



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da autonomia da vontade nos contratos de consumo

Juliana Cardoso dos Santos

Rio de Janeiro

2011

JULIANA CARDOSO DOS SANTOS

Da autonomia da vontade nos contratos de consumo

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2011

DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Juliana Cardoso dos Santos
Graduada pela Universidade Candido Mendes.
Advogada.

Resumo: O trabalho desenvolvido neste artigo destina-se a apurar as eventuais arestas que ainda possam subsistir entre o campo de atuação do direito civil e o campo das moderníssimas relações contratuais, tidas como de consumo e demonstrar as soluções jurídicas para os problemas decorrentes desse tipo de negociação a partir dos consagrados princípios contratuais da autonomia da vontade, relatividade das convenções e da força vinculante dos contratos.

Palavras-chaves: Contratos. Autonomia da vontade. Princípios norteadores.

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico acerca dos contratos. 2. Origem etimológica e conceito de contrato. 3. Dos princípios gerais dos contratos. 4. Dos contratos de consumo. 5. Dos novos princípios contratuais. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

As transformações sociais e tecnológicas aceleradas provocam mudanças inevitáveis nas diversas áreas do relacionamento humano.

Atualmente a sociedade mostra-se exageradamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana se revela apta a produzir riscos em tempo e lugar largamente diferenciados da ação que os originou.

Em razão disso, surge no Direito a intitulada “solidariedade nos riscos”, tornando todos responsáveis pela vida de todos, atribuindo em todas as relações jurídicas uma função social global.

Uma das mudanças mais significativas no campo dos contratos foi a positivação dos princípios da boa-fé e função social.

Imperioso destacar que esta tutela do Estado sobre a vontade dos particulares foi construída sobre uma mudança estrutural experimentada em toda matéria legal e não apenas no mundo das relações contratuais, em que a função social passou a ser observada e respeitada nas mais diversas áreas do Direito.

Contudo, dessa interferência surgiu inevitavelmente um litígio entre a liberdade de contratar e o dirigismo contratual, o que trouxe para o Direito um novo paradigma, acrescentando e modificando os parâmetros já conhecidos na aplicação das regras contratuais.

Como as teorias se desenvolveram ante a dicotomia entre a liberdade de contratar e o dirigismo contratual será o foco deste estudo.

Os operadores do Direito Civil estão criando uma nova formatação, posto que a forma conhecida e inicial de relação contratual não mais existe, sendo apenas utilizada como ponto de partida para o estudo desta nova matéria.

Dentro desta nova expectativa de demonstrar efetividade dos contratos firmados pelos particulares e ao mesmo tempo manter o cerne da liberdade de contratar, os doutrinadores mantiveram uma busca pela melhor teoria que deverá ser aplicada nas relações contratuais, a partir do que se emprega hoje em matéria de contratos.

Portanto, é no interior deste universo de construções teóricas polêmicas utilizadas para explicar as regras, que permeiam a liberdade de contratar e o dirigismo contratual, têm destaque: a aplicação da Teoria do *pacta sunt servanda* e a nova Teoria da função social dos contratos, sendo também esta polêmica o objeto de estudo deste trabalho.

De um lado, tem-se a força obrigatória dos contratos e, de outro, a certeza de que a simples vontade dos contratantes não é mais vista como suficiente para garantir o equilíbrio dos contratos.

Há uma grande importância para o Direito Civil na discussão em torno dessas duas vertentes, que parecem distantes e impossíveis de serem aplicadas juntas quando se trata de matéria contratual, porque as conseqüências se diferem no momento de buscar, na prática, o respeito da vontade dos contratantes e a necessidade da ingerência do Estado.

As inovações na disciplina legal que rege as regras de proteção das relações contratuais e as pessoas nelas envolvidas estão buscando cada vez mais proteger os interesses da coletividade em detrimento dos individuais.

Todos os esforços realizados nesse sentido devem ser analisados cuidadosamente, pois o assunto merece atenção.

O avanço do capitalismo contemporâneo que culminou na alteração das condições e princípios do campo do direito contratual, a partir da introdução dos contratos de massa, com o incremento da produção, distribuição e comercialização dos bens para sustentação do meio social.

Os contratos de massa, entre os quais se incluem os contratos de consumo, vieram ocupar seu espaço no mundo jurídico de forma inquestionável.

A evolução histórica dos contratos e a atual situação no mundo jurídico e sócio-econômico são fatores indispensáveis aos aspectos históricos e relevantes dos contratos, além das mutações entre a relação da sociedade de serviço e o consumidor, fatos estes de suma importância para um desenvolvimento e transformação.

