicos e o derivado de profissões regulamentadas).

Contrato regulado (regulamentado) é aquele cujo contexto se encontra disciplinado por meio de lei ou por meio de regulamento (como: contratos bancários; de transferência de tecnologia; de “leasing”; de comercialização de “software” e outros).

Contrato autorizado é o que depende de manifestação de autoridade da administração pública para a sua execução (como os de: aquisição pública de ações; aquisição de controle da empresa; de “underwriting”; de comércio exterior; de transferência de tecnologia; de constituição de certas sociedades anônimas, ou de certas associações, etc.).

Contrato coletivo e o celebrado por determinada categoria profissional, em relações derivadas do trabalho, com as empresas do setor correspondente (como o acordo coletivo para reajuste de salário, ou para definição de condições de trabalho).

Contrato complexo (misto) é o que advém da reunião de elementos componentes de tipos diversos, ou da combinação de contratos típicos (como os de “leasing”, ou arrendamento mercantil, em que se conjugam locação de bem e opção de compra; alienação fiduciária, em que se combinam elementos de negócio fiduciário, de venda e de financiamento, e assim por diante).

³ Análise percutiente da matéria é desenvolvida por FRANCESCO MESSI-NEO: *Il contratto in genere*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 415 e ss., depois de completo estudo do conceito técnico-jurídico de contrato, a pp. 67 e ss. Entre nós, v. ORLANDO GOMES: *Contratos*, Rio, Forense, 1981, pp. 123 e ss.

Essas figuras — a par de outras — apresentam, pois, conotações especiais, que as distanciam dos contornos tradicionais do contrato, tanto quanto à visão, como quanto à concepção de cunho liberal, com que foi cunhado, à época das codificações. De fato, vislumbrado como o acordo de vontades tendente à criação, à modificação e à extinção de relações jurídicas, em razão dos interesses dos contratantes e à luz de declarações negociais próprias, viu-se o contrato cercado de novos elementos, que lhe imprimem conformações diversas, propiciam-lhe traços novos, enfim, cercam-no de características de índole eminentemente social, em que a participação do Estado e de coletividades lhe propicia novo dimensionamento. Mas o núcleo central persiste, mesmo preso a fatores ou a condicionantes novos, a identificar — como desde o início — a fórmula jurídica própria engendrada e desenvolvida para a regulamentação de interesses privados de cunho econômico e patrimonial.⁴

3. A predominância de contratos por adesão

Não obstante a diversidade de figuras e de negócios possíveis no cenário econômico presente, prospera a idéia de contrato por adesão, ou de adesão, no mundo negocial, como anotamos. Com isso, seja para a aquisição, ou o uso, ou a fruição de bens e de serviços, encontra-se o contratante ordem predisposta de cláusulas e de condições, dítadas por lei ou por força de regulamentos, ou ainda por vontade do disponente (ou do ofertante), cabendo-lhe quase sempre aceitá-las, sem discussões, ou modificações, se efetivamente quiser relacionar-se contratualmente, na consecução de seus objetivos (uso, obtenção ou disposição dos bens e dos serviços oferecidos). Daí as preocupações com o equilíbrio contratual, decorrentes de dogmas e de posturas introduzidas pela evolução do pensamento social e jurídico.

Submete-se, assim, a órbita contratual a novas concepções, de marcada influência social, que atingem, não só a contratação privada em si, como também os próprios princípios com que se edificou a teoria dos contratos, embora permaneçam no comando da respectiva textura jurídica.

Com efeito, não só os princípios fundamentais, como também as normas gerais editadas para a disciplinação das figuras centrais de contrato permanecem na regência da matéria, graças ao grau de universalidade de que se revestem, na linha da influência romana.

Mas a base teórica passou — e passa — por sensíveis modificações, dítadas pela evolução social, política e filosófica, com que se inseriram novos valores à temática do relacionamento contratual, ora impregnada de elemen-

⁴ É a doutrina imperante, embora diferentes formulações tenham sido edificadas ao longo dos tempos (decisiva é a observação de que persiste sendo ajuste de vontades, aderindo uma parte às linhas básicas traçadas pela outra).

Anote-se, outrossim, quanto à especificação de figuras, a existência de contrato-tipo, modalidade de contrato de adesão, com fórmulas prontas, em impressos próprios.

tos de cunho social, em que interesses coletivos vêm superando os de índole individual.