Tamãha foi a importância da concepção tradicional (neoclássica) dos contratos nesta fase. Teve seu início há muito tempo atrás, porém, ainda sobrevive, em que pese à circunstância de estar cada vez mais em desuso pela sociedade de um modo geral.

A teoria clássica já não mais supre as necessidades das relações contratuais, o que proporcionou a crise do instituto e a necessidade de ser rever algumas questões importantes para o bom desempenho dos contratos.

Destaca-se que o presente trabalho não tem pretensão de esgotar todas as considerações pertinentes ao tema, todavia, inclina-se na busca de fundamentação deste novo olhar nas relações contratuais pautadas na função social e a dignidade da pessoa humana.

O tema justifica-se pela importância de discutir a forma de inserir nas relações contratuais a função social, que nos dias atuais possui uma relevância significativa para o Direito, pois muda completamente o regime jurídico que permeava a disciplina contratual.

O trabalho está dividido em quatro capítulos, sendo que, o primeiro, demonstrará o surgimento dos contratos em geral, o segundo, discorrerá sobre os princípios clássicos da Teoria Geral dos Contratos, o terceiro, sobre os contratos de consumo, o quarto, menciona os novos princípios contratuais, por fim, no quinto, tem-se sua conclusão.

Buscou-se examinar um estudo mais específico acerca dos princípios que envolvem os Contratos, analisando a boa-fé como fator determinante para validade dos contratos, além de se vislumbrar o combate às cláusulas abusivas nas relações de consumo.

Enfim, verificar a apreciação do âmbito de incidência dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor, envolvendo aspectos relevantes sobre essa relação jurídica.

1. DO BREVE HISTÓRICO ACERCA DOS CONTRATOS

O surgimento do Contrato deu-se no direito romano, em um clima de formalismo ancorado no direito canônico assegurando à vontade humana. Essa possibilidade de criar

direito e obrigações se fortaleceu com a Revolução Francesa com a obrigatoriedade das convenções, equiparando-a para as partes envolvidas à própria lei.¹

Após o século XIX, a produção industrial capitalista passa a ser modificada, principalmente em países como os Estados Unidos.

Nesse período, os produtos que alcançaram êxito, conquistaram vantagens no mercado pela capacidade em fornecer produto de maneira rápida e flexível às necessidades do mercado competitivo. Com a possibilidade de ameaças de concorrência no tocante a preço, qualidade demanda e entrega. Os produtos que se adaptaram ao novo tipo de produção procuraram se tornar maleáveis na reformulação de seus produtos de modo a alcançar ou superar as exigências e variações do mercado.

Esta nova fórmula estava sendo sustentada por um plano industrial que tinha como base o uso de uma determinada máquina capaz de efetuar processos múltiplos e diversificados que permitia a produção de pequenas quantidades de mercadorias.

Já no início do século XX, a construção de mercados nacionais e a admissão de outras tecnologias ajustadas à nova produção permitiram outras circunstâncias favoráveis ao mercado, promovendo a absorção de uma nova forma de estratégia industrial.

As empresas que tinham a visão voltada para a produção e distribuição de produtos em grande quantidade, ou seja, produção de massa aos poucos passou a dominar o mercado devido a seu desempenho em fornecer vastas quantidades de bens padronizados e com custos de menores valores nos mercados nacionais.

Na década de 70, no entanto, aconteceu grave crise na economia, as vendas diminuíram e os clientes ficaram mais exigentes e seletivos.

¹ WALD, Arnaldo *O contrato: passado, presente e futuro*. Revista Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro, 1. sem. 2000. p. 43.

A garantia do retorno do investimento feito pelos produtores dependia do bom funcionamento das linhas de produção, controle que os próprios produtores em massa tinham que fazer.

Em decorrência do vasto dispêndio de investimento inicial, a produção que visava maiores volumes de produção não poderia correr o risco de possíveis interrupções ou diminuições bruscas que implicariam em prejuízos para o empresário capitalista. Uma das grandes exigências que o mercado fazia era a garantia de estabilidade.

Contudo, o planejamento industrial de longo prazo buscou a prevenção quando criou técnicas de estabilização de mercados de suprimentos e de produtos em níveis que asseguravam a completa utilização da linha de produção implantada.

Em suma, pode-se afirmar que a produção de massa possibilitou o alcance de um dos maiores níveis de produção, produtividade e qualidade industrial, com menor quantidade de trabalho envolvido, ao preço de maiores investimentos, que passarão a exigir maior planejamento e estabilidade e duração nas relações contratuais.

2. DA ORIGEM ETIMOLÓGICA E CONCEITO DE CONTRATO

A origem etimológica do vocábulo “contrato” conduz ao vínculo jurídico das vontades com vistas a um objeto específico. O verbo *contrahere* traz o sentido de ajuste, convenção ou pacto, sendo um acordo de vontades criador de direitos e obrigações.

É o acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer. É o trato em que duas ou mais pessoas assumem certos compromissos ou obrigações, ou asseguram entre si algum direito. Contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos.

Nos ensinamentos de Orlando Gomes² “contrato” é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.

Na concepção moderna, contrato é negócio jurídico bilateral que gera obrigações para ambas as partes, que convencionam, por consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando, assim, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial.

3. DOS PRINCÍPIOS GERAIS DOS CONTRATOS

A principiologia clássica encontra fundamento no liberalismo, que congregava a sociedade em torno do *laissez-faire*. O centro das atividades era a liberdade do cidadão em detrimento do intervencionismo estatal.

Via-se o Estado como mal necessário que deveria ser reduzido, ao mesmo tempo em que a vontade, ou melhor, o acordo de vontades ganhava status de lei.

Até o Estado-juiz sofreu as consequências do liberalismo, na medida em que se fortaleceu o princípio da legalidade como forma de conter a discricionariedade do Judiciário.

A liberdade era vista na sua concepção formal, isto é, a preocupação era em se garantir, por meio de lei, a simples liberdade de acordar, sem se aferir a sua aplicação na prática.

O mesmo ocorria com relação à igualdade, bastava a presunção de que todos eram iguais para que se tivesse como presente o princípio da igualdade.

² GOMES, Orlando. *Condições gerais do contrato*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972. p. 119-120.

Em decorrência dessas concepções, que perduraram até o início do século XX, pode-se dizer que quatro são os princípios clássicos da Teoria Geral dos Contratos, como se verá a seguir:

3.1. DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade assegura às partes total liberdade para concluir os seus contratos. Funda-se na vontade livre, sob dois aspectos: o prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato e a pessoa com quem contratar; e o da liberdade de escolha das partes quanto à modalidade contratual a ser adotada.

3.2. DO PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

O princípio da força obrigatória dos contratos, conhecido pela expressão *pacta sunt servanda*, informa que o contrato válido e eficaz deve ser cumprido entre as partes.

Essa obrigatoriedade forma a base do Direito contratual, porquanto sem ela não haveria possibilidade de se exigir o cumprimento do contrato por via judicial, tornando-o inútil.

Decorre desse princípio a intangibilidade do contrato, consoante a qual não pode haver alteração unilateral nem interferência do juiz no seu conteúdo.

O fundamento para tanto é o fato de as partes terem contratado de livre e espontânea vontade; deve, portanto, cumprir o estritamente acordado. Como se vê, a vontade livre e espontânea é vista como o cerne do acordo.

3.3. DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE

Este princípio diz respeito à eficácia dos contratos. A existência de um contrato pode ser irrelevante para outra pessoa que não uma daquelas que o assinou, ele só é oponível para os contratantes. Ou seja, não é possível criar ou extinguir obrigações, por contrato, para outrem.

Porém este princípio não é absoluto. Nas palavras de Orlando Gomes “terceiro se considera aquele totalmente estranho ao contrato ou à relação sobre a qual ele estende os efeitos”.³

A regra é que os contratos só atinjam as partes que dele participaram.

Deve-se entender como parte contratual àquela que estipulou diretamente o contrato, esteja ligada ao vínculo negocial emergente e seja destinatária de seus efeitos finais.

3.4. DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA

Este princípio proíbe estipulações contrárias à moral, a ordem pública e aos bons costumes, que não podem ser derogados pelas partes.

Representa, portanto, este princípio a projeção do interesse social nas relações interindividuais. Essa interferência do Estado nos contratos de particulares diminuiu e restringiu, sobremaneira, a autonomia da vontade, pois fixou princípios mínimos que os contratos não podem afastar.

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 15.

4. DOS CONTRATOS DE CONSUMO

Os contratos são reais frutos da situação econômica que domina na época de seu surgimento, sendo assim, em uma sociedade não industrializada em que são perfeitamente identificados os sujeitos da relação, prepondera a autonomia de vontade, o embate de idéias para a formulação do contrato.