Desse modo, tem o relacionamento contratual perdido o sentido individualista e liberal com que se introduziu nas codificações inspiradas na francesa, para assumir caráter eminentemente social, com função e finalidades assim definidas expressamente no ordenamento jurídico.⁵

Com efeito, não se pode mais partir da idéia de igualdade das partes no mundo negocial, pois as transformações operadas desde a chamada Revolução Industrial à Revolução Tecnológica imprimiram, no universo respectivo, um tal sentido de diversidade, que os diferentes pólos podem, de há muito, ser identificados pela correspondente posição econômica no cenário fático.

Com isso, tem a ordem jurídica recebido o influxo das teorias que se caracterizam por u'a marcada preocupação social, como ocorreu na materialização de nossa Carta de 1988, entrecortada por posições e por posturas em que se evidencia a defesa de interesses coletivos, nascendo daí a exigência de reformas legislativas tendentes a ajustar o ordenamento vigente às novas necessidades. Um desses pontos é, exatamente, o da defesa do consumidor, em que se recomendou a edição de código próprio, no qual se deverá traçar sistema normativo compatível com a preservação e a sustentação de direitos fundamentais da população consumidora. Ora, a noção básica é a de consecução de equilíbrio nas relações de consumo, por força da disparidade de poder entre os produtores, ofertantes e distribuidores de bens e de serviços e a grande massa utente, e ainda em razão da existência de ações tendentes a obter aproveitamento indevido, por parte daqueles, de situações de necessidade e de insuficiência do mercado em geral.⁶

Nessa ordem de idéias, cuida-se de conferir à textura contratual, nas relações de consumo de massa, dimensionamento próprio, com a edificação de sistema protetivo compatível com as necessidades da população e com mecanismos de sanção eficazes, nos planos administrativo, civil e penal.

Mas a preocupação persiste — mesmo em níveis mais diretos, ou individuais, de vinculação negocial — exigindo os ditames da ordem pública, da moral e de bons costumes, a definição de parâmetros, no plano jurídico, que possibilitem a defesa de interesses dos contratantes, em todas as situações

5 A sensível evolução processada na matéria está demonstrada na extensa e especial legislação que vem sendo editada, sob princípios e regras próprias, em diferentes áreas, antes compreendidas nas codificações (seguros, direitos autorais, venda de imóveis, relações de direito agrário, financiamentos e inúmeras outras), que discutimos no artigo citado.

6 A Constituição de 1988 reflete a preocupação humanística de nossos dias e, na linha das Declarações Universais de Direitos, consagra sistema de enunciação e de proteção de direitos individuais e coletivos, que a coloca como marco importante da reforma jurídica do País. Dentre os direitos assegurados estão os dos consumidores, inseridos como limites naturais do desenvolvimento da ordem econômica, na busca do equilíbrio do setor. V., nesse sentido, nosso livro *Os direitos da personalidade*, Rio, Forense Universitária, 1989.

em que exista disparidade de posições entre as partes, seja antes, seja na formação do ajuste, seja depois da contratação, ou mesmo quando haja inobservância, por qualquer dos contratantes ou por ambos, de normas cogentes incidentes no curso do relacionamento. Daí a definição em lei, ou na doutrina, ou na jurisprudência, de mecanismos jurídicos de proteção a interesses individuais em contratos, ou mesmo em relações extracontratuais. Assim é que, periodicamente, ganham vulto as teorias do abuso de direito, da lesão, da imprevisão (ou da cláusula *rebus sic stantibus*), do enriquecimento sem causa, da responsabilidade objetiva do lesante e outras, que, sob forte coloração moral, procuram conferir, manter ou devolver justiça ou ainda reparar injustiças no relacionamento negocial privado.

Ingressam, nesse passo, os princípios maiores da convivência humana e que o Direito Natural põe à disposição do intérprete, do julgador e do legislador para o cumprimento de sua tarefa básica de ministração de justiça, como fim último do Direito, a saber: *honeste vivere, neminem laedere e suum cuique tribuere*.

Com essas noções, busca-se o equilíbrio perdido no mundo das relações negociais, cumprindo a doutrina e a jurisprudência papel de realce no plano jurídico, à falta de normas próprias de defesa dos interesses dos menos favorecidos.

4. A inserção de cláusulas abusivas nesses contratos

Com efeito, é pela ação dos doutrinadores e dos magistrados que se tem conseguido justiça no contrato, à míngua de um sistema legislativo adequado, que ora se procura obviar, em nosso País, com a edição de um Código de Defesa do Consumidor, para cuja concretização vários projetos estão em tramitação no Congresso Nacional.