Já numa sociedade industrializada, como a hodierna, que preza pela dinâmica negocial, a vontade de um dos contratantes predominará em detrimento da do outro, visto que não há como as partes estipularem uma a uma as cláusulas que pautarão essa relação, surgindo, dessa feita, os contratos de massa, como os contratos de consumo.

Cláudia Lima Marques⁴ denomina contratos de consumo todas aquelas relações contratuais que ligam um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços. Essa nova terminologia tem como mérito englobar todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em um dos pólos da relação um consumidor existe um provável desequilíbrio entre os contratantes.

Este desequilíbrio teria reflexos no conteúdo do contrato, daí nascendo a necessidade de o direito regular essas relações contratuais de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, harmonizando as forças do contrato por meio de uma regulamentação especial.

A visão anterior do contrato previa a relação contratual de dois parceiros em posição de igualdade, que discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade.

Cláudia Lima Marques⁵ declina, ainda, que na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ Idem.

despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores.

A sociedade de massa atual, bem como a empresa ou mesmo o Estado tem estabelecido uma série de contratos no mercado.

Surgem os contratos de adesão, que por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a futuras relações contratuais.

Esse tipo de contrato possui características próprias, que são: a predeterminação, ou seja, as cláusulas nele estipuladas são formuladas pelo livre alvitre de uma das partes da relação contratual. A generalidade, pois é destinado a um número indeterminado de pessoas e pela uniformidade das cláusulas nele estipuladas, sendo que as mesmas são formuladas, independentemente da pessoa com quem se está a negociar. Além da imutabilidade de suas disposições cabendo ao consumidor aceitar ou não o que vem predisposto.

Esse o contrato tornou-se instrumento imprescindível para tornar mais célere e efetiva a atividade negocial, tendo em vista ser impossível pautar com o contratante, todas as disposições que iram regular a relação contratual.

Contudo, nesse contrato predomina a vontade de um dos contratantes, esse usa dessa prerrogativa, em inúmeras vezes, para atender a seus interesses estipulam-se no contrato cláusulas abusivas, desproporcionais que oneram demasiadamente a parte vulnerável da relação.

Caracterizam-se pela oposição a ideia de paridade, pois não há possibilidade de qualquer negociação entre as partes para formulação das cláusulas, já que um dos contratantes limita-se a aceitar o que já foi predeterminado.

Tais cláusulas caracterizam-se, de modo geral, pela desproporção entre a prestação e contraprestação o que gera uma onerosidade excessiva para o contratante que, muitas vezes, contrata, seja por ingenuidade, seja compelido por uma necessidade, pois inúmeros serviços são monopolizados no mercado consumidor.

Muitos dos serviços prestados à sociedade, hodiernamente, em virtude da massificação das relações de consumo e o dinamismo das relações contratuais, se dá através desse tipo contratual. Há empresas que monopolizam determinada atividade comercial, como serviços de água e de luz, cerceando ainda mais a liberdade de contratação do consumidor, que se vê literalmente compelido a pactuar com o que está estipulado no contrato.

Com o uso dessa prerrogativa e assessorado por uma equipe técnica, o predisponente formula cláusulas com uma linguagem extremamente técnica e rebuscada dificultando o entendimento do aderente, além de estabelecer disposições desproporcionais que não se coadunam com o ordenamento jurídico, que são as denominadas cláusulas abusivas.

Provoca-se uma visível disparidade entre direitos e obrigações dos contratantes, cujo aderente se vê compelido a pagar uma prestação desproporcional e extremamente abusiva, em razão disso, surgiram os novos princípios hábeis a equilibrar as relações contratuais, sobretudo, a de consumo.

5. DOS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Com efeito, a segurança nas relações jurídicas exige a permanência, como regra, dos princípios da liberdade contratual, obrigatoriedade do pactuado e relatividade subjetiva do contrato, pelos mesmos fundamentos pelos quais eles vinham sendo consagrados na doutrina e jurisprudência nacional.

Contudo, em razão da obrigatoriedade de se observar os direitos fundamentais na nova fase do constitucionalismo, tais direitos “posicionaram-se” no centro do sistema jurídico, devendo ser o objetivo maior de todo o Estado e da sociedade a sua concretização.

Com o neoconstitucionalismo, a Constituição passa a ocupar o centro do sistema jurídico, de modo, que todas as outras normas encontram fundamento de validade a partir de sua observância, tanto formal quanto material (constitucionalização dos direitos fundamentais).

E, nesse contexto, o direito contratual como não poderia deixar de ser diferente tem de ser lida com base na Constituição, a partir de seus preceitos e valores.

Nesse diapasão, a Constituição passa ao centro do sistema jurídico, traduzindo-se em um sistema aberto de regras e princípios⁶. Tal característica faz dela o parâmetro de validade de todo o sistema, o que demandou o controle de constitucionalidade e a criação de tribunais constitucionais.

As normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação de normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado.

Nesse sentido, há uma relativização do princípio do *pacta sunt servanda* entendido no positivismo como a estrita vinculação das partes às normas elaboradas no contrato, atualmente, essa relação só adentra naquilo que estiver de acordo com as normas constitucionais e os princípios constantes no ordenamento jurídico nacional.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2008. p. 247.

A autonomia privada tem como um de seus pressupostos a livre iniciativa, positivada na Carta Magna como um dos fundamentos da República brasileira. No entanto, essa livre iniciativa não ocorre mais ausente de limites.

A função social e solidária do contrato tem eficácia tanto interna quando externa⁷, a primeira aborda os seguintes aspectos: a proteção dos vulneráveis contratuais; a irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana; vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual; nulidade das cláusulas antissociais ou abusivas e o princípio da manutenção contratual.

A adoção principiológica garante, na verdade, a segurança jurídica aos contratantes, não só ao colocar ambas as partes em posição de igualdade como também em saber que as cláusulas abusivas poderão ser anuladas pelo Judiciário. Ou seja, essa nova teoria geral dos contratos gerará uma segurança jurídica maior às partes desfavorecidas.

Nesse sentido, pode-se concluir que a nova teoria geral dos contratos perde a sua característica formalista e passa a valorizar o interesse público em nome da justiça social, a dignidade da pessoa humana, a efetiva vontade das partes pela tutela da confiança objetiva e da funcionalidade do contrato.

5.1. DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Da mesma forma que constitucionalmente previsto para a propriedade, a "liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", conforme dispõe o art. 421 do Código Civil pátrio.⁸

⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 366.

⁸ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

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

O contrato, embora se refira somente às partes pactuantes também gera repercussões e deveres jurídicos para terceiros, além da própria sociedade, de forma difusa.

Portanto, é importante ressaltar, na esteira do insuperável Orlando Gomes⁹, quando comentava a função social da propriedade, a autonomia do princípio da função social (lá da propriedade, aqui do contrato), pois não se constitui em simples limitação normativa, mas sim da própria razão de ser de todas as outras regras contratuais, que devem gravitar em torno de si, o que justifica a utilização das expressões "razão" e "limite" do já mencionado dispositivo legal.

5.2. DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O Código Civil brasileiro também consagrou como princípio básico regente da matéria contratual, a boa-fé objetiva. É o que se extrai do Código Civil no art. 422, que preceitua: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."¹⁰

O Código de Defesa do Consumidor – CDC é uma norma inovadora no ordenamento jurídico pátrio, pois está pautado nas novas concepções principiológicas do neoconstitucionalismo das relações contratuais como a boa-fé objetiva e seus deveres anexos, a relativização da força obrigatória dos contratos e o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

⁹ GOMES, Orlando. *Condições gerais do contrato*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972. p. 4.

¹⁰ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

Essas novas concepções vão dar uma nova exegese para as relações contratuais de consumo, como a delimitação da autonomia da vontade das partes nos contratos e amplitude dos efeitos de uma relação contratual.

A delimitação das vontades das partes na relação negocial é o principal escopo do princípio da boa-fé objetiva. No caso dos contratos de adesão, o legislador restringiu a autonomia de vontade da parte economicamente mais forte da relação contratual, pois, como já frisado, esse tipo de contrato estipula as cláusulas que irão pautar dado negócio jurídico, estabelece-se, então, a igualdade material entre os contratantes.

A boa-fé objetiva elenca novos deveres e novos limites aos que ocupam as posições contratuais e indica o comportamento que o homem médio, probo deve pautar nas relações contratuais.

Conforme aduz Claudia Marques:

Boa-fé objetiva significa, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva.¹¹

Além de possuir essa função principal de delimitar, dar contornos precisos a autonomia de vontade das partes na relação contratual, a boa-fé objetiva traz concomitantemente uma série de deveres anexos, que são aqueles intrínsecos a uma dada relação contratual.

Esse dever de informação inclui o dever de uma redação clara das cláusulas contratuais, considerando a condição leiga da parte contratante. Esse também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça aduzindo que nos contratos de adesão as cláusulas deverão ser redigidas com clareza e destaque para que não fuja da percepção leiga.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 126.