Inobstante a importância da iniciativa, deve-se buscar ação mais consentânea com a realidade social por parte dos poderes constituídos, cuja atuação não tem alcançado o nível desejável de justiça, na órbita negocial, mas, ao revés, vem contribuindo para a exacerbação das disparidades existentes.

De fato, tem-se o poder central limitado a intervenções globais na economia, com a definição de planos emergenciais — com tabelamentos, congelamentos e controles de preços — mas sem uma correspondência à realidade do mercado e às diferenças sensíveis entre as classes sociais, de sorte que se esvaem, na prática, exatamente por não se ajustarem a um senso de equilíbrio entre os vários interesses em jogo. As diferentes formulações teóricas têm imposto sacrifícios a certos setores da população, em particular os trabalhadores assalariados, não se concentrando no fator principal que causa a inflação, ou seja, o déficit do setor público.

Além disso, deve-se acentuar, no plano jurídico, o direcionamento da ação governamental apenas para o controle de valores, ou de percentuais

de reflexo, não atingindo, pois, o cerne das desigualdades contratuais, que reside na inserção de cláusulas abusivas nos contratos de adesão (e que os projetos de Código de Defesa do Consumidor têm procurado obviar).

Com efeito, a par da edição de normas proibitivas de certos contratos, ou de cláusulas em contratos, em setores específicos (como no da informática, do comércio exterior, etc.), a constante intromissão do governo na economia tem-se pautado por ação tendente a coibir certas e determinadas práticas lesivas aos contratantes de menor poder aquisitivo, ou então a limitar reajustamentos de valores em certos contratos, em especial, de venda ao público (venda em massa), de fornecimento e de locação. Por vezes, essa submissão a cláusulas de reajuste pré-estabelecidas pelo governo estende-se a outros contratos, como os de prestação de serviços, de administração, de locação comercial, etc., alcançando, em períodos de congelamento, ou de tabelamento de preços, grau de generalidade maior, mas sempre sob mecanismos de controle deficientes, dada a insuficiência operacional da máquina administrativa.⁷

Em verdade, a par de não permitir a extensão de suas soluções a todos os níveis de contratação privada possíveis, tem a ação governamental se baseado em fórmulas e em cálculos gerais, apartados da realidade de cada setor do mercado, e que, no final, acaba por agravar as disparidades observadas no mundo negocial de nossos dias, entre os disponentes ou ofertantes de bens, ou de serviços, e o público contratante, sem falar-se, é claro, naquele expressivo contingente populacional alheado, em definitivo, da fruição de muitos bens e serviços existentes.

Como decorrência dessa contínua injunção do Estado em negócios particulares e da soma de poderes que os grandes conglomerados econômicos vêm concentrando, ficam as pessoas submetidas a condições pré-fixadas, nos ajustes com eles celebrados, muitas vezes, sob formas e fórmulas imperceptíveis, e até ininteligíveis, com sacrifícios injustos e injurídicos de direitos próprios assegurados no ordenamento vigente.

Realmente, dada a dominação dos contratos por adesão, em todos os diferentes setores de negociação privada, aliada a mecanismos, nem sempre condizentes com a ética, de defesa de interesses de grupos, de empresas, ou de pessoas que oferecem bens ou serviços à contratação, é comum a inclusão de cláusulas abusivas nesses contratos, ou seja, cláusulas despidas do equilíbrio necessário, ou contrárias, à ordem jurídica, ou à ordem pública, ou à própria moral, freqüentemente, de difícil análise, ou compreensão imediata, em função das próprias condições de realização dos negócios.

7 A ação estatal anterior à Carta marcou-se pelo cunho protetivo a nível individual, exigindo ao interessado o ingresso em Juízo, a par de acesso a órgãos de defesa no plano administrativo, com exceção da legislação sobre amparo a interesses difusos. Mas, a Constituição de 1988 instituiu mecanismos de proteção de interesses coletivos e legitimou a ação de entidades públicas e privadas para atuação em defesa de categorias, ou de grupos de pessoas na sociedade.

Condenáveis dentro de um sentido de justiça no contrato, campeiam, no entanto, em várias direções, em contratos padrões existentes nas áreas financeira, bancária, industrial, comercial, de serviços, de hotelaria, de licenciamentos, de usos de bens alheios (estacionamentos, postos, etc.); de consertos de bens (oficinas mecânicas, de reparos em aparelhos eletrônicos, etc.).⁸

Ora, como os contratantes não dispõem, seja de tempo, seja de oportunidade, seja de condições materiais de análise, ou mesmo de entendimento de seu teor, essas cláusulas acabam por integrar o contrato assinado globalmente, com a própria aquiescência dos interessados, consciente ou inconscientemente outorgada. Aceitas, pois, pelos contratantes, ingressam no universo negocial privado, submetendo os contratantes à vontade dos disponentes e com sacrifícios injurídicos de seus direitos.