Por fim, da argumentação esposada e em consonância ao que apregoa a melhor doutrina, que diz serem três as principais funções do princípio da boa-fé objetiva, quais sejam, a teleológica apresentando critérios para uma melhor interpretação dos contratos, sempre visando estabelecer a igualdade no plano material, visando sempre atender o caráter social e protecionista da norma, a criação de deveres anexos, como o dever de informar.

E ainda a função limitativa, evita-se a feitura de cláusulas desproporcionais, que possam levar a situação de desequilíbrio, onerando a parte mais vulnerável da relação.

5.3. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

Como já salientado, um dos principais problemas que circundam as relações contratuais é o desequilíbrio existentes entre os contratantes, visto que o pólo mais fraco da relação jurídica, não pode discutir o que vem preestabelecido no contrato, mesmo sabendo que essa condição é abusiva.

Tem a função de estabelecer uma paridade de forças entre os contratantes é perfeitamente justificável um tratamento desigual, protegendo o vulnerável.

Não foi outra a atitude tomada pelo legislador pátrio ao preconizar no art. 4º, I, do CDC, que o consumidor é parte vulnerável nas relações contratuais. Preceituando acerca do conceito de vulnerabilidade, assim, aduz Cláudia Lima Marques:

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação destas regras ou da atuação do legislador, é a regra para sua boa aplicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação dessas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.¹²

Cabe salientar, em linhas gerais, que o conceito de vulnerabilidade não se confunde com o de hipossuficiência, sendo este de natureza processual e aquele de natureza material, ou

¹² MARQUES, Claudia Lima. op. cit. p. 147.

seja, todos consumidores são presumivelmente considerados vulneráveis, mas a hipossuficiência depende de uma análise concisa no plano concreto, tendo em vista o art. 6º, inciso VIII do CDC.¹³

A doutrina de modo geral apregoa existirem quatro tipos de vulnerabilidade, a técnica, a científica, a econômica e a informacional.

Com efeito, a vulnerabilidade técnica é aquela em que o consumidor não possui, ou possui pouco conhecimento acerca do produto e serviços que está adquirindo, ficando a mercê da pessoa com quem está a contratar. Já a vulnerabilidade científica é a falta de conhecimentos específicos, tanto na seara jurídica como na econômica, um exemplo clássico, é a vulnerabilidade do consumidor firmando contrato de empréstimo frente uma instituição financeira.

Por sua vez, a vulnerabilidade econômica é resultado da disparidade de forças entre fornecedores e consumidores, sendo que aqueles possuem plenas condições de estabelecer apenas seus preceitos em uma relação, os contratos de adesão refletem bem isso.

Por fim, há a vulnerabilidade informacional, considerada como “hipervulnerabilidade”, por ser o fornecedor, em inúmeras vezes, o único detentor de informações acerca de um dado produto. Assim aduz Marques: “Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio desta relação”.¹⁴

¹³ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 set. 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. op. cit. p. 147.

5.4. PRINCÍPIO DA RELATIVIZAÇÃO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

Esse postulado denota que reconhecida uma cláusula contratual, que gere um ônus excessivo para uma das partes contratantes ou que afronte a ordem jurídica vigente, como a prevista nos inciso IV, do art. 51 do CDC, terá seus efeitos relativizados a fim de preservar a equidade contratual.¹⁵

Esse princípio é um real paradoxo ao da *pacta sunt servanda*, o qual apregoa que uma vez manifestada a vontade das partes numa relação contratual, estas ficariam ligadas por um vínculo, de onde surgiriam direitos e obrigações para ambas as partes, com força obrigatória, que deveriam necessariamente ser cumpridos.

O papel gerenciador do Estado Social, no trato das relações contratuais fica ainda mais evidente através desse princípio, pois o Estado delimita o campo de atuação dos particulares ao formularem as cláusulas.

Então, esse princípio impede que a parte vulnerável da relação, que na maioria das vezes, aderiu ao contrato sem ter pleno conhecimento de seu conteúdo ou compelido por uma necessidade, venha a sofrer os efeitos de cláusulas desproporcionais, abusivas, assim denominadas pelo CDC.

Outra inovação preconizada pelo CDC e que tem o real escopo de estabelecer uma igualdade material entre os negociantes, principalmente, nos contratos de adesão, é o princípio da vulnerabilidade.

¹⁵ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 set. 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

6. CLÁUSULAS ABUSIVAS E NULIDADE DE PLENO DIREITO

O Código de Defesa do Consumidor representa uma considerável modificação no ordenamento jurídico brasileiro, com a implantação de um novo regime legal para grande parcela das relações contratuais entabuladas no convívio social.

A partir dele, tem-se o nascimento de um novo equilíbrio, desta vez imperativo, nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores de produtos ou serviços.

Passa-se de uma visão liberal para uma visão social do contrato, na qual a função do Direito é garantir a equidade e boa-fé nas relações de consumo, superando o dogma da autonomia da vontade.

O Estatuto Consumerista não representa o fim da autonomia privada nos contratos, mas, sim, uma potente intervenção do Estado, o que representa, em contrapartida, ampla redução do espaço anteriormente reservado à vontade do indivíduo.

A padronização dos negócios, levada a efeito por fornecedores de produtos ou serviços direcionados ao grande público, corresponde, nos dias de hoje, a uma racionalização necessária e útil aos participantes das relações contratuais de consumo, porquanto, impensável a tratativa ou negociação prévia de todas as cláusulas contratuais ou das condições gerais de contratação, em razão dos inúmeros contratos realizados.

Porém, a par das vantagens apontadas, surgem problemas relativos ao equilíbrio contratual, decorrentes da vulnerabilidade do consumidor e do próprio processo de formação do contrato, que consagra o aniquilamento do “fraco pelo forte”, situação em que o fornecedor impõe sua vontade ao consumidor.

Nessas condições, surge a necessidade do controle das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, pela via administrativa ou judicial, abstrata ou concretamente, a fim de que os contratos se conformem ao bem comum e aos princípios

essenciais da justiça e da ordem pública, com o objetivo precípua de recompor o equilíbrio no âmbito do interesse social.

O controle administrativo pode ocorrer, por exemplo, pela instauração de inquérito civil, na forma do estatuído no artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985¹⁶, aplicável às relações de consumo, segundo o disposto no artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor.

Como não poderia ser diferente há o controle judicial, consoante o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este preceito constitucional consagra, no Ordenamento Jurídico Pátrio, o sistema denominado de “jurisdição judicial única”.¹⁷

Destarte, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, também conhecido como princípio do direito de ação, todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito.

Destarte, em que pese a ampla legitimação, especialmente no que tange aos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ao Poder Judiciário incumbe o exame, em abstrato ou em concreto, das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, bem como o definitivo julgamento, realizando, assim, a concretização da lei.

Importante ressaltar que o controle judicial tanto pode ocorrer em caráter incidental (porquanto a nulidade absoluta, de pleno direito, pode e deve ser decretada ex officio) como em caráter direto (ou seja, como objeto principal de uma ação de nulidade de cláusula contratual ou de condições gerais de contratação).

¹⁶ BRASIL. *Lei n. 7.347, de 24 jul. 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 577.

Tanto no controle incidental como no controle direto, a natureza da sentença que reconhece a nulidade não é predominantemente declaratória, mas constitutiva negativa ou desconstitutiva da cláusula que, por abusiva, foi reconhecida como nula de pleno direito.

O efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade da cláusula abusiva é *ex tunc*, visto que o magistrado somente faz reconhecer circunstância fática anterior à propositura da ação.

Por ser matéria de ordem pública (artigo 1º do CDC), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo não é atingida pela preclusão, de modo que pode ser alegada, no processo, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

O Estatuto Protetivo não fixou prazo para o exercício do direito de pleitear em Juízo a nulidade de cláusula abusiva. Em consequência, na ausência de norma específica, segundo a melhor doutrina, a ação é imprescritível.¹⁸

É consenso na doutrina atual¹⁹, que o controle judicial das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo tanto pode ocorrer de modo abstrato, mesmo antes da utilização do contrato-formulário no mercado, como de modo concreto, abrangendo cláusulas de contratos já perfectibilizados, já com a adesão de consumidores.

Outro mecanismo de controle repressivo contra cláusulas abusivas é o ajuizamento da ação coletiva por qualquer dos legitimados arrolados no artigo 82 do CDC, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial amplamente majoritários,²⁰ na busca do controle judicial, em abstrato, das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, nos termos do artigo 83 do CDC, segundo a qual “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por

¹⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, v. 744. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997. p. 747.

¹⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. *Contrato de adesão. Controle judicial dos contratos de consumo*. Revista de Direito do Consumidor, v. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1995. p. 99-118.