Havendo posterior constatação, inconformismo, ou mesmo dissensão, somente à luz do ingresso individual a Juízo é que se podem corrigir as distorções, assim mesmo após a longa e tormentosa tramitação do processo correspondente, uma vez que somente há poucos anos se tem tomado consciência, entre nós, do relevo de mecanismos coletivos de defesa de interesses privados, consagrados, em definitivo, na Carta de 1988. Mas seu uso é bastante modesto, dada a ineficiência de entidades privadas de defesa, pois, até por questão cultural, não encontram disseminação adequada em nosso País.

Nesse sentido é que se cogita, nos projetos referidos, da inserção e da ampliação da ação de órgãos públicos na defesa de direitos dos consumidores, e sob forma sistemática, compondo estruturação suscetível de, sob a égide do Conselho, de âmbito nacional, permitir atuação, a níveis estaduais e municipais, para a concretização dos respectivos direitos, quando lesados por fornecedores de bens ou de serviços ao público.⁹

Mas, na regulamentação projetada, é na prescrição e no sancionamento às práticas abusivas que se concentra o regime, identificando-se algumas dessas ações, para a respectiva condenação. As cláusulas mais comuns são

8 A inserção de cláusulas abusivas é que tem provocado a reação, no âmbito contratual, contra as técnicas atuais de colocação de produtos e de serviços no mercado. Impondo-se a consumidores necessitados e despreparados, acabam trazendo vantagens indevidas aos disponentes, com prejuízos sensíveis àqueles. Daí, a preocupação que ora se manifesta em países nos quais se cogita de edificar, ou de instituir, legislação protetiva ao consumidor, quanto a mecanismos eficazes de repressão, aliados, ademais, à necessidade de melhoria da qualidade dos produtos e dos serviços. A exacerbação do valor da indenização, na ação de reparação, tem sido propugnada, pela doutrina, como fórmula jurídica inibidora dessas práticas e de outras que ferem direitos dos utentes. É que, ao atingir componentes da personalidade humana, assume a indenização o caráter reparatório ou sancionatório, como salientamos em nosso livro *Responsabilidade civil, teoria & prática*, Rio, Forense Universitária, 1989.

9 Permite o sistema, de um lado, pela união de forças, posições mais compatíveis em ações judiciais. De outro, a integração de entidades públicas e privadas na defesa dos interesses.

as de: inversão do ônus da prova em eventuais litígios entre os contratantes; de exclusão de responsabilidade por vícios ou defeitos de produtos ou de serviços; a de outorga de mandato ao disponente para agir em nome do consumidor; a de eleição de foro mais favorável ao disponente; a de excesso (superposição) de garantias (como a de cumulação de hipoteca com emissão de título de crédito e com aval pessoal do responsável, quando pessoa jurídica o utente). Outras, consubstanciadas em vantagens, exacerbação de preço, estipulação de correção monetária por índices mais expressivos, elisão de efeitos favoráveis ao utente, completam o elenco, com que muitos disponentes ou fornecedores se sobrepõem aos contratantes, pessoas físicas, ou jurídicas de menor porte.

5. *Reflexos no mundo jurídico*

Em consequência dos fenômenos apontados, vê-se o mundo jurídico povoado de leis de intervenção e de planejamento, decretos-leis, decretos e medidas provisórias de caráter unicamente emergencial, com normas de efeito transitório ou periódico; de leis proibitivas de certos ajustes, ou de certas cláusulas no plano negocial; de normas impositivas de contexto ou de forma de contratos, enfim, de disposições tendentes a equacionar conflitos entre os interesses referidos, com os limites expostos.

Com isso, são vedadas certas práticas; são impostas outras, que ganham o cunho de contratos obrigatórios, ou de cláusulas obrigatórias em contratos (como o seguro obrigatório, as cláusulas de garantia e de assistência técnica obrigatória e outras); são submetidos certos contratos à aprovação governamental (como os de transferência de tecnologia). De outro lado, limitações são trazidas, à vontade individual, cuja manifestação, no plano negocial, se sujeita a condições e a fórmulas predefinidas; aceita-se a intervenção de autoridade administrativa em negócios privados, a condicioná-lhe a validade; admite-se a intervenção do juiz no contexto do contrato, reduzindo-lhe, por exemplo, os ônus e as condições do pagamento, para permitir a sua execução, a par de efeitos outros que alinhavamos no citado trabalho.