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 524.

este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Importante ressaltar, por fim, que a sentença prolatada, no processo em que se busca o controle judicial em abstrato, tem eficácia *erga omnes*, segundo o disposto no artigo 103, inciso I, do CDC.

Isso significa, em última análise, que a sentença que reconhece determinada cláusula como abusiva e, em consequência, nula de pleno direito, funciona, na prática, como decisão normativa que atinge o fornecedor-estipulante em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos com a cláusula declarada abusiva judicialmente.

CONCLUSÃO

Inegavelmente, a evolução socioeconômica mundial trouxe o progresso à sociedade. Desenvolvimento que se propagou em todos os âmbitos das relações pessoais, devendo, logicamente, ser acompanhado de um reconhecimento legal, cuja finalidade foi de regular os hábitos da convivência humana.

Devido ao fenômeno da intensificação das relações de consumo, diversos institutos tiveram que suportar o processo de socialização, para se afastarem das concepções individualistas que reinavam anteriormente, dentre eles, a propriedade e o contrato.

Desta forma, resulta inegável a íntima relação existente entre o direito de propriedade e o direito contratual, o que nos leva a afirmar que com a socialização da propriedade, o contrato também experimentou naturalmente o mesmo efeito. Porém, de forma implícita inicialmente, aguardando o reconhecimento legal deste fenômeno que posteriormente ocorreu. No direito contratual brasileiro, a legalização se deu, conforme já mencionado, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor e foi seguido pelo Código Civil/2002.

No mundo globalizado, em que se vive atualmente, toda essa transformação representa uma fase importantíssima, momento de transição para um período interdisciplinar do Direito, onde prevalece a reforma das estruturas do pensamento, buscando reconstruir uma sociedade com uma completa cognição social, para que o homem possa ser considerado, simultaneamente, como um ser biológico, cultural, psicológico e principalmente, social.

Portanto, contratos, sob a ótica do novo Código Civil, representam um ato que deve atingir a finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes e da ordem pública. Cabendo à magistratura nacional, com prudência e coragem, dar concretude a esses novos princípios contratuais, os quais, em suma, buscam alcançar a Justiça.

Assim, o contrato continua fazendo lei entre as partes, mas com respeito à dignidade da pessoa humana e de todas as normas de ordem pública que o capacitam a ser instrumento de circulação de riquezas, mas destinado a ser um instrumento mais democrático e justo do direito privado. Eis é o novo paradigma de contrato, onde para entendê-lo, interpretá-lo e quiçá julgá-lo necessita-se de recorrer ao “diálogo das fontes”.²¹

Basta o paradigma de outras ciências para cientificamente se constatar que os ciclos não só se renovam como, surpreendentemente, retornam.

Humberto Theodoro Júnior²² com muita maestria traz à tona o assunto, quando menciona que o direito contratual, sem dúvida, vive uma notável fase evolutiva, em que o princípio da autonomia da vontade tem sofrido questionamentos variados, com reflexos constantes sobre o Direito Positivo, de maneira a dar ao dirigismo contratual quase que uma prevalência sobre a tradicional liberdade privada de regularem as próprias partes seus negócios jurídicos contratuais.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 320.

²² THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 135-147.

O referido autor dispõe que na passagem do século XIX para o atual, com efeito, pôs-se em cheque o principal ponto de sustentação da ampla autonomia de vontade nos domínios do contrato.

Com efeito, enquanto dominaram absolutas as ideias do liberalismo puro, tinha-se como dogma a igualdade dos contratantes, ligado umbilicalmente à liberdade de contratar. Acontece que a experiência dos regimes liberais nascidos da Revolução Francesa acabou por impor o reconhecimento da irrealidade de semelhante dogma, pelas notórias e inegáveis diferenças, entre as pessoas, nas ordens econômicas, sociais e até mesmo jurídicas.

Caio Mário da Silva Pereira sintetiza toda a idéia do encerramento deste trabalho: “Não é o fim do contrato, porém um capítulo novo de sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes”.²³

Essa é a conclusão, com o uso das palavras de Caio Mário, que tanto sintetizou o verdadeiro espírito deste artigo.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, v. 744. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2008.

BRASIL. *Lei n. 7.347, de 24 jul. 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

_____. *Lei n. 8.078, de 11 set. 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 15.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. *Condições gerais do contrato*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Contrato de adesão. Controle judicial dos contratos de consumo*. Revista de Direito do Consumidor, v. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- WALD, Arnaldo *O contrato: passado, presente e futuro*. Revista Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro, 1. sem. 2000.