Com esse quadro, tem-se complexa — e nem sempre coerente — normatização do universo negocial privado, comprimido ora por certas normas de ordem pública e por fórmulas e por cláusulas predispostas pelos grandes produtores e fornecedores de bens e de serviços a que se curvam os particulares em geral na satisfação de suas necessidades de ordem econômica. Isolada ou conjuntamente, essas disposições compõem o contexto contratual em uso, impossibilitando, na prática, ao adquirente, ou utente, a discussão, seja da forma, seja do conteúdo da avença, de modo que sua atuação se resume no citado acolhimento global do teor proposto pelo produtor, ou pelo fornecedor dos bens, ou dos serviços.

Ora, organizados empresarialmente, nas várias áreas (produção, intermediação, industrialização, comercialização e distribuição), os detentores

dos bens ou dos serviços impõe sua vontade aos demais contratantes, alcançando-se vulto expressivo em nossos dias, ante à dimensão por eles assumida no âmbito negocial, que praticamente afasta, ou reduz drasticamente, o plano de relações diretas entre pessoas físicas no campo de realização de interesses econômicos.¹⁰

Com efeito, de um lado, a tendência de comercialização do mundo negocial vem diminuindo o espaço das atividades propriamente civis e, de outro, a constituição de empresas para prestação dos serviços vários possíveis vem substituindo a atuação pessoal (de pessoas físicas) na sua realização. São as empresas, comerciais ou civis, que atuam com mais frequência no âmbito negocial, restringindo-se as pessoas físicas a poucas atividades e, normalmente, profissionais ou especializadas. Assim, empresas de administração ocupam o lugar de mandatárias, e de administradores de bens e de gestores de negócios; empresas de prestação de serviços realizam as tarefas de empreiteiros e construtores e outras; empresas de locação atuam por proprietários, e assim por diante.

Com isso, em conclusão, o universo contratual encontra-se integrado por pessoas jurídicas, de um lado, e pessoas físicas, de outro, ou seja, produtores e fornecedores de bens e de serviços — muitas vezes entrelaçados em grandes complexos empresariais, nacionais ou internacionais — e o grande público em geral (ou a massa consumidora), com os desníveis apontados, que tendem a alargar-se, ampliando o fosso existente, a menos que se tomem providências legais e administrativas coerentes, na defesa dos economicamente mais fracos.

Esses fatores todos imprimem ênfase especial ao estudo da teoria dos contratos de adesão, que realizamos à luz de pesquisas e de reflexões sobre a problemática atual do mundo dos negócios privados, intentando contribuir para o assentamento das noções básicas admitidas atualmente na matéria, para o equacionamento das questões que tem suscitado e para a definição dos principais mecanismos de proteção ao contratante, em função da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial havidas, desde a identificação, a nível internacional, de parâmetros seguros para a estruturação de um regime jurídico adequado, em que se possa chegar ao equilíbrio almejado.

Formulações teóricas têm sido, ao longo dos tempos, apresentadas na doutrina desde que se detectou essa problemática, mas a matéria continua ainda a desafiar os interessados, em praticamente todos os países civilizados, tendo-se engendrado soluções legislativas e jurisprudenciais que, no máximo, têm procurado atenuar, em concreto, o impacto das diferenças econômicas e financeiras entre as partes, carecendo ainda, portanto, de ordenação legislativa própria, que no Brasil os projetos mencionados intentam conferir.

10 Com a expansão apontada, vem imperando a adoção de organização empresarial em todos os níveis de atuação negocial.

6. *A defesa do aderente*

Com efeito, não é nova, nem atual, a problemática em questão, embora assuma presentemente proporções mais graves, ante aos desníveis existentes no cenário econômico, com concentração maior de riquezas em certas áreas e em certas pessoas, em particular no nosso País, que sofre os efeitos de fracassos acumulados em intervenções estatais mal postas.

O fenômeno é, em verdade, fruto da reação de pessoas e de grupos econômicos a ações intervencionistas, como defesa dos respectivos interesses nos relacionamentos negociais, preso, no entanto, à concepção e à disciplinação contratual. Vale dizer: não obstante a influência marcante de uma vontade — de associação, de grupo, de empresa ou do próprio Poder Público — a verdade é que, para o perfazimento da relação, mister se faz a manifestação de outra vontade, a do aderente, ganhando daí essa figura a denominação “contrato por adesão”.

Desse modo, enquanto formulação simplesmente unilateral, defensiva de interesses, a predefinição de cláusulas e de condições contratuais ingressa no mundo jurídico como proposta para negociação, a que o acolhimento dos interessados imprime o feitiço de contrato. Resulta daí a necessidade de fixação de mecanismos tendentes a equilibrar os interesses em causa, sempre que se firmam os contratos e sob as balizas da ordem pública, da moral e dos bons costumes, e que leis esparsas vêm, periodicamente, tentando realizar.

Mas é na possibilidade de inserção de cláusulas abusivas — em que se rompe a comutatividade contratual — que a problemática do contrato por adesão assume a gravidade de que se reveste em nossos dias, quando a consumidores incautos, ou indefesos, frente a circunstâncias de premência e de necessidade, são impingidos sacrifícios ilegítimos, como, por exemplo, a perda de vantagens naturais, a dispensa de ônus ínsitos na negociação, a exacerbação da prestação a seu cargo e outras tantas práticas lesivas que, infelizmente, povoam o cenário atual.

Desde o suprimento de seu lar ao atendimento de interesses da vida comum diária (em restaurantes, lanchonetes, lavanderias, lojas, hotéis, etc.), sofrem os consumidores o influxo da ação de pessoas, de empresas ou de grupos econômicos que lhes impõem sua vontade e à custa de ônus nem sempre juridicamente legítimos, sem que se possa defender de modo condigno, ante a deficiências do sistema vigente, cuja legislação ainda se encontra fundada na idéia de equilíbrio negocial, rompido, no entanto, de há muito, na prática.

De fato, desde o início do século — e, mais remotamente, de fins do século anterior, sob as influências advindas da Revolução Industrial — a doutrina vem apontando o fenômeno, profligando a ação desses grupos e intentando a adoção de mecanismos de defesa do consumidor, à luz do espírito de justiça, na contratação, traduzindo-se, no entanto, essa ação, de regra, em poucas e tímidas leis e normas de proteção. Amparadas, em

outros países, por associações privadas de defesa, têm, outrossim, obtido maior êxito os consumidores em suas lutas e reivindicações por condições de negociações compatíveis com o respeito e a dignidade de que se devem cercar.

Já SALEILLES, em 1901, considerado precursor na matéria, invocando a necessidade de proteção ao aderente, apontava o fenômeno, salientando o declínio da autonomia da vontade no domínio contratual ante às desigualdades existentes em concreto.

Ao longo dos tempos, inúmeras vezes vêm-se somando contra esse estado de coisas, levantando-se, em diversos países, na defesa do economicamente mais fraco, e pugnando pela instituição de regime protetivo adequado no âmbito contratual, com sancionamentos próprios. Podem ser lembrados, dentre outros, DEREUX, DOLLAT, DE SAINT-RÉMY, DOMERGUE, BERLIOZ, DÉMOGUE, JOSSERAND, POPOVICI, BAUDOIN, CHARMONT, CIMBALI, GIORDANO, MAZZONI, SANTOS BRIZ, RISOLIA, ABEL ANDRADE e MOTA PINTO.

No Brasil, onde existe legislação esparsa sobre defesa do consumidor, deve-se assinalar a iniciativa de codificação do Instituto dos Advogados de São Paulo, em 1976, de que resultou a redação de esboço de lei, de autoria de J. M. OTHON SIDOU. Realcem-se, ainda, os trabalhos doutrinários de ORLANDO GOMES, em especial, no livro *Contrato de adesão*, e as referências em manuais de nossos civilistas. De nossa parte, apontamos e discutimos a situação dos contratos ante o dirigismo econômico no trabalho referido.

Na discussão da matéria, em que diferentes aspectos são enfocados — em especial, a definição dos atores no mundo do consumo, incluindo-se os que adquirem para uso próprio e os que o fazem profissionalmente; a definição de responsabilidades de produtores e de intermediários; o envolvimento da publicidade e outros termos de relêvo — deve-se destacar a constante preocupação com a edificação de sistema eficaz de controle das atividades negociais na defesa dos interesses dos consumidores.

Isso demonstra que o debate sobre contrato de adesão é indissociável da problemática da proteção do consumidor, desde que a colocação de bens e de serviços na sociedade se tem efetivado em massa. Com efeito, a standardização dos contratos e a proliferação de contratos por adesão — e não negociados — são verdadeiras imposições do regime econômico moderno de produção e de distribuição em massa, envolvendo as áreas comerciais e, ora, mesmo, as civis, antes apenas reservadas a pessoas físicas.¹¹

Mas, como não têm sido suficientes as normas e os mecanismos atuais de controle é que se pensa na edição de um Código no Brasil, possibilitando

11 A proteção ao consumidor é, indiscutivelmente, o tema do momento, dada a conscientização universal quanto à necessidade de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

a introdução de regras e de instrumentos de proteção ao consumidor compatíveis com um regime equilibrado de mercado, compensando-se, assim, as debilidades naturais e fáticas da posição de que desfruta no cenário atual.

Ora, o sistema projetado prevê a instituição de um regime protetivo integrado, com a participação de entidades administrativas públicas e associações privadas, no qual mecanismos jurídicos próprios são introduzidos para equilibrar-se as relações de consumo, em particular com a proscrição de cláusulas abusivas em contratos de adesão.

Reconhecem-se, oficialmente, as desigualdades existentes no regime de consumo de massa — exacerbadas pelas posições vantajosas ocupadas pelos detentores de tecnologia, de capital e de conhecimentos profissionais especializados — suscitando-se, em consequência, a sagração de novos meios de atuação do Estado na defesa de interesses privados, a par dos ora existentes.¹²

De fato, somam-se aos modos atuais de intervenção do Estado, seja na formação — com o objetivo de possibilitar a obtenção de acordo de vontades mais efetivo —, seja no conteúdo do contrato — para ajustá-lo, prévia ou concretamente, aos ditames de justiça — outros tantos, em que de decisivo relevo se mostram a ação do Ministério Público e os instrumentos coletivos de reação previstos, na trilha da proteção de interesses difusos, ou supra-individuais, de um modo geral.

Assim, à intervenção legislativa prévia, à estimulação da prática de negociação coletiva e à definição de contratos-tipos — outros tantos instrumentos de reforço à posição dos economicamente mais fracos — vêm juntar-se a ação administrativa de órgãos estatais, com diferentes espectros, e a atuação da Justiça em ações coletivas.

Diga-se, desde logo, que a insuficiência dos esquemas iniciais — embora com a ressalva da legislação defensiva de interesses individuais — nem na formulação de contratos-tipos permitiu melhor êxito à efetivação de um sistema adequado de proteção aos consumidores. De fato, esses contratos comportam, mesmo quando predispostos teoricamente em termos eqüitativos, distorções na aplicação prática, dadas as desigualdades apontadas, que fazem preponderar ao utente os detentores dos bens ou dos serviços, bem como os seus distribuidores, ou intermediários, como vimos salientando, graças aos aparatos econômicos, administrativo e técnico de que dispõem.

A ordenação administrativa protetiva, voltada para uma política de cunho global em defesa da massa consumidora, bem como a introdução de mecanismos judiciais correspondentes a essa postura — e nos campos civil e penal — vêm, no entanto, mudar a feição jurídico-institucional da

12 Pode-se, assim, cogitar de um novo Direito, que se poderia denominar "Direito do Consumidor", como um complexo de princípios e de regras específicas para a proteção da pessoa no mundo do consumo, a partir de atos internacionais específicos e leis e regulamentos internos. Sobre o assunto v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA: *Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982.

matéria. De sua parte, a observância rígida e consciente, da lei, na prática, pode tornar realidade a desejada preservação dos direitos fundamentais dos consumidores, resgatando-se, assim, débito antigo da sociedade para com as pessoas e as entidades economicamente mais fracas no atendimento de necessidades que no mercado de consumo devem buscar.

Cumpra, pois, estabelecer-se regime protetivo adequado, em que, *sopesados os fatores expostos, se alcance o equilíbrio perdido no plano negocial* de massa, dentro de um espírito próprio, ou seja, de definição de sistema compensatório para os consumidores, em que se elidam os efeitos das desigualdades apontadas.

Nessa ordem de idéias, o direito projetado — que se inspira na experiência estrangeira, em particular nas regulamentações obtidas nos Estados Unidos (em diferentes atos), na Alemanha (em leis de 1976 e 1977), em Portugal (1981), no México (1976), na Suécia (1988), na Dinamarca (1974), na Espanha (1984), na Austrália (1986) e em outros países, bem como em atos de cunho internacional, como os da Resolução 39/248, de 9-4-85, da Assembléia Geral da ONU, a Resolução 543 do Conselho da Europa e as Diretivas 84/450 e 85/374 — institui regulamentação compatível com a evolução processada na matéria, com inovações de vulto na defesa dos consumidores.

Assim, direitos fundamentais são assentados; normas de proteção à saúde, à segurança, à personalidade em geral e ao patrimônio do consumidor são traçadas; mecanismos administrativos e judiciais de prevenção e de repressão a violações são enunciados, em um verdadeiro sistema próprio de tutela jurídica aos interesses dos economicamente mais fracos.

Destacamos, desse regime, as disposições sobre relações contratuais, assinalando, no entanto, que nele se incluem responsabilidades próprias a fabricantes, a produtores e a prestadores de serviços; normas de controle da publicidade; normas coibidoras de práticas vexatórias na cobrança de dívidas; normas desestimuladoras de revelação de dados em bancos e em cadastros; e regras elisivas e sancionatórias de práticas comerciais lesivas, dentre outras.

A propósito dos contratos, o direito projetado — que se preocupa, prioritariamente, com os aspectos preventivos ou preparatórios de defesa do consumidor — delimita o alcance dos de adesão e proíbe a inserção de certas cláusulas, que considera abusivas, declarando-as não escritas e, portanto, de nenhum efeito vinculatorio, a saber: as limitivas ou elisivas de responsabilidade do disponente; as de transferência de responsabilidade a terceiro; as contemplativas de obrigações iníquas ou abusivas; as de inversão do ônus da prova; as de indicação prévia de árbitros; as de representação para conclusão de negócio ou tomada de providências nesse sentido; e, enfim, as contrárias ao sistema protetivo codificado.

Ingressa-se, assim, na área de limitação da autotutela em matéria contratual, de vez que, enquanto defesa de interesses legítimos de seus titulares,

ajusta-se a predefinição de cláusulas contratuais à ordem jurídica, mas na medida em que consagra desvios, ou abusos, em detrimento dos mais fracos economicamente, não pode prosperar, sob pena de sagração de iniquidades, que ao Direito repugna.

Assim, a preservação de um tal regime é de suma importância para o saneamento do mercado de consumo, na defesa de valores fundamentais da pessoa em nossa sociedade e em conclusão, a par da proscrição dessas cláusulas — e de outras já apontadas, ou que venham a incompatibilizar-se com o espírito da lei — cumpre que os entes da administração, as associações de defesa e os Tribunais atuem com rigor, em seus respectivos campos de ação, para evitar-se lesões a direitos que, por seu relevo, se sobrepoem a todos os demais no complexo jurídico reconhecido.

Sobrepor, ao revés, interesses econômicos a valores ético-naturais é condenar a sociedade a tornar-se, não o instrumento de realização dos desígnios de cada homem (sua função essencial), mas sim o meio de sua própria aniquilação e da de seus nacionais.

Nesse sentido, o próprio direcionamento da ação dos disponentes deve visar sobretudo ao efetivo alcance das metas postas como balizas no sistema projetado, ou seja, devem as empresas produtoras, os distribuidores e os demais agentes fornecedores ou intermediários no mercado de consumo de bens ou de serviços pautar sua atuação por uma conduta ética digna, em que a busca natural de resultados passe, necessariamente, pelo respeito e pela observância dos princípios e das regras norteadoras de toda a filosofia da defesa do consumidor.

Cumpra, assim, que se devolva a justiça à contratação; que se apague definitivamente de nossa sociedade a nódoa da obtenção de vantagem sobre o outro — que infeliz publicidade veiculou — e que os proveitos resultantes dos negócios jurídicos firmados em todos os níveis e tipos possíveis se baseiem nos princípios inspiradores da teoria contratual, ou seja, os do respeito à ordem pública, à boa-fé e aos bons costumes, imperando, em consequência, a comutatividade na formação dos contratos, nele incluídos os alcançados mediante adesão (elementos esses que desenvolvemos em nosso livro *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*).¹³

De fato, a integração de todos os agentes do mercado, respeitadas as diferenças naturais de perspectivas e de objetivos, é fator decisivo para o sucesso de uma política de defesa do consumidor, complementando-se, desse modo, no plano fático, o trabalho que, no âmbito jurídico, a codificação projetada inicia, à luz da nova ordem constitucional instaurada em 1988 e guiada, fundamentalmente, por um sentido de prevalência dos direitos básicos da pessoa humana, como naturais e anteriores às estruturas de poder, públicas e privadas, nacionais e supranacionais.

¹³ A par do referido texto e com ênfase para a influência do elemento moral no plano obrigacional, v. nosso livro *Direito das Obrigações*.